



**Universidade  
Europeia**

**Estudos na área do Direito**  
Volume III

# **Direito da Sociedade do Conhecimento**

Privacy and Data Protection Centre

**Coordenação:**  
Cristina Maria de Gouveia Caldeira



## Ficha Técnica

### **Autor**

Universidade Europeia

### **Coautores**

Agnes Teixeira

António Clemente

Cristina Baum da Silva

Cristina Maria de Gouveia Caldeira

D'Joline Bragança Augusto

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet

Jaine Kelly Moura de Santana Oliveira

Joana Maria de Oliveira Moreira

Maria Cláudia Cachapuz

Renata Guilardi de Oliveira

Vitória do Prado Bernardinis

### **Título**

Direito da Sociedade do Conhecimento – Volume III:  
Estudos na Área do Direito

### **Ano de Publicação**

2023

### **Coordenação científica**

Cristina Maria de Gouveia Caldeira

### **Edição**

Cristina Maria de Gouveia Caldeira

### **ISBN**

978-989-53943-1-9

## Nota de Apresentação

A obra *Direito da Sociedade do Conhecimento: Estudos na Área do Direito*, volume III, é concebida no âmbito da Análise Crítica da Jurisprudência, uma unidade curricular do Mestrado Judiciário da Universidade Europeia, em colaboração com o Centro de Privacidade e Proteção de Dados, da instituição, na qual participam os mestrandos e, os investigadores que nos deram a honra de proferir interessantes palestras no decurso das aulas.

A obra é constituída por duas partes. A Parte I reúne textos centrados na defesa da dignidade humana como uma questão de justiça, que dando voz a um conjunto de direitos fundamentais, alerta-nos para o facto dos direitos humanos exigirem a sua aplicação, não se tratando apenas de uma expressão de mera legalidade. Os direitos humanos encontram a sua fonte e finalidade na ética e na razão natural comum a todos os homens. A Parte II explora as metodologias da decisão judicial, os procedimentos decisórios e a retórica argumentativa.

O primeiro texto da Parte I, «Uma Abordagem sobre Direitos e Princípios Fundamentais», reforça-se o entendimento que os direitos económicos, sociais e culturais, consagrados no Título III da Constituição da República Portuguesa, se vão distanciando dos preceitos ideológicos tradicionais. Nasce uma nova atitude que envolve grande parte da doutrina, e que permite a defesa de uma dogmática unitária dos direitos fundamentais.

Sob a perspectiva do discurso jurídico, o texto intitulado: «A cláusula de objeção de consciência: uma análise para aplicação no direito privado», procura definir a objeção de consciência como um direito fundamental, o qual está relacionado com o exercício da liberdade de consciência. A autora visa compreender a objeção de consciência para testar a possibilidade de restringir esse direito, em situações concretas.

Partindo do ordenamento jurídico português, mas com recurso a inúmeros diplomas legais internacionais e europeus, estuda-se num terceiro artigo, com o título: «A liberdade de manifestação na atualidade», o direito de reunião e de manifestação enquanto pilar da democracia. A autora visa analisar de

que modo se concretizam os referidos direitos em Portugal, e quais as restrições.

O Ser mulher nem sempre beneficiou dos direitos fundamentais, tendo sido sujeita a injustiças baseadas na desigualdade de género e na discriminação do sexo, dentro do contexto doméstico. No texto intitulado: «Violência doméstica – uma marca na dignidade da mulher», as autoras emaltecem a relevância da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na viragem para um maior reconhecimento dos direitos fundamentais e para a construção de uma sociedade livre, justa e equilibrada.

No texto dedicado ao «Princípio da Proporcionalidade e a Arbitragem», são introduzidos genericamente os conceitos e os princípios constitucionais, destacando-se o princípio da proporcionalidade e a sua inserção na arbitragem.

A Parte I termina com a defesa dos direitos fundamentais do autor, abordado em: «Spotify e o uso antagonista do streaming sob enfoque das normas de direitos autorais e do catálogos dos direitos fundamentais vigentes, pós 1988», no qual as autoras analisam os direitos morais e patrimoniais dos compositores e a política de governança algorítmica da plataforma de streaming como forma de garantir uma maior efetividade dos direitos fundamentais consagrados na ordem constitucional brasileira.

A Parte II contempla dois textos que abordam a fundamentação das decisões dos tribunais e um conjunto de acórdãos do Tribunal Constitucional.

No texto: «Da argumentação das decisões judiciais: legitimidade do juiz», os autores defendem que a fundamentação fortalece a legitimidade do poder judicial e confere transparência à administração da justiça, assumindo-se simultaneamente, como o verdadeiro e decisivo meio revelador da bondade da decisão e garante, a vários níveis, da sua sindicância.

Através do texto: «A interpretação jurídica em tempos de pandemia e as restrições a direitos subjetivos», a autora aborda os desafios de uma argumentação adotada em circunstâncias excecionais como foi o caso da pandemia, na medida em que dificulta o retorno ao que se tinha como estável em termos jurídicos antes da situação de excepcionalidade, podendo por em causa a coerência do sistema jurídico para futuro. O estudo integra

ainda as correntes de pensamento filosófico da modernidade e o impacto de cada uma à interpretação e à construção das fontes normativas.

Os ensaios resultam não apenas da investigação académica desenvolvida pelos estudantes, docentes e investigadores, mas também dos diálogos estabelecidos na sala de aula. São por isso, ensaios que, tendo sido pensados e escritos como materiais de apoio às aulas de mestrado, destinam-se ao público académico em geral. Todas as imprecisões são da responsabilidade da coordenação.

Dirijo uma palavra de agradecimento a todos os que permitiram a publicação da obra.

**Cristina Maria de Gouveia Caldeira**  
(coordenação)

# Índice

**Nota de Apresentação.....3**

**Parte I – A dignidade humana como uma questão de justiça.....8**

**Uma Abordagem Sobre Direitos e Princípios Fundamentais ..... 9**

Cristina Maria de Gouveia Caldeira

**A Cláusula de Objeção de Consciência:  
uma análise para aplicação no Direito Privado..... 31**

Vitória do Prado Bernardinis

**A Liberdade de Manifestação na Atualidade ..... 55**

Joana Maria de Oliveira Moreira

**Violência Doméstica – Uma Mancha na Dignidade Da Mulher ..... 73**

D' Joline Bragança Augusto

Renata Guilardi de Oliveira

**Princípio da Proporcionalidade e a Arbitragem..... 99**

Jaine Kelly Moura de Santana Oliveira

**Spotify e o uso antagonista do *streaming*  
sob o enfoque das normas de direitos autorais  
e do catálogo de direitos fundamentais vigentes no Brasil pós-1988..... 113**

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet

Cristina Baum da Silva

**Parte II – Decisão Judicial,  
Retórica Argumentativa e Jurisprudência..... 146**

**Da Argumentação das Decisões Judiciais: a Legitimidade do Juiz..... 147**

António Clemente

Agnes Teixeira

**A Interpretação Jurídica em Tempos de Pandemia e as Restrições a Direitos  
Subjetivos ..... 175**

Maria Cláudia Cachapuz

**Acórdãos Do Tribunal Constitucional ..... 197**







# Parte I

A dignidade humana como  
uma questão de justiça

# Uma Abordagem Sobre Direitos e Princípios Fundamentais

**Cristina Maria de Gouveia Caldeira<sup>1</sup>**

## **Resumo**

No presente, começa a impor-se uma abordagem dos direitos económicos, sociais e culturais, que se vai distanciando dos preceitos ideológicos tradicionais. Nasce uma nova atitude que envolve grande parte da doutrina, e que permite a defesa de uma dogmática unitária dos direitos fundamentais. Para tal alteração, muito contribuiu a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, ao transcender a tradicional dicotomia legislativa entre os direitos fundamentais, agrupando todos os direitos fundamentais num único documento, divididos por categorias: dignidade, liberdades, igualdade, solidariedade, direito dos cidadãos e justiça.

## **Palavras-chave:**

Direitos fundamentais, princípios fundamentais, direitos de liberdade, direitos sociais, deveres fundamentais

## **Abstract**

At present, an approach to economic, social and cultural rights is beginning to be imposed that distances itself from traditional ideological precepts. A new attitude is emerging which involves a large part of the doctrine and which allows the defense of a unitary dogma of fundamental rights. The Charter of Fundamental Rights of the European Union of 2000 contributed greatly to this change, by transcending the traditional legislative dichotomy between fundamental rights, grouping all fundamental rights in a single document, divided into categories: dignity, liberties, equality, solidarity, citizens' rights and justice.

## **Keywords:**

Rights, fundamental principles, rights of freedom, social rights, fundamental duties

---

<sup>1</sup> Cristina Maria de Gouveia Caldeira, Advogada, docente universitária na área do Direito na Universidade Europeia, e investigadora integrada na FCT, I.P., e Universidade de Coimbra (CEF). Pós-Doutorada na área da Propriedade Intelectual (UNL). Doutorada em Direito (UAL). Programa Doutoral em Ciência Política (UCP). Investigadora de pós-doutoramento na Pontifícia Universidade Católica (PUCRS), na área da IA aplicada à saúde. Investigadora visitante da Universidade de Oxford, St Antony's College. Curriculum vitae: ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6925-1877>.

## Introdução

Do estudo da sistemática da Constituição portuguesa e da doutrina dos direitos fundamentais, aprofundados no âmbito da Tese de Doutoramento, verifica-se que se estabelecem regimes jurídicos diferentes para os direitos fundamentais. Porém, os direitos ou pretensões subjetivas, assim como os conteúdos objetivos decorrentes da legislação que visa assegurar os diferentes direitos, constituem uma manifestação de direitos derivados a prestações, sustentados juridicamente. E, muito embora formalmente reconhecidos em legislação ordinária, são indissociáveis e beneficiavam da força jurídica e dos efeitos reconhecidos aos direitos fundamentais sociais constitucionalmente consagrados. Porém, enquanto nos «direitos, liberdades e garantias», se incluem as liberdades e os direitos de defesa e de participação, os «direitos económicos, sociais e culturais» englobam os direitos a prestações sociais.

### 1. Os princípios jurídicos gerais

No sistema interno de regras e princípios da constituição, o qual é presidido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, incluem-se os princípios fundamentais gerais da universalidade e da igualdade, aos quais se reconhecem “uma função positiva «informando» materialmente os actos dos poderes públicos”<sup>2</sup>. Posição partilhada por Jorge Miranda, ao salientar que “o princípio geral é a aplicação da Constituição material e formal em todo o território do Estado seja qual for a forma que o Estado revista”<sup>3</sup>.

#### 1.1. Princípio da universalidade

O primeiro princípio geral dos direitos e dos deveres fundamentais consiste na sua universalidade<sup>4</sup>, e nessa medida são titulares dos direitos e deveres todos os cidadãos que integram a comunidade política. Trata-se essencialmente de um princípio comum quer aos direitos fundamentais quer a todos os demais direitos existentes no ordenamento jurídico português.

Sendo certo que “a ideia da universalidade de direitos já há muito foi reconhecida pela Constituição Portuguesa, artigo 3.º da Constituição de 1911 e artigo 7.º da Constituição de 1933”<sup>5</sup>, o princípio da universalidade no texto fundamental de 1976, “pretende afirmar que, é em atenção à qualidade de pessoa, que os direitos fundamentais foram pensados pelo legislador constituinte para todas

<sup>2</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2010, p. 1165.

<sup>3</sup> Cfr. JORGE MIRANDA – Teoria do Estado e da Constituição, 2002, p. 681.

<sup>4</sup> Cfr. JORGE MIRANDA – Teoria do Estado e da Constituição, 2002, p. 328.

<sup>5</sup> Cfr. JOSÉ ALEXANDRINO – Direitos Fundamentais, 2007, p. 65.

as pessoas que possam vir a encontrar-se em relação com o Estado"<sup>6</sup>. Deste modo, o princípio da universalidade, que se encontra consagrado no artigo 12.º da Constituição da República Portuguesa, apresenta um cariz quantitativo ao referir que «Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição» (nº 1)<sup>7</sup>.

## 1.2. Princípio da igualdade

O princípio da igualdade encontra-se vertido no artigo 13.º da CRP de onde se extrai no nº 1 que «Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei». O seu conteúdo traduz um princípio de igualdade essencialmente qualitativo (todos têm os mesmos direitos e deveres), traduz uma visão aristotélica, retomada pela Escolástica e por todas as correntes desde Hobbes, Rousseau a Rawls (teorias contratualistas). Sem prejuízo de voltar ao tema, por ora, importa sinalizar que todos comungam de uma certa “conceção mínima de igualdade”, de um mínimo de igualitarismo, que prevê que os indivíduos contam como iguais, para além de serem tomados isoladamente.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é vista como a fonte das Constituições liberais portuguesas. Assim enquanto a Constituição de 1911 reforça o caminho de uma igualdade jurídica, a Constituição de 1933, no seu artigo 5.º “deslocaria a referência à igualdade para a própria definição de regime político”<sup>8</sup>.

Segundo Jorge Miranda, no texto Constitucional de 1976, não só se reforça a igualdade perante a lei (artigo 13.º CRP), mas simultaneamente a igualdade real, tal como se extrai do artigo 81.º al c) <sup>9</sup>. Foi, no entanto, na revisão de 1997, que se entendeu que “o Estado devia promover a igualdade entre homens e mulheres (art. 9.º, al h), em particular no acesso a cargos públicos”<sup>10</sup>.

Podemos ainda afirmar que, a Constituição de 1976, elevou o princípio da igualdade a principal eixo estruturante do sistema de direitos fundamentais,

---

<sup>6</sup> Idem Ibidem.

<sup>7</sup> Cfr. O acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (pleno), de 11 de Maio de 1989, in Acórdãos Doutrinais, nº 336, 1989, p. 1555 e ss, o princípio da universalidade impõe que todos os cidadãos portugueses sejam «sujeitos constitucionais».

<sup>8</sup> Já no âmbito do constitucionalismo ocidental, os marcos mais significativos do desenvolvimento do princípio da igualdade são: a Declaração de 1789, artigo 1.º e 6.º; Constituição belga, art. 6.º; o 14.º aditamento à Constituição dos Estados Unidos; o artigo 4.º da Constituição mexicana de 1917; o artigo 109.º da Constituição de Weimar e o artigo 3.º da Constituição italiana. Cfr. JORGE MIRANDA – Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 2000, p. 228-229.

<sup>9</sup> JORGE MIRANDA – Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 2000, p. 230.

<sup>10</sup> Idem Ibidem.

concretizando-se “em todos os domínios do Direito constitucional (substantivo e processual), quer se trate de direitos de liberdade, quer se trate de direitos sociais”<sup>11</sup>.

De igual modo, no entendimento de Jorge Reis Novais, “o princípio da igualdade reúne, por um lado, as diferentes dimensões que foram sendo apuradas ao longo dessa evolução secular, mas, por outro lado, abre-se a novas e discutíveis utilizações que fazem dele um princípio sempre aberto, controverso e de compreensão não tão linear quanto uma evolução apurada ao longo de duzentos anos poderia fazer crer”<sup>12</sup>.

José Alexandrino, defende que a “igualdade pode ser percebida na Constituição como uma aspiração da comunidade”; como “um valor constitucional”, mas igualmente assumida como “um princípio constitucional estruturante”. O autor sublinha que a igualdade é “uma qualidade dos direitos fundamentais” e por essa via constitui “uma dimensão relevante das tarefas políticas do Estado”. Apresentando-se como “um pressuposto e uma componente da democracia política e do Estado de Direito” e finalmente como “critério jurídico de interpretação e/ou parâmetro de controlo e como um elemento de base de direitos especiais de igualdade”<sup>13</sup>.

A perceção do Tribunal Constitucional vai para além de identificar a igualdade como um requisito do Estado de Direito. Segundo o Tribunal, “o princípio da igualdade é um valor constitucional que modela todo o ordenamento jurídico, designadamente como critério de interpretação desse ordenamento e da Constituição”<sup>14</sup>. E refere também que “se trata de um conceito histórico, relativo e relacional, que tem de ser (re) construído atendendo aos valores constitucionais no seu conjunto”<sup>15</sup>, “não havendo por isso lugar a uma resposta mecânica”<sup>16</sup>.

Um primeiro argumento à luz da interpretação do artigo 13.º da CRP, prende-se com a ligação dos artigos 1.º e 13.º, n.º 1.º da CRP, eixo assumido pelo Tribunal Constitucional tal como dispõe:

“Constitui jurisprudência assente e reiterada deste Tribunal a caracterização do princípio da igualdade, decorrente do artigo 13.º da CRP, como proibição do arbítrio (cf. o Acórdão n.º 232/2003, publicado no Diário

---

<sup>11</sup> Cfr. JOSÉ ALEXANDRINO – Direitos Fundamentais, 2007, p. 69.

<sup>12</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS – Direitos Fundamentais, Trunfos contra a Maioria, 2006, p. 101.

<sup>13</sup> Cfr. JOSÉ ALEXANDRINO – Direitos Fundamentais, 2007, p. 69.

<sup>14</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 400/91. Processo n.º 266/90. Relator Conselheiro: António Vitorino.

<sup>15</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 231/94. Processo n.º 232/93. Relator Conselheiro: António Vitorino.

<sup>16</sup> Cfr. JOSÉ ALEXANDRINO – Direitos Fundamentais, 2007, p. 71.

da República, 1.ª série-A, de 17 de Junho de 2003, a pp. 3514/3531). Com tal sentido, nas palavras do Tribunal Constitucional, "[o] princípio [da igualdade] não impede que, tendo em conta a liberdade de conformação do legislador, se possam (se devam) estabelecer diferenciações de tratamento, 'razoável, racional e objectivamente fundadas', sob pena de, assim não sucedendo, estar o legislador a incorrer em arbítrio, por preterição do acatamento de soluções objectivamente justificadas por valores constitucionalmente relevantes. Ponto é que haja fundamento material suficiente que neutralize o arbítrio e afaste a discriminação infundada". (Acórdão n.º 319/2000, publicado no Diário da República, 2.ª série, de 18 de Outubro de 2000, pp. 16 785/16 786.)

Na sugestiva formulação do Tribunal Constitucional alemão (citado por Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 1986: 370), o carácter arbitrário de uma diferenciação legal decorre da circunstância de «não ser possível encontrar [...] um motivo razoável, que surja da própria natureza das coisas ou que, de alguma forma, seja concretamente compreensível». Daí que «[n]ão exista razão suficiente para a permissão de uma diferenciação [legal] se todos os motivos passíveis de ser tomados em conta tiverem de ser considerados insuficientes. É justamente o que sucede, quando não se logra atingir uma fundamentação justificativa da diferenciação. A máxima de igualdade implica, assim, um ónus de argumentação justificativa para tratamentos desiguais». ROBERT ALEXY, ob. cit., p. 371"<sup>17</sup>.

Face ao prescrito no nº 1 do artigo 13.º da CRP, «Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei», "podemos extrair um "princípio geral de igualdade, que a CRP associa à dignidade (a mesma dignidade social)"<sup>18</sup>, daí a articulação "na fórmula de «igual dignidade», concebida como eixo em torno do qual gira o Estado de Direito"<sup>19</sup>.

Um segundo argumento que se alicerça no mesmo preceituado (artigo 13.º, nº 1 da CRP), permite-nos "deduzir a igualdade na aplicação do Direito e a igualdade na criação do Direito; no primeiro sentido, as normas devem ser interpretadas e aplicadas sem fazer distinção entre os destinatários - «sem olhar às pessoas»; no segundo, no seu conteúdo, a lei deve proteger todas as pessoas (...) de forma intrinsecamente igual"<sup>20</sup>. Esta âncora, na qual "a igualdade é aplicada a

---

<sup>17</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 313/08. Processo nº 199/08, no qual aprecia e declara com força obrigatória geral da inconstitucionalidade da norma constante do trecho final do artigo 41.º, n.º 2, do Estatuto das Pensões de Sobrevivência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/73, de 31 de Março, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 191- B/79, de 25 de Junho, na parte em que determina que a pensão de sobrevivência será devida a partir do dia 1 do mês seguinte àquele em que tal pensão tenha sido requerida.

<sup>18</sup> Cfr. JOSÉ ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 79, nota 160.

<sup>19</sup> *Idem* *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 79.

todos sem distinção está intrinsecamente ligado ao Estado Liberal"<sup>21</sup>, na medida em que "era aplicada a todos os seus destinatários por igual sem olhar a quem, sem distinguir em função da posição social, de títulos ou de convicções"<sup>22</sup>. Aqui reside a abstração da lei<sup>23</sup>.

Na atualidade, como já observamos, quando falamos de igualdade, referimo-nos à igualdade material<sup>24</sup> que deverá ser observada na lei e que no essencial exige que se deva tratar "por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual"<sup>25</sup>. No mesmo sentido, Vieira de Andrade referindo-se aos direitos sociais, observa que "a igualdade material vai exigir a consideração da realidade em que as pessoas se movem e, conseqüentemente, a diversidade de tratamento e de estatuto daqueles que pelas suas qualidades específicas ou pela sua situação no processo social, precisam de uma protecção (diferente) necessária e adequada à sua (igual) dignidade de pessoas"<sup>26</sup>

Um terceiro argumento prende-se com os reconhecidos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, assim como à cidadania, ao bom nome entre outros (artigo 26.º, nº 1 da CRP); o direito a constituir família e de contrair casamento em plena igualdade (artigo 36.º, nº 1, 3 e 4 da CRP) e demais direitos constantes dos artigos; 38.º, nº 4; 41.º, nos 2 a 5; 50.º, nº 1; 55.º; 2; 58.º, nº 2, al b) todos

---

<sup>21</sup> Ao não observar "a relevância de certos factores culturais, históricos e sociais ao tratar da mesma forma o que era desigual, a lei geral e abstracta do período liberal incrementava a desigualdade mais do que realizava a igualdade, não conseguindo no final conceber a relação entre liberdade e igualdade, já que as mesmas eram entendidas como orientações de valores divergentes". Cfr. JOSÉ ALEXANDRINO – Direitos Fundamentais, 2007, p. 74, nota 169.

<sup>22</sup> Cfr. JORGE REAIS NOVAIS – Direitos Fundamentais, Trunfos contra a Maioria, 2006, p. 102.

<sup>23</sup> Para Gomes Canotilho "uma lei geral e abstracta é aquela que se dirige a um número indeterminado ou indeterminável de pessoas (destinatário) ou regula um número indeterminado ou indeterminável de casos. Uma lei individual e concreta é aquela que se dirige a um número determinado ou determinável de pessoas ou disciplina um número determinado ou determinável de casos". in Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2010, p 454.

<sup>24</sup> Neste domínio observa-se a dimensão positiva da igualdade na qual se inscrevem "compensações que atenuem as desigualdades de partida: daí, ainda que se situem em planos distintos, as ideias de igualdades de oportunidades, de igualdade fáctica (articulada com a justiça social e a solidariedade) ou de discriminações positivas (de que constituem versões relativamente recentes as designadas políticas de quotas". Na sua dimensão negativa, "o princípio da igualdade afirma a igualdade de todos perante a lei" cit., JOSÉ ALEXANDRINO – Direitos Fundamentais, 2007, p. 77, 131.

<sup>25</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2010, pp. 427-428.

<sup>26</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE – Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa, 2012, p. 131.

da CRP. Em todos estes casos de direitos especiais, o princípio geral da igualdade não foi assumido como direito geral de igualdade<sup>27</sup>.

Enquanto na vertente subjetiva, “a igualdade qualifica cada um dos direitos fundamentais e está na base da fundamentação material e da Conceção positiva e teórica dos direitos fundamentais, na vertente objetiva, a igualdade, “traduz-se por ser um dever do Estado e um princípio constitucional estruturante de caris transversal, na base do qual se alicerça toda a arquitectura do sistema”<sup>28</sup>

O artigo 13.º, n.º 2 da CRP não enuncia qualquer direito fundamental, ainda que lhe possa ser estendido o regime dos direitos, liberdades e garantias. Diz-nos o referido preceito que, «ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual». A enumeração destes exemplos, permite-nos afirmar que o artigo 13.º, n.º 2 não proíbe as discriminações em geral, mas antes as discriminações infundadas<sup>29</sup>. Assim dispõe o Tribunal Constitucional:

O artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 15/2007 altera o Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, designadamente em matéria de avaliação do desempenho do pessoal docente. O novo artigo 46.º, n.º 3, deste Estatuto estabelece o sistema de classificação dos docentes e prevê quotas máximas para a atribuição das classificações mais elevadas (Excelente e Muito bom).

Com este novo regime, a avaliação dos docentes deixa de ser igual para todos: uns obterão, pelo seu mérito, as classificações mais elevadas e outros, que por igual mérito seriam merecedores das mesmas classificações, não as alcançam por mero impedimento administrativo, consubstanciado na fixação de quotas. Quer isto dizer que a classificação final atribuída pode não derivar da equidade na avaliação do mérito intrínseco do professor avaliado mas sim ser imposta pelo sistema de quotas instituído.

«Este novo figurino de avaliação afronta claramente o princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição, porque origina uma diferenciação não fundada, tratando o que é igual de forma diferente.

Além disso, o artigo 46.º, n.º 3, do Estatuto, ao permitir a fixação de quotas na atribuição das duas notas mais elevadas da avaliação da carreira do docente, restringe um direito, liberdade e garantia – a liberdade de exercício de uma profissão, consagrada no artigo 47.º da Constituição.

---

<sup>27</sup> Cfr. JOSÉ ALEXANDRINO – A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa, volume II, 2006, p. 528.

<sup>28</sup> Cfr. JOSÉ ALEXANDRINO – Direitos Fundamentais, 2007, p. 77.

<sup>29</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 184/08, a propósito da avaliação dos professores, pode ler-se em 2.1.



Ora, os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos por lei da Assembleia da República ou decreto-lei autorizado do Governo [artigos 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, al b) da Constituição]. Ao remeter a fixação das quotas para despacho conjunto dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da Educação e da Administração Pública, o artigo 46.º, n.º 3, do Estatuto viola a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República.

O princípio da proibição de discriminação traduz uma norma geral que cede perante norma especial. Importa reter que este princípio funciona como mais uma regra de interpretação numa dupla dimensão negativa e positiva<sup>30</sup>. No sentido de qualquer discriminação estabelecida em função desses fatores suspeitos será inconstitucional, a menos que se prove a presença de uma adequada justificação constitucional, ativando-se aí um critério de controlo acrescido<sup>31</sup>. Assim, na perspetiva de José Alexandrino, o critério que tem sido tradicionalmente utilizado pelo Tribunal Constitucional para avaliar o fundamento dessas discriminações de tratamento, mas considerado insuficiente pela doutrina, é a «proibição do arbítrio»<sup>32</sup>.

### 1.3. Princípio da proporcionalidade e da protecção da confiança

Uma problemática de relevo e atual que se prende com o direito à educação e nomeadamente com o elevado aumento das propinas, leva-nos a refletir se o princípio da proporcionalidade constitui ou não um critério aferidor das restrições que são impostas à educação. A esse propósito, José Alexandrino baseando-se no princípio da protecção da confiança, introduz uma questão atual que no essencial pretende aferir “até onde pode ir o legislador na frustração dos direitos e expectativas formadas à luz de certo quadro legislativo?”<sup>33</sup>

O princípio da proporcionalidade está relacionado com as restrições legítimas dos direitos fundamentais e encontra-se prevista no artigo 18.º nº 2, 2ª parte da CRP. Outrora era tida como uma norma do regime direitos, liberdades e garantias, mas

---

<sup>30</sup> Na sua dimensão negativa, o princípio afirma a “igualdade de todos perante a lei” pressupondo o princípio da legalidade a universalidade da lei e a protecção da dimensão temporal do Direito. Na sua dimensão positiva, o princípio afirma a «exigência de tratamento desigual daquilo que é desigual, assumindo a introdução de compensações que atenuas as desigualdades de partida. Quanto às suas funções, o princípio da igualdade desempenha as funções: matricial, restritiva e instrumental. Cfr. JOSÉ ALEXANDRINO – A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição portuguesa, volume II, 2006, p. 579.

<sup>31</sup> Cfr. JOSÉ ALEXANDRINO – Direitos Fundamentais, 2007, p. 76.

<sup>32</sup> Que se consubstancia, no pensamento do autor, em proibição das diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante ou assentes em categorias meramente subjectivas ou não justificadas à luz dos valores constitucionais in Direitos Fundamentais, 2007, p. 76, nota 177.

<sup>33</sup> Cfr. JOSÉ ALEXANDRINO – Direitos Fundamentais, 2007, p. 86.

hoje é defensável a “sua aplicação também ao regime dos direitos económicos, sociais e culturais, maxime na afectação de direitos derivados a prestações pelo legislador ordinário”<sup>34</sup>.

Na visão de Jorge Alexandrino, o princípio da protecção da confiança constitui, um postulado próximo do princípio da proporcionalidade que por sua vez, “quando histórica e funcionalmente entendido” (...) constitui uma das componentes materiais essenciais do Estado de Direito”<sup>35</sup>.

À luz deste entendimento, o princípio da confiança transfere-nos para a temática que José Alexandrino designou quer da “subordinação do Estado ao Direito, em termos de observância das leis”; quer da “previsibilidade da actuação estatal”; quanto à “clareza e previsão das regras jurídicas”; quanto à “publicidade e transparência dos actos e dos procedimentos públicos” e ainda tendo em conta “o respeito pelos direitos, expectativas e interesses legítimos dignos de protecção pelo direito”<sup>36</sup>.

#### **1.4. Princípio do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva**

O princípio do acesso ao direito e aos tribunais, é um princípio geral, que está plasmado no artigo 20.º da CRP e “é uma norma-princípio estruturante do Estado de Direito Democrático”<sup>37</sup>. Inscrita nos direitos e deveres fundamentais, Parte I, “postula não só o reconhecimento da possibilidade de uma defesa sem lacunas, mas também o exercício efectivo desse direito”<sup>38</sup>.

Sabemos que a tutela jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais onde se inscreve o direito à educação, é em regra, menos intensa do que a dos direitos, de liberdade onde se inscreve a liberdade de educação, quer no que respeita à protecção institucional, quer no que respeita aos remédios disponíveis tendo em conta que implicam acuações positivas por parte do Estado e por depender, em regra da “perspectiva autónoma de conformação politicamente assumida e em muitos casos, da existência ou da disponibilidade de recursos materiais escassos”<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. JOSÉ ALEXANDRINO – Direitos Fundamentais, 2011, p. 84.

<sup>35</sup> Idem Ibidem.

<sup>36</sup> Cfr. JOSÉ ALEXANDRINO – Direitos Fundamentais, 2011, p. 85.

<sup>37</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA – Constituição da República Portuguesa anotada, volume I, 2007, p.409.

<sup>38</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2010, p. 1165.

<sup>39</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE – Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa, 2012, p. 324.

## 2. O exercício jurídico: regulação e limites

Outra dimensão do regime geral dos direitos fundamentais é a do seu exercício cujos aspetos mais importantes prendem-se com a regulação do exercício e os seus limites.

Jorge Bacelar Gouveia defende “que o modo de consagração dos direitos fundamentais seja alvo de intervenção normativa posterior<sup>40</sup>, também apelidada de regulação, que segundo o autor pode assumir duas configurações: “a regulamentação de direitos fundamentais”<sup>41</sup> ou “a concretização de direitos fundamentais”<sup>42</sup>.

Desse modo, a regulação é de suma importância em virtude de tornar mais claro “o conteúdo e o objecto dos direitos fundamentais; para acomodar o respectivo exercício, tornando-o efectivo ou mais fácil; para prevenir situações de abuso de exercício, estabelecendo os seus limites internos e para evitar situações de colisão com outros direitos contíguos, traçando as fronteiras entre eles, segundo o princípio da concordância prática, as fronteiras entre eles”<sup>43</sup>.

E, recapitulando o que afirmamos anteriormente, enquanto para os direitos, liberdades e garantias se estabelece uma genérica reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, é de partilha que se fala, no âmbito da intervenção legislativa, pela Assembleia da República e pelo Governo, quando se trata dos direitos fundamentais sociais. Um desvio a esta regra prende-se com a liberdade de ensino que é da competência da Assembleia da República.

## 3. A interpretação e a integração segundo a DUDH

A ideia de que a consagração dos direitos fundamentais na CRP não se reduz ao respectivo texto constitucional, mas antes acolhe outras fontes. Uma fonte relevante resulta da influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH

---

<sup>40</sup> JORGE BACELAR GOUVEIA – Manual de Direito Constitucional, volume II, 2010, p. 1096.

<sup>41</sup> O autor salienta que falamos de “regulamentação de direitos fundamentais - quando a intervenção normativa, sendo útil no esclarecimento da sua estrutura e na disciplina do respectivo exercício, não se assume necessária” in Manual de Direito Constitucional, volume II, 2010, p. 1096.

<sup>42</sup> JORGE BACELAR GOUVEIA, observa que falamos de “concretização de direitos fundamentais - quando a intervenção normativa, sendo já indispensável para dar exequibilidade aos direitos, permite o respectivo exercício, bem como a delimitação dos seus contornos, prevenindo um eventual conflito com outros direitos” in Manual de Direito Constitucional, volume II, 2010, p. 1096.

<sup>43</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA – Manual de Direito Constitucional, volume II, 2010, pp. 1096-1097.

(numa linguagem mais atual), designadamente em matéria de limitação implícita aos direitos fundamentais. O artigo 29.º, nº 2 e 3 da DHDU fornece indicações sobre a admissibilidade de alguns limites. Assim dispõe:

2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Porém, a doutrina diverge quanto ao facto da DUDH poder ser invocada para proceder, no campo interno, a uma limitação aos direitos fundamentais. Para uns, na ausência de uma cláusula geral de limitação dos direitos fundamentais inserta no texto da CRP, será sempre possível, havendo uma lacuna de regulamentação e apelando-se à respetiva função integradora, que tal preenchimento se possa realizar segundo os termos da DHDH e outra posição não admite que a invocação da DUDH possa ser feita com o objetivo de limite ou constranger o sistema de direitos fundamentais, unicamente se enquadrando a mesma função integradora num sentido mais favorável ao cidadão e contra o poder<sup>44</sup>.

Tomando como referência a perspetiva de Jorge Miranda, “os direitos fundamentais ficam situados num contexto mais vasto e mais sólido que o da Constituição em sentido instrumental e ficam impregnados dos valores da DUDH, como parte essencial da ideia de Direito à luz da qual todas as normas constitucionais – e, por conseguinte, toda a ordem jurídica portuguesa, têm de ser pensadas e postas em prática”<sup>45</sup>. Não se trata apenas do impacto externo da DUDH. “Trata-se de um sentido normativo imediato, com incidência no conteúdo dos direitos formalmente constitucionais”<sup>46</sup>. Logo, é possível o recurso à DHDH designadamente quando se apresente uma lacuna na Constituição relativamente a direitos fundamentais.

Já quanto aos limites externos dos direitos fundamentais relacionam-se com o problema da colisão de direitos<sup>47</sup>. Neste caso, defende Jorge Bacelar Gouveia que

---

<sup>44</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA – Manual de Direito Constitucional, volume II, 2010, p. 1103.

<sup>45</sup> Cfr. JORGE MIRANDA – Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 2000, pp.156-157.

<sup>46</sup> Idem, p. 157.

<sup>47</sup> GOMES CANOTILHO defende que “são possíveis casos de colisão imediata entre os titulares de vários direitos fundamentais” (...) Podem existir conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade.” in Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2010, p. 1271.

se deve recorrer à cláusula geral do Código Civil, na medida em que nos pode ajudar a resolver o problema no Direito Constitucional, mesmo que apenas nos apresente uma solução incompleta que em caso de colisão de direitos passa pela "aplicação preferente<sup>48</sup> do direito fundamental "considerado valorativamente superior em relação a outro direito fundamental" <sup>49</sup> e pela "aplicação concordante dos direitos fundamentais considerados valorativamente equivalentes"<sup>50</sup>.

Segundo Jorge Bacelar Gouveia, a matéria de colisão de direitos fundamentais tem subjacente uma avaliação valorativa que só pode ser dada pela ponderação de bens que os direitos fundamentais são portadores, logo afigura-se inútil o formalismo das categorias fundamentais considerando apenas a localização no articulado constitucional. Assim, observa o autor que,

" (...) a apreciação deve ser tipológica, e não abstracta, e deve suscitar uma ponderação dos bens envolvidos nos direitos fundamentais, naturalmente a questão da localização sistemática podendo ser um dos elementos auxiliares, mas não certamente o único, nem certamente podendo sobrepor-se à consistência material do objecto e do conteúdo de cada direito fundamental em questão"<sup>51</sup>.

Porém, a doutrina diverge em relação à matéria de colisão de direitos fundamentais. É frequente na doutrina concluir-se pelo posicionamento dos direitos fundamentais absolutos num estalão supremo da Ordem Jurídica e por essa via, prevalecentes sobre quaisquer outros direitos, que com eles entrem em conflito. É disso exemplo a defesa da concepção hierarquizante dos direitos fundamentais, apresentada por Jorge Miranda, à qual se opõe Vieira de Andrade, Gomes Canotilho e Jorge Bacelar Gouveia.

Jorge Miranda propõe que os direitos fundamentais absolutos ocupem uma posição cimeira tanto do ponto de vista dos direitos fundamentais como da respetiva conexão com a dignidade da pessoa humana, seguindo-se depois, as outras possíveis categorias que constam com regras progressivamente menos protetoras: (1) direitos fundamentais absolutos; (2) direitos de liberdade e garantias do Título II da Parte I da CRP; (3) direitos fundamentais de natureza análoga dispersos por outras disposições da CRP; (4) direitos constitucionais dos trabalhadores que não sejam direitos, liberdades e garantias; (5) outros direitos económicos, sociais e culturais

---

<sup>48</sup> Só se aplica o critério valorativo no caso de ser possível considerar um direito superior em relação a outros direitos na situação de conflito. "O critério da concordância prática significa, que perante direitos fundamentais valorativamente equivalentes, devem todos eles serem limitados, cedendo todos por igual e impondo-se uma mesma bitola limitativa". Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA – Manual de Direito Constitucional, volume II, 2010, pp. 1106-1107.

<sup>49</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA – Manual de Direito Constitucional, volume II, 2010, p. 1106.

<sup>50</sup> Idem Ibidem.

<sup>51</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA – Manual de Direito Constitucional, volume II, 2010, p. 1107.

consignados na CRP; (6) os direitos fundamentais de natureza análoga constantes de leis e de regras internacionais<sup>52</sup>.

Vieira de Andrade e Gomes Canotilho opõem-se ao estabelecimento de uma hierarquização em abstrato, impondo-se como necessário proceder a uma apreciação concreta. Vieira de Andrade sublinha a impossibilidade da fixação geral de um quadro hierarquizado e prévio de direitos fundamentais para fazer face a situações de colisão, pois que "solução dos conflitos e colisões entre direitos, liberdades e garantias ou entre direitos e valores comunitários não pode, porém, ser resolvida sistematicamente através de uma preferência abstracta, com o mero recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais"<sup>53</sup>.

Jorge Bacelar Gouveia sublinha a não admissibilidade de uma solução de tipo rígido por ser pouco praticável e irrealista por não permitir a solução constitucionalmente adequada. Ainda segundo o autor, "a solução da concordância prática"<sup>54</sup> é, insuficiente, daí a necessidade de "ser complementada ou substituída por uma ideia de prevalência"<sup>55</sup>. Nas palavras do autor:

"É neste cruzamento metodológico que os direitos fundamentais absolutos se podem constituir como um auxiliar importante na resolução dos conflitos entre direitos fundamentais, enquanto exprimam um critério geral de ordem ética, como é, no caso, o da dignidade da pessoa humana, que se conecta directamente com a tipificação daqueles direitos fundamentais absolutos. Através da ponderação concreta de bens, os direitos fundamentais absolutos erigem-se a pauta autónoma nessa análise, determinando a sua prevalência comparativamente a outros bens ou direitos que com eles conflituem"<sup>56</sup>.

No mesmo sentido, Vieira de Andrade sublinha a existência de uma fonte ética comum quer aos direitos, liberdades e garantias, quer aos direitos sociais - a dignidade da pessoa<sup>57</sup>. Resta-nos observar um último aspeto do regime geral dos direitos fundamentais que se traduz na sua protecção.

---

<sup>52</sup> Cfr. JORGE MIRANDA – Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 2000, pp. 155-156.

<sup>53</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE – Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2012, p.300.

<sup>54</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA – Manual de Direito Constitucional, volume II, 2010, p. 1110.

<sup>55</sup> Idem Ibidem.

<sup>56</sup> Idem Ibidem.

<sup>57</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE – Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2012, p. 96.

## 4. O regime especial dos direitos, liberdades e garantias

Importa particularmente definir a amplitude deste regime especial na medida em que tal como o afirmamos, o texto constitucional “contém regras e princípios que, na sua globalidade, consagram uma disciplina jurídico-constitucional específica para esta categoria de direitos fundamentais”<sup>58</sup>.

Canotilho e Jorge Bacelar Gouveia defendem uma arrumação idêntica que passa por: (i) estudo da aplicabilidade infraconstitucional imediata e direta; (ii) a vinculação das entidades públicas e privadas; (iii) a restrição infraconstitucional e (iv) a suspensão e tutela de direitos.

### 4.1. Aplicabilidade infraconstitucional

A aplicabilidade direta significa que os direitos, liberdades e garantias, “para serem exercitáveis pelos respetivos titulares, não carecem de qualquer interposição legislativa, bastando-se a si mesmo e por si impondo os seus comandos”<sup>59</sup>. São “imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da auctoritas interpositio do legislador”<sup>60</sup>. Também não são normas responsáveis pela produção de outras normas mas antes reguladoras de relações jurídicas-materiais de forma directa, não implicando “de forma automática, a transformação destes em direitos subjectivos, concretos e definidores”<sup>61</sup>.

Importa também considerar “a aplicabilidade imediata dos direitos, liberdade e garantias, que significa que as faculdades contidas nesta categoria de direitos “podem ser logo realizáveis e não estão dependentes da consecução de condições

---

<sup>58</sup> Gomes Canotilho apresenta-nos os traços característicos deste regime que se encontram inscritos em várias normas constitucionais: aplicabilidade directa das normas que os reconhecem, consagram ou garantem (artigo 18.º, nº 1 CRP); Vinculatividade de entidades públicas e privadas (artigo 18.º, nº 1 CRP); Reserva da lei para a sua restrição (artigo 18.º, nº 2 e 168.º, nº 1 al b CRP); Princípio da autorização constitucional expressa para a sua restrição (artigo 18.º, nº 2 CRP); Princípio da proporcionalidade como princípio informador das leis restritivas (artigo 18.º, nº CRP); Princípio da generalidade e abstracção das leis restritivas (artigo 18.º, nº 3 CRP); Princípio da não retroactividade de leis restritivas /artigo 18.º, nº 3 CRP); Princípio da salvaguarda do nuceo essencial (artigo 18.º, nº 3 CRP); Limitação da possibilidade de suspensão nos casos de estado de sítio e estado de emergência (artigo 19.º, nº 1 CRP); Garantia do direito de resistência (artigo 21.º CRP); Garantia perante o exercício da acção penal e da adopção de medidas de polícia (artigo 272.º, nº 3 CRP); Garantia contra leis de revisão restritiva do seu conteúdo (artigo 288.º al d CRP), cfr. GOMES CANOTILHO – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2010, p. 437.

<sup>59</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA – Manual de Direito Constitucional, volume II, 2010, p. 1118.

<sup>60</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2010, p. 438.

<sup>61</sup> Idem Ibidem.

de facto, como condições económicas e sociais, podendo as mesmas impor-se nos restantes estádios do Ordenamento Jurídico"<sup>62</sup>.

## 4.2. Vinculação de entidades públicas

O artigo 18.º, nº 1 da CRP estabelece a vinculação das entidades públicas através das normas consagradas de direitos, liberdades e garantias. Os seus destinatários são as entidades públicas e nessa circunstância, importa aferir o sentido jurídico-constitucional da responsabilidade<sup>63</sup> do Estado e demais entidades. E a essa luz, vamos conhecer as respetivas restrições impostas pelos direitos, liberdades e garantias:

1. "a legislação: não só fica impedida de contrariar os preceitos, como também se submete aos mesmos no plano da interpretação conforme à CRP;
2. a administração: tendo a função administrativa acesso directo aos direitos, liberdades e garantias, o desrespeito pelos mesmos não pode ser desculpado pela intermediação do princípio da legalidade, sendo certo que mais forte do que este princípio é o princípio da constitucionalidade, em que se incorporam os direitos, liberdades e garantias;
3. o governo: mesmo que se trate de actos internos, ou em relação aos quais sejam mais escassos os mecanismos de fiscalização da constitucionalidade, o certo é que os actos de governo igualmente se submetem ao império dos direitos, liberdades e garantias, devendo respeitá-los;
4. a jurisdição: a actividade dos tribunais, longe de poder ser já hoje concebida como um processo automático de aplicação do Direito, é ela sensível ao respeito dos direitos, liberdades e garantias, nomeadamente quando se trata da integração de lacunas, do preenchimento de conceitos indeterminados ou na remissão para normas extra-jurídicas"<sup>64</sup>.

Tomando em conta as dimensões apresentadas, "pode afirmar-se que as entidades públicas estão sob reserva de direitos, liberdades e garantias"<sup>65</sup>. O modo de atuação dessas entidades ocorre por meio de leis, regulamentos, medidas levadas a cabo pelas autoridades administrativas e decisões proferidas pelos tribunais.

---

<sup>62</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA – Manual de Direito Constitucional, volume II, 2010, p. 1119.

<sup>63</sup> A responsabilidade é entendida por nós como o respeito pelos compromissos assumidos.

<sup>64</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA – Manual de Direito Constitucional, volume II, 2010, pp. 1121-1122.

<sup>65</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2010, p. 439.



A Constituição de 1976 consagra no artigo 18.º, nº 1 a “eficácia horizontal, normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias de direitos análogos na ordem jurídica privada”<sup>66</sup>. Essa eficácia é conseguida segundo Gomes Canotilho por duas vias:

“a teoria da eficácia directa ou mediata” e

“a teoria da eficácia indirecta ou mediata”<sup>67</sup>.

No que diz respeito à primeira teoria clássica, o autor saliente que “os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e directamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais e colectivas)”<sup>68</sup>. Já quanto à segunda, defende que “os direitos, liberdades e garantias teriam eficácia indirecta na medida em que se aplicam prima facie sobre o legislador”<sup>69</sup>.

No mesmo sentido, Jorge Bacelar Gouveia salienta que a referida eficácia é concedida segundo duas formas: vinculação directa e vinculação indirecta<sup>70</sup>. Enquanto a primeira não dispõe de qualquer mediação, a segunda opera “através do Direito Privado, por intermédio dos seus conceitos gerais e indeterminados, bem como das suas cláusulas gerais: a boa-fé, o abuso do direito, a ordem pública e os bons costumes com autonomia regulativa e dogmática”<sup>71</sup>

Em suma, a CRP adotou a vinculação direta, na medida em que os direitos, liberdade e garantias têm a mesma importância de qualquer outra regra ou princípio que aquele Direito estabeleça.

### **4.3. Princípio do carácter restritivo das restrições**

O artigo 18.º, nº 2 correlaciona “as restrições à salvaguarda de outros direitos ou interesses legalmente protegidos”<sup>72</sup>. Jorge Miranda apela para que seja interpretado no sentido do segmento respeitante aos direitos se reconduzir a limites de exercício na perspectiva do artigo 29.º, nº 2 da DHDH.

Entende-se por restrição de direitos, liberdades e garantias: “a diminuição do alcance permissivo das normas constitucionais que os garantem, de um modo

---

<sup>66</sup> Idem, p. 448.

<sup>67</sup> Idem, p. 439.

<sup>68</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2010, p. 439.

<sup>69</sup> Idem Ibidem.

<sup>70</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA – Manual de Direito Constitucional, volume II, 2010, p. 1124.

<sup>71</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA – Manual de Direito Constitucional, volume II, 2010, p. 1124.

<sup>72</sup> Cfr. JORGE MIRANDA – Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 2008, p. 367.

permanente, em determinadas situações – restrições objectivas – ou para certas categorias de pessoas – restrições subjectivas”<sup>73</sup>.

Nos termos do nº 2 do artigo 18.º CRP, nenhuma restrição pode deixar de se fundar na Constituição (...) as leis restritivas devem designar os preceitos em causa e indicar os preceitos ou princípios da Constituição em que repousam (...). Nenhuma restrição pode ser definida ou concretizada a não ser por lei (artigo 18.º, nº 3 do CRP)”<sup>74</sup>. Existem três restrições de direitos: as que são operadas diretamente pela Constituição; por lei mas expressamente autorizadas pela Constituição e da lei mas sem autorização expressa da Constituição<sup>75</sup>.

As leis restritivas têm de revestir carácter geral e abstrato; não pode ter carácter retroativo (artigo 18.º, nº 3 da CRP) e não podem diminuir a extensão e alcance dos direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, nº 3, 2ª parte da CRP)<sup>76</sup>.

Verificados os pressupostos, os direitos, liberdades e garantias podem ser limitados ou suspensos, justificando-se as restrições pela circunstância da Constituição reconhecer mecanismos de limitação material dos direitos fundamentais, como necessários à vida em comunidade.

Estas restrições cumprem três funções: adequadora<sup>77</sup>, dirimente<sup>78</sup> e comunitária<sup>79</sup> e estão em direta consonância com o princípio da autorização constitucional expressa (artigo 18.º, nº 2 CRP) o que significa que o legislador não tem no ordenamento jurídico-constitucional segundo Gomes Canotilho, uma autorização geral de restrições direitos, liberdades e garantias.

Esta restrição quando expressa visa “(...) obrigar o legislador a procurar sempre nas normas constitucionais o fundamento concreto para o exercício da sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias visa criar segurança jurídica nos cidadãos, que poderão contar com a inexistência de medidas restritivas

---

<sup>73</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA – Manual de Direito Constitucional, volume II, 2010, p. 1127.

<sup>74</sup> Cfr. JORGE MIRANDA – Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 2008, p. 376.

<sup>75</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2010, p. 450.

<sup>76</sup> Cfr. JORGE MIRANDA – Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 2008, p. 378.

<sup>77</sup> A restrição de um direito, liberdade ou garantia visa permitir que outros se exerçam sem sobreposições.

<sup>78</sup> A restrição de algum direito, liberdade ou garantia tem como objectivo evitar a repetição da uma nova colisão de direitos no futuro.

<sup>79</sup> A limitação dos direitos, liberdades e garantias surgem pela primazia de valores comunitários

de direitos fora dos casos expressamente considerados pelas normas constitucionais como sujeitos a reserva de lei restritiva”<sup>80</sup>.

Mas, o carácter restritivo dos direitos é conformado por outros princípios nomeadamente o princípio da protecção do núcleo essencial (artigo 18.º, nº 3 CRP) cuja extensão do núcleo essencial é matéria de divergência entre as teorias absolutas e teorias relativas. Enquanto as primeiras defendem abstratamente um núcleo essencial inviolável, as segundas aceitam diferentes intensidades na determinação desse núcleo<sup>81</sup>:

Sem esquecer o princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, nº 2 CRP), atende-se à adequação da restrição ao fim a se propõe, a indispensabilidade dessa mesma restrição, em comparação com outros instrumentos possíveis de atuação legislativa, de carácter menos agressivo e racionalidade em função dos custos e das vantagens que derivam da sua utilização.

Da boa interpretação do princípio da generalidade veda-se a possibilidade de as respetivas normas visarem pessoas, identificáveis por si mesmo e não por categorias, impede que a estipulação da restrição atinja casos particulares - princípio da abstracção (artigo 18.º, nº 3 CRP) - impedindo que aos efeitos das restrições possam atingir situações da vida que se tenha produzido antes da respetiva entrada em vigor.

#### **4.4. Suspensão e tutela de direitos**

Quanto à suspensão dos direitos, liberdades e garantias, a CRP apenas a admite na vigência de estado de sítio (artigo 19.º, nº 1, da CRP), estado de emergência (artigo 19.º, nº 3, da CRP) ou estado de guerra. O regime de tutela dos direitos, liberdades e garantias (artigo 20.º, nº 5 da CRP) assume uma efetividade suplementar face aos mecanismos comuns a todas as classes de direitos fundamentais contemplados nos (artigos 24.º a 47.º CRP): direito de resistência; de legítima defesa; responsabilidade criminal e responsabilidade civil<sup>82</sup>.

### **5. O regime específico dos direitos económicos, sociais e culturais**

Ficou claro que o primeiro princípio específico dos direitos sociais, prende-se com a tarefa fundamental do Estado prevista no artigo 9.º al d) da CRP. Já o afirmamos que na efetivação desses direitos podem concorrer outras entidades em

---

<sup>80</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2010, p. 452.

<sup>81</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA – Manual de Direito Constitucional, volume II, 2010, pp. 1131-1133.

<sup>82</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA – Manual de Direito Constitucional, volume II, 2010, pp. 1143-1158.

especial, igualmente previstas na Constituição, vertidas nos artigos 63.º, n.º 2; 64.º, n.º 3. Importa, no entanto, reafirmar que a realização dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais. A protecção dos direitos sociais está associada a um conjunto de condições económicas, sociais e culturais que a doutrina dos direitos fundamentais designa por pressupostos de direitos fundamentais e dos quais nos ocuparemos.

### 5.1. Os pressupostos dos direitos fundamentais

Vários autores se têm referido aos pressupostos de direitos fundamentais, destacando as condições económicas do país e a capacidade económica do Estado como fatores determinantes. Além desses, Gomes Canotilho refere “o clima espiritual da sociedade, o estilo de vida, a distribuição de bens, o nível de ensino, o desenvolvimento económico, a criatividade cultural, as convenções sociais, a ética filosófica ou religiosa”<sup>83</sup>. Juntos ou individualmente apresentam-se como condicionantes, quer pela positiva, quer pela negativa, de todos os direitos fundamentais, com particular incidência sobre os direitos sociais.

Cabe aos órgãos políticos e legislativos fazer uma “apreciação dos factores económicos para uma tomada de decisão”<sup>84</sup>, todavia por regra, e nas palavras de Jorge Miranda “o conteúdo essencial de todos os direitos deverá sempre ser assegurado, e só o que estiver para além dele poderá deixar ou não de o ser em função do juízo que o legislador vier a emitir sobre a sua maior ou menor relevância dentro do sistema constitucional e sobre as suas condições de efectivação”<sup>85</sup>.

### 6. Elementos estruturais de uma sociedade

Além dos pressupostos acima expostos que embora condicionem os direitos sociais, contudo não fazem parte do regime jurídico destes direitos<sup>86</sup>, verifica-se a existência de “elementos estruturais e elementos configuradores dos direitos económicos, sociais e culturais”<sup>87</sup> que se reconduzem concretamente a uma determinada sociedade<sup>88</sup>. A realização do Estado social, pode ser motivada pela dignidade humana e também pela realização do “desenvolvimento da personalidade (...) consoante se considere que, abaixo de um certo nível de bem-

---

<sup>83</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2010, p. 473.

<sup>84</sup> Cfr. JORGE MIRANDA – Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 2008, pp. 434.

<sup>85</sup> Idem Ibidem.

<sup>86</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2010, p. 473.

<sup>87</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2010, p. 473.

<sup>88</sup> Idem Ibidem.

estar material, social, de aprendizagem e de educação, as pessoas não podem tomar parte na sociedade como cidadãos e muito menos como cidadãos iguais"<sup>89</sup>.

O exposto permite-nos reforçar o argumento de que a sistemática constitucional não se apresenta como única responsável pela distinção entre direitos, liberdade e garantias e direitos sociais e culturais. Cumpre-nos ainda sublinhar que quer os direitos de liberdade quer os direitos sociais deverão ser submetidos aos mesmos valores e aos mesmos princípios constitucionais. Só desse modo será possível alcançara harmonização imposta pela unidade do sistema e pelo primado da dignidade da pessoa humana.

Contudo, consideramos que existem diferenças de ordem histórico-filosófico, que levam os direitos a apresentar características diferenciadoras dos direitos de liberdade como "a juventude, a instrumentalidade, a debilidade e a não prioridade"<sup>90</sup>. Este dualismo geralmente tido como assente numa classificação norteada por um critério ontológico<sup>91</sup>, teria de comum, na melhor das hipóteses, a sua jusfundamentalidade, mas diferenciar-se-iam intrinsecamente pela estrutura ou pelo âmbito material e, extrinsecamente, como consequência, pelo regime. "Do dualismo resultaria ainda, numa perspectiva liberal, uma menoridade axiológica dos direitos sociais no quadro do sistema de direitos fundamentais".

Não obstante a constatação da maior atenção prestada aos direitos, liberdades e garantias, sublinha-se em primeiro lugar o facto dos direitos económicos, sociais e culturais beneficiarem de regras homólogas das regras formuladas para os direitos, liberdades e garantias, por modelação dos princípios gerais do ordenamento jurídico.

Em segundo lugar, se ao tempo da entrada em vigor das normas constitucionais já se verificarem os pressupostos da efetivação, tais normas podem ser entendidas como tendo aplicação imediata. O artigo 74.º, nº 2 al a) da CRP, que assegura o ensino básico universal obrigatório e gratuito constitui um exemplo e traduz "a primeira e mais importante obrigação do Estado para garantir o direito ao ensino"<sup>92</sup>. A al c) do nº 2 do mesmo preceito prevê igualmente outro exemplo quando observa "a garantia da educação permanente ou «educação não formal» são conceitos que designam no seu núcleo, a educação realizada fora do sistema formal de ensino ao longo de toda a vida do indivíduo"<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> Idem, p. 474.

<sup>90</sup> Cfr. JOSÉ ALEXANDRINO – Direitos Fundamentais, 2007, p. 41.

<sup>91</sup> Cfr. ANDRÉ SALGADO DE MATOS – O Direito ao Ensino, 1998, p. 2.

<sup>92</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA – Constituição da República Portuguesa anotada, volume I, 2007, p. 897.

<sup>93</sup> Idem, p. 898.

Em terceiro lugar, em relação aos particulares, falamos de “eficácia dos direitos económicos e sociais e culturais”<sup>94</sup> na medida “em que eles comprimem direitos, liberdades e garantias ou lhes impõem até restrições ou os adstringem a determinadas prestações”<sup>95</sup>. O trabalhador-estudante pode ser um bom exemplo.

## Conclusão

Após uma exposição dos princípios fundamentais gerais da universalidade e da igualdade, aos quais se reconhece a função de materialização dos atos dos poderes públicos, vimos que os direitos fundamentais ficam situados num contexto mais vasto e mais sólido que o da Constituição em sentido instrumental, sendo manifesta a influência dos valores da DUDH, quer como parte essencial da ideia de Direito à luz da qual todas as normas constitucionais e, por conseguinte, toda a ordem jurídica portuguesa, têm de ser pensadas e postas em prática.

Na definição e amplitude do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, verificamos que se trata de um regime especial na medida em que a Constituição contém regras e princípios que, na sua globalidade, consagram uma disciplina jurídico-constitucional específica para esta categoria de direitos fundamentais e que se traduz na sua aplicabilidade infraconstitucional imediata e direta, aos quais se vinculam entidades públicas privadas. Ficou igualmente exposto o carácter restritivo da restrição infraconstitucional.

Defendemos também que quer os direitos de liberdade quer os direitos sociais deverão ser submetidos aos mesmos valores e princípios comuns, dada a harmonização imposta pela unidade do sistema e pelo primado da dignidade da pessoa humana. No entanto, ficou demonstrado que a sistemática constitucional não se apresenta como única responsável pela distinção entre direitos, liberdade e garantias e direitos sociais e culturais.

Na alusão que foi feita ao regime dos direitos sociais e em concreto ao direito à educação, podemos concluir que à medida que com as suas disponibilidades financeiras, o Estado vai realizando os direitos sociais e dando cumprimento às imposições constitucionais e deveres de prestação que deles decorrem, deixa de dispor livre e arbitrariamente do grau e medida entretanto realizados desses direitos.

Importa, porém, reter que, tratando-se de direitos sociais como o direito à educação, a sua garantia justifica uma tarefa de harmonização e de concordância prática, que se traduz numa avaliação dos direitos a efetivar e dos recursos disponíveis. Nesta apreciação, os órgãos políticos gozam de uma margem de liberdade embora esta não seja absoluta, na medida em que qualquer medida terá

---

<sup>94</sup> Cfr. JORGE MIRANDA – Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 2000, p. 385.

<sup>95</sup> Idem Ibidem.

de ser ponderada à luz do princípio da proporcionalidade que por sua vez deverá ser aferida à luz de padrões de justiça social.

## Referências Bibliográficas

ALEXANDRINO, José de Melo.

\_\_\_ Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa. Volume II. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_ Direitos Fundamentais: Introdução Geral. Cascais: Principia, 2011.

\_\_\_ Direitos Fundamentais: Introdução Geral. Cascais: Principia, 2007.

ANDRADE, Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CANOTILHO, Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa, anotada. Volume I, 4ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Constitucional. Volume I e II, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

MATOS, André Salgado de. O direito ao ensino na Constituição de 1976. Relatório do seminário de mestrado em Direitos Fundamentais, Faculdade de Direito de Lisboa no ano lectivo de 1997/1998. FDUL, 1998.

MIRANDA, Jorge.

\_\_\_ Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais. Tomo IV 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

\_\_\_ Teoria do Estado e da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria. Coimbra, Coimbra Editora.

# A Cláusula de Objeção de Consciência: Uma análise para aplicação no Direito Privado

Vitória do Prado Bernardinis<sup>96</sup>

## Resumo

O presente artigo pretende abordar, sob a perspectiva do discurso jurídico, a cláusula de objeção de consciência. Ao fazê-lo, busca-se definir a objeção de consciência como um direito fundamental, o qual é relacionado ao exercício da liberdade de consciência, e diferenciá-la da desobediência civil. Faz-se esse estudo visando a delimitar qual a compreensão se tem da objeção de consciência para testar a possibilidade de restringir esse direito, em situações concretas que passam a se tornarem a cada dia mais diversas e que fogem de figuras tradicionais, como o serviço militar obrigatório e a escusa de consciência médica. Por fim, é traçado um panorama geral da legislação brasileira sobre a temática.

## Palavras-chave:

Direitos fundamentais; objeção de consciência; liberdade de consciência; desobediência civil

---

<sup>96</sup> Mestre em Direito pelo PPGD da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS. vitoriabernardinis@gmail.com



# The Consciential Objection Clause: An analysis for application in Private Law

Vitória do Prado Bernardinis

## **Abstract**

This article intends to address, from the perspective of legal discourse, the conscientious objection. In doing so, we seek to define conscientious objection as a fundamental right, which is related to the exercise of the freedom of conscience. Also, we aim to differentiate it from civil disobedience. This study is justified once it aims to delimit what is understood as conscientious objection and tests the possibility of restricting this right in concrete situations that start to become more diverse every day and that differ from traditional examples, such as military service and the medical conscientious objection. At last, we draw an overview of Brazilian legislation on the subject.

## **Keywords:**

Fundamental rights; conscientious objection; freedom of conscience; civil disobedience

## Introdução

Serviço militar obrigatório. Transfusão sanguínea. Procedimento para interrupção da gravidez. Resguardo do dia da semana. Função de jurado no Tribunal do Júri. Esses são alguns dos cenários que, tradicionalmente, surgem em nosso imaginário ao ouvirmos a expressão "objeção de consciência". Entretanto, principalmente no âmbito das relações entre privados, a objeção de consciência vem se tornando cada vez mais presente para além dessas situações que se mostraram concretas ao longo do século passado. A diversidade de crenças no Brasil aumentou nas últimas décadas, as comparações dos censos realizados assim evidenciam<sup>97</sup>, e, com isso, aumentou a possibilidade dessas crenças e posicionamentos entrarem em colisão nas relações cotidianas. Contudo, não só as crenças religiosas se tornam mais plurais, como também os pontos de vista político e moral.

Sob a perspectiva histórica, a escusa de consciência estava prevista no ordenamento jurídico brasileiro ainda na vigência da Constituição de 1891 como hipótese de perda de direitos políticos para quem alegasse motivo de crença com o fim de eximir-se de ônus imposto pela lei<sup>98</sup>. A Constituição de 1934 manteve essa hipótese de perda de direitos políticos, prevendo expressamente como direito não só a objeção de consciência, como também a liberdade de consciência<sup>99</sup>. Na

---

<sup>97</sup> "Os resultados do Censo Demográfico 2010 mostram o crescimento da diversidade dos grupos religiosos no Brasil, revelando uma maior pluralidade nas áreas mais urbanizadas e populosas do País. A proporção de católicos seguiu a tendência de redução observada nas duas décadas anteriores, embora tenha permanecido majoritária. Em paralelo, consolidou-se o crescimento da parcela da população que se declarou evangélica. Os dados censitários indicam também o aumento do total de pessoas que professam a religião espírita, dos que se declararam sem religião, ainda que em ritmo inferior ao da década anterior e do conjunto pertencente a outras religiosidades." (IBGE, 2010, p. 90). E seguem o relatório indicando que "da observação dos diversos mapas, entende-se que a diversificação dos grupos religiosos em curso nas últimas décadas tem como características importantes a dinâmica da ocupação do Território Nacional, ressaltando espaços que historicamente foram povoados por não católicos decorrentes dos grupos tradicionais que formaram a população brasileira e das diversas correntes migratórias internacionais que vieram para o Brasil." (IBGE, 2010, p. 93)

<sup>98</sup> "Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 29 - Os que alegarem motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer ônus que as leis da República imponham aos cidadãos, e os que aceitarem condecoração ou títulos nobiliárquicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos." (BRASIL, 1891) Com alteração feita em 1926, foi mantida tal restrição no "Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 28. Por motivo de crença ou de função de seus direitos civis e políticos, nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever civico. § 29. Os que allegarem por motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer onus que as leis da Republica imponham aos cidadãos e os que acceitarem condecoração ou titulos nobiliarchicos estrangeiros perderão todos os direitos politicos." (BRASIL, 1891)

<sup>99</sup> "Art 111 - Perdem-se os direitos políticos: b) pela isenção do ônus ou serviço que a lei imponha aos brasileiros, quando obtida por motivo de convicção religiosa, filosófica ou

Constituição de 1937, havia a hipótese de perda de direitos políticos idêntica à da Constituição anterior<sup>100</sup>. Por sua vez, a Constituição de 1946 garantiu a liberdade de consciência como direito, ressalvando seu exercício à observância da ordem pública dos bons costumes, bem como a objeção de consciência<sup>101</sup>. As Emendas Constitucionais de 1967<sup>102</sup> e de 1969<sup>103</sup> mantiveram a previsão da liberdade de

---

política; Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 4) Por motivo de convicções filosóficas, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo o caso do art. 111, letra b. 5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil." (BRASIL, 1934)

<sup>100</sup> "Art 119 - Perdem-se os direitos políticos: (...) b) pela recusa, motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, de encargo, serviço ou obrigação imposta por lei aos brasileiros" (BRASIL, 1937)

<sup>101</sup> "Art 135 - Só se suspendem ou perdem os direitos políticos nos casos deste artigo. § 2º - Perdem-se: II - pela recusa prevista no art. 141, § 8º; III - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil. § 8º - Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender a escusa de consciência." (BRASIL, 1946)

<sup>102</sup> "Art 144 - Além dos casos previstos nesta Constituição, os direitos políticos: II - perdem-se: b) pela recusa, baseada em convicção religiosa, filosófica ou política, à prestação de encargo ou serviço impostos aos brasileiros, em geral; Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 5º - É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes. § 6º - Por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal imposta a todos, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência." (BRASIL, 1967)

<sup>103</sup> "Art. 149. Assegurada ao paciente ampla defesa, poderá ser declarada a perda ou a suspensão dos seus direitos políticos. § 1º O Presidente da República decretará a perda dos direitos políticos: b) pela recusa, baseada em convicção religiosa, filosófica ou política, à prestação de encargo ou serviço impostos aos brasileiros em geral; Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 5º É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes. § 6º Por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se o invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência." (BRASIL, 1969)

consciência similar à Constituição anterior. Por fim, a Constituição Federal de 1988<sup>104</sup> manteve a inviolabilidade da liberdade de consciência, sem, no entanto, fazer qualquer ressalva, bem como prevendo o direito à liberdade de consciência, dispondo sobre a prestação alternativa, ausente nas Constituições anteriores.

Nesse contexto de pluralidade cada vez mais acentuada, de avanços tecnológicos, de mudanças e garantias de direitos a diferentes grupos de pessoas que se identificam na vida em sociedade, a cláusula da objeção de consciência passa a ganhar um papel distinto daquele que, tradicionalmente, lhe era atribuído. Como mencionado, esse instituto surge ligado à prestação de serviço militar e à manifestação de crenças religiosas de uma minoria - por exemplo, o resguardo do sábado. Além disso, com as hipóteses legais de aborto, torna-se possível ao profissional da saúde recusar-se a participar da realização desse procedimento, caso fira alguma crença sua<sup>105</sup>. Contudo, essa cláusula passa a ser invocada, ainda que implicitamente, em circunstâncias diversas. Com a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo, nos Estados Unidos, por exemplo, passam a ser recorrentes os casos em que prestadores de serviços negam-se a prestá-los para celebrações dessas uniões, sob a justificativa de que as mesmas ferem as suas crenças religiosas<sup>106</sup>. Igualmente, no Brasil há notícia de casos similares que recentemente foram judicializados<sup>107</sup>. O avanço no campo da reprodução humana trouxe outros dilemas quanto à concepção: farmacêuticos em países europeus já discutiram acerca do seu direito a não vender medicamentos anticoncepcionais por crerem serem abortivos<sup>108</sup>. No Brasil, por sua vez, as resoluções anteriores à edição da Resolução

---

<sup>104</sup> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei." (BRASIL, 1988)

<sup>105</sup> Em pesquisas realizadas com estudantes de medicina e profissionais da saúde chegou-se a resultados expressivos daqueles que se recusariam, ou se recusam, a fazer tal procedimento. Cf. MADEIRO, 2016.

<sup>106</sup> Cf. ROSENFELD, 2018, p. 86/87.

<sup>107</sup> Foram noticiadas decisões proferidas nos Juizados Especiais Cíveis do Estado de São Paulo e do Estado do Rio de Janeiro: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-expressao/casa-de-eventos-deve-indenizar-casal-gay-por-recusa-a-celebrar-casamento-22052020>; <https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/8007/Fot%C3%B3grafa+%C3%A9+condenada+a+indenizar+casal+gay+por+se+recusar+a+cobrir+cerim%C3%B4nia+de+casamento>

<sup>108</sup> Sobre o tema cf. GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 401/416. Também já proferiu decisão sobre o tema a Corte Europeia de direitos humanos — cf. Pichon et Saious v. France. "Irrecevable sous l'angle de l'article 9 de la Convention: la vente de la pilule contraceptive est légale et intervient sur prescription médicale uniquement et obligatoirement dans les pharmacies; dans ces conditions, les requérants ne peuvent faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier un refus de vente de ce produit, la manifestation de leurs convictions

2283/2020-CFM, que regulamentavam a reprodução humana assistida no Brasil, traziam dispositivo que previa hipótese de exercício pelos médicos da escusa de consciência para negar atendimento a dois grupos específicos de famílias que buscassem TRAs<sup>109</sup>: pessoas solteiras e casais de pessoas do mesmo sexo. A Resolução 2282/2020-CF alterou a redação do item da Resolução n. 2168/2017 que mencionava a hipótese do exercício da liberdade de consciência dos médicos, o qual permitia, em tese, aos profissionais ligados ao CFM negarem a prestação de serviços a determinadas pessoas, e passou a dispor ser “permitido o uso das técnicas de RA para heterossexuais, homoafetivos e transgêneros”. Essa negativa - motivada, em geral, por crenças religiosas - de atendimento e prestação de serviços a casais de pessoas do mesmo sexo tornou-se comum e objeto de discussões judiciais tanto no Brasil, quanto em ordenamentos jurídicos estrangeiros.

A liberdade de consciência é colocada em teste, na medida em que, ao ser exercida, colide com direito de terceiros, não sendo mais apenas o Estado o único sujeito em face de quem a objeção é exercida. Nesse sentido, analisando as circunstâncias fáticas de casos como Masterpiece Cakeshop, torna-se pertinente questionar se, no ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito privado, quando exercida a liberdade de consciência, é possível que o exercício da mesma prevaleça com força suficiente para não se tornar irregular e, portanto, ilícito; ou, ainda, seja restringido esse direito. Em que medida o direito a objetar-se pode implicar, por exemplo, no exercício regular da recusa a contratar ou a dar continuidade de uma relação jurídica.

Passa-se a pensar na objeção de consciência não a partir da relação entre o sujeito e Estado, mas entre sujeitos privados; e, ao fazê-lo, outros desafios surgem. A objeção de consciência seria, ao fundo, um Direito Fundamental com reflexos, portanto, na verificação da regularidade de seu exercício para a hipótese de sofrer uma restrição. Consequentemente, é possível a configuração de uma situação de ilicitude, ou o afastamento desta, na recusa a contratar, nas relações entre privados, com fundamento no artigo 187, do Código Civil Brasileiro, embora sob a justificativa do exercício de liberdade de consciência, a depender da análise no caso concreto de qual das liberdades em confronto prevalecerá. Contudo, questão prévia e imprescindível de ser bem delineada é o direito à objeção de consciência. Ou seja, antes de ser testado o exercício desse direito no âmbito do Direito Privado, diante dos poucos de estudos específicos sobre a objeção de consciência no ordenamento jurídico brasileiro, impõe-se estudá-lo e bem definir o que se compreende por essa escusa para viabilizar a sua correta aplicação pelo intérprete.

---

pouvant s'exercer de multiples manières hors de la sphère professionnelle: manifestement mal fondée.” (UNIÃO EUROPÉIA, 2001)

<sup>109</sup> A Resolução n. 2168/2017, dispunha que “É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico”.

## 1. A objeção de consciência: primeiro, uma perspectiva histórica

Abordar a temática da liberdade de consciência é tocar em algo sensível ao sujeito. É nesse sentido que Roger Williams — quem teve um importante papel não só como fundador do estado norte-americano de Rhode Island, mas também na formulação daquilo que veio a ser a proteção à liberdade de consciência — poeticamente referiu-se à violação da consciência como um “Soule Rape”<sup>110</sup>. Williams, tendo sido um daqueles que estabeleceram as fundações para a liberdade que veio a se concretizar na Constituição norte-americana (NUSSBAUM, 2009, p. 51), acreditava que ferir a consciência era causar danos naquilo que de mais precioso haveria da vida humana (NUSSBAUM, 2009, p. 54). Martha Nussbaum (2009), em obra sobre liberdade de consciência no Direito norte-americano, reflete acerca deste importante instituto jurídico — fazendo uma reconstrução do ponto de vista do tratamento histórico e jurisprudencial — e apresenta a concepção de Roger Williams, e do porquê da importância para a construção do que hoje se entende por liberdade de consciência, de acordo com a autora, deve ser reconhecida. Como pontua Nussbaum (2009, p. 40), “Williams shows us a different way of living with uncertainty, a way involving civil peace and equal respect for each person’s conscience”. Williams, mais conhecido pelo seu papel histórico como colonizador do que como pensador, acreditava que o governo deveria ser responsável pela manutenção da ordem pública e da moral, cuja concepção, entretanto, se distanciaria da religião (NUSSBAUM, 2009, p. 49). Para ele, que era contrário, inclusive, à escolha do domingo como dia para descanso<sup>111</sup>, as leis de aplicação geral teriam força até enquanto não ameaçassem a liberdade religiosa — conceito esse que, posteriormente, seria atribuída às accommodations<sup>112</sup>. A consciência, para Williams, integraria a dignidade do sujeito<sup>113</sup>; em outras palavras, todos teriam em si algo “infinitely precious, something that demands respect from us all, and something in regard to which we are all basically equal” (NUSSBAUM, 2009, p. 52). Esse algo

---

<sup>110</sup> Conforme Nussbaum (2009, p 37), “To impose an orthodoxy upon the conscience is nothing less than what Williams, in a memorable and oft-repeated image, called ‘soule rape’”. Aqui, para preservar a melhor compreensão do termo, mantem-se o mesmo em inglês — que poderia ser traduzido como “violação da alma”. Além disso, ““And it is ‘soule rape’ when any person is limited with respect to either belief or practice (so long as he is not violating civil laws or harming others).” (NUSSBAUM, 2009, p. 53)”

<sup>111</sup> Conforme escreve Nussbaum (2009, p. 50), “Williams was notoriously skeptical about Sunday as the chosen day for no work. He had considerable sympathy with the theological arguments of the Seventh-Day Baptists. More generally, he saw the burden that comes with imposing a majority practice on all. Rhode Island had no Sunday law during his lifetime”.

<sup>112</sup> Accommodations é um instituto jurídico norte-americano forjado para afastar determinada obrigação de pessoas religiosas, por motivos de consciência. (NUSSBAUM, 2009, p. 21)

<sup>113</sup> “Conscience, Williams holds (perhaps influenced by the Stoic ideas that were so prominent in his education), is the dignity of the person; it is, indeed, the person himself.” (NUSSBAUM, 2009, p. 52)

precioso — que é também delicado e frágil — precisaria de um ambiente favorável ao seu desenvolvimento para ser livre. Nesta linha, “William, by contrast, sees that the conscience is not invulnerable: it can be damaged and crushed, and it needs space to unfold itself” (NUSSBAUM, 2009, p. 53), sendo a referida visão, inclusive, favorável à noção de liberdade política. Na verdade, as discussões sobre as liberdades religiosas, como demonstra Nussbaum (2009), não foram promovidas apenas por esse pensador americano, mas por tantos outros pensadores e foi moldada a partir de decisões judiciais em casos paradigmáticos, dentre o quais o caso *Sherbert v. Verner*<sup>114</sup>.

Depreende-se que a liberdade de consciência e as liberdades religiosas foram objeto de reflexão e de discussões pelos colonos americanos e pelos founding fathers, quando da colonização dos Estados Unidos da América, bem como durante<sup>115</sup> e após o processo de criação dessa Nação<sup>116</sup>. Neste sentido,

This idea that each person's inner and intimate searching is precious living thing that must be respected by laws and institutions went well with the idea that we have to learn to live together on terms of mutual respect. Conscience, and its strivings, were the proper object of that respect. The free conscience, and the civil peace it requires, became the foundation of America's distinctive approach to religious liberty and equality. The equal status of religious minorities was its most persistent concern. (NUSSBAUM, 2009, p. 37).

Contudo, essa noção de recusa a um agir ou não agir fundada em uma crença religiosa ou moral não surge nos Estados Unidos. Conforme Gómez Abeja (2016, p. 88), era possível de ser invocado no Império Romano uma isenção à prática de determinada ação, com a ascensão do cristianismo, frente à guerra que se considerasse injusta. Com o passar dos séculos e as rupturas internas na Igreja Católica, surgem outros grupos com interpretações diversas do evangelho; esses movimentos dissidentes possibilitaram, mediante diferentes interpretações e modos de professar a sua fé, o surgimento de uma nova dimensão para atuação da

---

<sup>114</sup> Cf. Nussbaum, 2009, p. 135/147.

<sup>115</sup> Acerca do processo de construção, no direito norte-americano, da noção de ‘Establishment Clause’, mais especificamente quanto à extensão de cláusulas da constituição aos Estados: “Above all, however, the mixture of civil with religious jurisdictions threatened an equality of standing in the public realm that was enormously precious to all Americans. Separation, to the extent that the framers urges it, was not a way of belittling religion, it was a way of respecting human beings” (NUSSBAUM, 2009, p. 114).

<sup>116</sup> Nesse sentido, afirma Gascón Abellán que “fuera en Estados Unidos, una nación en la que la libertad religiosa tiene un carácter históricamente constitutivo, donde el reconocimiento de la objeción de conciencia alcanza-se un desarrollo más temprano y articulado” (1990, p. 263).

objeção, na medida em que choques entre a interpretação majoritária e as interpretações minoritárias se potencializaram, ante o pacifismo que surge<sup>117</sup>.

A Revolução Francesa e a independência dos Estados Unidos da América produzem mudanças naquilo que se concebera até então como objeção de consciência. Com a Modernidade, introduzem-se noções distintas daquelas propagadas até então, dentre elas a de igualdade e liberdade, sendo que já nas primeiras declarações e constituições escritas, que passam a reconhecer os mais diversos direitos e liberdades aos cidadãos, se fazem presentes a liberdade religiosa e a liberdade de consciência<sup>118</sup>.

Com a generalização do caráter obrigatório da prestação de serviço militar<sup>119</sup>, ao final do século XIX e início do século XX, ante os movimentos contrários ao cumprimento dessa obrigação, surgem leis que passam a reconhecer o direito a estar isento de prestação com esse caráter, a qualquer pessoa, em decorrência de motivos religiosos. Com o passar das décadas, após as duas Grandes Guerras do século XX e diante dos movimentos pacifistas que se inauguram contrários à guerra nuclear, à Guerra do Vietnã, à segregação racial, entre outros, o conceito de objeção de consciência passa a ser alargado e generalizado. De forma que

---

<sup>117</sup> Nesse sentido, afirma Durante los siglos XVI y XVII se otorgan cartas a algunas sectas anabaptistas por parte de ciertos monarcas europeos, concediéndoles libertad de culto y derecho de organización de su comunidad según sus usos y costumbres, que incluían la de objetar al uso de armas. No se pierda de vista el carácter limitado de esta <<objeción>>, cuyo reconocimiento se efectúa por un mero interés político, se limita a motivos religiosos y se restringe a comunidades concretas. (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 90)

<sup>118</sup> Quanto ao ponto, "Será entonces cuando jurídicamente se esboce por primera vez la objeción de conciencia de conformidad con el esquema actual. Puesto que se pretende garantizar la libertad de conciencia, se planteará la posibilidad de reconocer la facultad de oponerse al cumplimiento de un deber jurídico para poder actuar conforme a una convicción personal cuando la propia conciencia lo exija. Y no como una concesión a determinados grupos minoritarios, sino sobre la base de la igualdad de todos en la titularidad de los derechos y la libertad para profesar unas u otras creencias." (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 92)

<sup>119</sup> Em análise à obrigatoriedade do serviço militar, Sandel (2017, p. 100) expõe breve análise histórica da evolução desta nos EUA que — assinada a primeira lei de alistamento obrigatório em 1862 durante a Guerra Civil Americana — "atingia a tradição individualista americana m sua base, e a União abriu uma ampla concessão: quem fosse convocado e não quisesse servir poderia contratar outra pessoa para assumir seu lugar". Após reclamações feitas, "em 1863, o Congresso aprovou uma lei relativa ao alistamento, na tentativa de solucionar o problema. Embora não abolisse o direito de contratar um substituto, a lei permitia que qualquer convocado pagasse ao governo uma taxa de 300 dólares em vez de servir" (SANDEL, 2017, p. 100). Esta lei foi revogada no ano seguinte a sua sanção, permanecendo, no entanto, a possibilidade de contratação de substituto durante a referida guerra. Durante a Segunda Guerra Mundial e a Guerra do Vietnã manteve-se o alistamento obrigatório. Sandel (2017, p. 103), ao fazer essa retrospectiva do alistamento nos Estados Unidos da América, questiona-se qual forma de compor um exército seria mais justa: o alistamento obrigatório, a convocação com a possibilidade de pagar um substituto, ou a voluntariedade do alistamento regulada pelo mercado.



[...] la secularización de la objeción de conciencia y las crisis del positivismo legalista, junto con la cada vez mayor diversidad cultural y religiosa y la tendencia actual [...] a valorar positivamente las motivaciones individuales en los comportamientos de objeción a la ley, que difieren de las que conducen al incumplimiento por motivaciones egoístas o pasionales, han dado lugar a un nuevo panorama al que se ha aludido con 'un boom de los casos de objeción de conciencia'. Ello conduce a la necesaria reflexión sobre las posibilidades de ejercicio de otros tipos distintos de objeciones [...]. (GOMEZ ABEJA, 2016, 97)

Assim, este conflito entre o que a consciência do sujeito exige e o direito obriga a que chamamos de objeção de consciência, inicialmente possuiu um carácter puramente religioso, fortemente relacionado ao serviço militar, para, com o passar das décadas e com o aumento das complexidades das relações sociais existentes, tornar-se uma noção mais ampla, aliada às liberdades religiosa e ideológica quanto a outras obrigações do sujeito<sup>120</sup>. De forma que, com o crescimento da complexidade das relações jurídicas e da pluralidade no âmbito público, as discussões se tornam cada vez mais diversas, e neste contexto também se insere a objeção de consciência, que se desloca da esfera de discussão militar para adentrar em outros âmbitos, tais como a venda de medicamentos, casamentos entre pessoas do mesmo sexo, disciplinas escolares específicas, aborto, etc. Nesse sentido, pode-se afirmar expressar a escusa de consciência uma relação complicada entre o ordenamento jurídico - e os deveres e direitos dele extraídos - e a consciência de cada pessoa, a qual se acentua atualmente diante da pluralidade característica da esfera pública.

---

<sup>120</sup> Quanto à ligação da objeção de consciência à liberdade religiosa, afirma Gascón Abellan (1990, p. 259) que "tanto la libertades de conciencia en general como la objeción en particular han estado siempre presentes en la lucha por la libertad religiosa.". Ainda, afirma a autora que "Si en un primer momento se aprecia una ampliación del objeto o contenido de la objeción de conciencia, que junto a las privaciones inmediatamente religiosas procura integral también a otras obligaciones seculares rechazadas por la doctrina moral de las confesiones, en un segundo momento se producirá una ampliación en el fundamento: la libertas de conciencia dejará de tener a una referencia exclusivamente religiosa para aceptar cualquier fundamento ético. (...) Más tarde el ámbito de protección se ampliará a cualesquiera motivos de índole religiosa; a mi juicio, es entonces cuando la objeción de conciencia traduce un respecto profundo hacia la libertad de conciencia. En todo caso, el paulatino reconocimiento de la objeción de conciencia puede entenderse siempre como una exigencia de la libertad ideológica y religiosa (...)" (1990, p. 263). Por fim, conclui que "la objeción de conciencia ha marchado siempre paralelamente a la libertad religiosa o, mejor dicho, que ha constituido una de sus dimensiones más destacadas, tal vez históricamente la primera. (...)La objeción aparecerá vinculada así a la libertad de creencias o, más exactamente, a la dimensión práctica de ese derecho, que es la libertad de conciencia" (1990, p. 265).

## 2. Objeção de consciência: distinção e definição

Uma vez compreendida, ainda que em linhas gerais, a evolução da aplicação da cláusula de objeção de consciência, passemos a olhar mais especificamente para o seu tratamento no campo jurídico. A cláusula de objeção de consciência pode ser definida, conforme Gascón Abellán (2018, p. 86), como um descumprimento motivado de um dever jurídico em razão deste ser contrário a um ditame de consciência, sendo que, diferentemente da desobediência civil<sup>121</sup>, a finalidade disto seria a “defesa da moral individual” e não a mudança política ou jurídica. Define-se, ainda, a objeção de consciência como “(...) la negativa del individuo por razones de conciencia a sujetar-se a un comportamiento jurídicamente exigible” (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 29), sendo “el derecho reconocido a la persona para incumplir un deber jurídico por motivos de conciencia” (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 29). Tais motivos podem ser de ordem religiosa, moral, ética, humanitária, etc. Por fim, também pode-se considerar objeção de consciência “como un derecho subjetivo que tiene por objeto lograr la dispensa de un deber jurídico o la exención de responsabilidad cuando el incumplimiento de ese deber se ha consumado” (GASCÓN ABELLÁN, 1990, p. 249).

O tema da cláusula de objeção de consciência é controverso na doutrina (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 189 e 201) — tanto quanto ao seu enquadramento, quanto à sua aplicação —, na medida em que há tanto aqueles (PRIETO-SANCHÍS, 2007, p. 25) que defendem ser um direito fundamental — que guardaria direta relação com a liberdade de consciência, conceito mais amplo — quanto aqueles (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 233) que compreendem o tema sob ponto de vista diverso, encarando esta cláusula como direito subjetivo a ser exercido apenas quando previa e expressamente previsto pela legislação<sup>122</sup>. Esta controvérsia, dados os efeitos na extensão da aplicação, torna-se relevante, considerando as mudanças sociais nos comportamentos que trazem novos desafios ao Direito; em outras palavras, é “(...) la pretensión de ejercicio de nuevas objeciones que surgen ante obligaciones jurídicas más recientes que las otras <<clásicas>> que tradicionalmente se habían rechazado por motivos de conciencia” (GÓMEZ ABEJA, 2016, 31).

---

<sup>121</sup> Diferentemente da objeção de consciência, a desobediência civil teria como finalidade causar uma mudança no sistema jurídico ou político. Para Gascón Abellán (2018, p. 86) “(...) El desobediente civil incumple una norma con el propósito de lograr su modificación o la de alguna institución o decisión política que considera injustas. Por eso no es infrecuente que se desobedezcan normas que en sí mismas se consideran irreprochables con el fin de impulsar la modificación de otras (desobediencia civil indirecta), pues lo que se pretende es “protestar”, participar en la política aunque sea de este modo informal”.

<sup>122</sup> Gómez Abeja (2016, p. 30) na introdução de sua obra acerca do tema pontua a discussão jurisprudencial sobre a questão: “(...) sucata el interrogante de si la objeción es un derecho fundamental, vinculante para el legislador, o si la positivación es conditio sine qua non para la objeción de conciencia”.

Um primeira distinção a ser feita é entre desobediência cível e objeção de consciência. Quanto ao ponto, Hannah Arendt (1999) entende que a mesmas diferenciam-se, pois, enquanto esta seria um exercício individual, aquela seria exercitada em grupo<sup>123</sup>. Para Arendt (1999, p. 58/59), "a consciência é apolítica" e suas deliberações "são sempre expressas de maneira puramente subjetiva"; por isso, "as regras de consciência dependem do interesse no eu. Elas dizem: evite fazer coisas com as quais não poderás conviver" (ARENDR, 1999, p. 61). Na medida em que a consciência é subjetiva, o reconhecimento da objeção de consciência estará ligado ao exercício individual, enquanto que a desobediência civil<sup>124</sup> necessariamente será de um grupo, pois o critério utilizado como justificativa para a escusa adentrou a esfera do público<sup>125</sup>. Nesse sentido, afirma Hannah Arendt (1999, p. 64) que

O que foi decidido in foro conscientiae tornou-se agora parte da opinião pública, e apesar de que este grupo especial de contestadores civil possa ainda alegar a validação inicial - suas consciências - eles na verdade já não contam mais somente com eles mesmos. No mercado, o destino da consciência não é muito diferente do destino da verdade do filósofo: torna-se uma opinião não diferenciável de outras opiniões. E a força de opinião não depende da

---

<sup>123</sup> Nesse sentido, "Sempre que os juristas procuram justificar a desobediência civil em termos de moral e legalidade, interpretam sua causa à imagem, ou do objeto de consciência ou do homem que testa a constitucionalidade de um estatuto. O problema é que a condição de contestador civil não tem qualquer analogia com nenhum dos casos, pela simples razão que ele nunca existe como um único indivíduo; ele só pode funcionar e sobreviver como membro de grupo" (ARENDR, 1999, p. 54/55).

<sup>124</sup> Ainda que não o objeto do presente estudo, a fim de bem diferenciar da objeção de consciência, menciona-se que Hannah Arendt (1999, p. 68) define a desobediência civil como aquela que "aparece quando um número significativo de cidadãos se convence de que, ou os canais normais para mudanças não mais funcionam, e que as queixas não serão ouvidas nem terão qualquer efeito, ou então, pelo contrário, o governo está em vias de efetuar mudanças e se envolve e persiste em modos de agir cuja legalidade e constitucionalidade estão expostas a graves dúvidas" e conclui que "a desobediência civil pode servir tanto para mudanças necessárias e desejadas como para preservação ou restauração necessária e desejada do status quo - preservação dos direitos garantidos pela Primeira Emenda ou restauração necessária do equilíbrio dos poderes do governo, ameaçado pelo poder executivo e pelo enorme crescimento do poder federal em detrimento dos direitos dos estados. Em nenhum dos casos a desobediência civil pode ser comparada à desobediência criminosa" (ARENDR, 1999, p. 69).

<sup>125</sup> Conforme Lafer (2018, p. 223), para Hannah Arendt, a desobediência civil "é legítima e pode ser bem-sucedida na resistência à opressão". Considera Lafer (2018, p. 223) que apesar de "a análise que Hannah Arendt faz da desobediência civil" ser "criativa, por se afastar da lógica razoável, que não dá conta das realidades contemporâneas", carece esta da delimitação de standards que evitem a prática generalizada da mesma. De forma que elenca o estudo da obrigação política em conexão "com a resistência à opressão, por meio da desobediência civil, que em situações-limites pode resgatar a obrigação política da destrutividade da violência" (LAFER, 2018, p. 227) dentre os temas de Direitos Humanos direcionados a evitar um estado totalitário.

consciência, mas do número de pessoa com quem está associada [...].

Em linhas gerais, nota-se que esta cláusula é relacionada à isenção no cumprimento de um dever jurídico por razões de ordem religiosa, política ou filosófica; não havendo, contudo, qualquer finalidade do objetor em uma mudança no ordenamento jurídico<sup>126</sup>. Na verdade, diversas são as formas como a doutrina trabalha a cláusula e se torna relevante para a aplicação ao caso concreto ter claro de onde se parte para melhor compreender como se chegou à determinada solução, a fim de verificar a existência, ou não, de determinada pretensão. Assim, é importante assentarmos, quanto à natureza jurídica, ser a objeção de consciência um direito fundamental, que se desdobra da liberdade de consciência, a ser aplicado ao caso concreto através de ponderação. Aproxima-se, pois, a uma concepção argumentativa do direito.

A objeção de consciência pode ser compreendida como um conflito jurídico entre crenças de cunho religioso, moral ou ideológico, no qual de um lado há um entendimento majoritariamente aceito, por outro, há o sujeito, cuja crença será em relação àquela minoritária. Está, nesse ponto, uma peculiaridade desse direito que é de todos: não pode ele ser exercido por todos, ao mesmo tempo, sobre a mesma questão. Diferentemente de outras liberdades - como a de expressão -, a liberdade de consciência, quando exercida através de uma escusa, é necessariamente exercida por uma minoria. A razão é simples: do contrário, estaria vislumbrando-se a necessidade de alterar a norma, pois uma maioria, quiçá todos aqueles pertencente à comunidade, não mais a reconhecem. Ou, ainda, estar-se-ia aceitando a hipótese em que uma minoria, sob a justificativa do exercício de uma liberdade, estaria excluindo determinado grupo de pessoas, por exemplo, do acesso a serviços e/ou produtos, da comunidade. Nesse ponto, afirma Schink (2018, p. 102/103), ser a objeção de consciência garantida às pessoas como uma exceção, ainda que qualquer um possa invocá-la, pois é construída na "assumption that nobody will make use of this waiver". E continua, "if everyone did so, if everybody refused to serve in the armed forces while the commonwealth depends on a compulsory military

---

<sup>126</sup> Quanto a esta diferenciação, Prieto-Sanchis (2007, p. 15) afirma que na desobediência civil "la motivación moral o política no pretende fundamentar una justificación circunstancial, sino que se dirige la misma norma", enquanto que "la objeción de conciencia, por su parte, se agota en la preservación del propio dictamen de conciencia, en rehusar el cumplimiento de un deber jurídico que se considera injusto" (2007, p. 17). Assim, tem-se que "La objeción, en cambio, si quiere tener un sentido propio, debe entenderse como un acto estrictamente privado, no político, como la exteriorización de un imperativo de conciencia. Por supuesto, la objeción puede entrecruzarse con otras formas de desobediencia y convertirse también en un instrumento de presión política; asimismo, es evidente que el objetor desearía que se derogase la ley que impone el deber jurídico que él rechaza. (...) el significado de la objeción de conciencia se agota en su propia exteriorización" (2007, p. 17).

service or if all parents refused to send their children to school and thereby dismantled public education, societies could not survive." (2018, p. 102/103).

Pode, esta cláusula, para Gómez Abeja (2016, p. 74/78), se caracterizar por responder a uma motivação moral, por ser um ato de caráter pacífico<sup>127</sup>, pelo seu caráter excepcional, podendo ser ativa ou passiva — isto, é, objetar-se frente tanto a uma obrigação, quanto a uma proibição<sup>128</sup> —, por uma objeção direta ao cumprimento de uma obrigação específica<sup>129</sup>, pelo seu caráter privado e individual — na medida em que o objetor não visa a uma mudança, mas sim à acomodação de sua crença, diferentemente da desobediência civil —, pelo aceite a uma prestação alternativa caso necessária, e, para alguns, seria um ato contra a lei<sup>130</sup>. Por ser um Direito Fundamental expressão da liberdade de consciência, tem-se a cláusula como uma pretensão de descumprimento àquilo que, a priori, seria uma obrigação/dever; por outro lado, caso entendêssemos a objeção apenas como um direito a excepcionar uma obrigação jurídica se previamente definido por lei. Conclui-se que, a depender da visão da qual partimos, a objeção de consciência

[...] poderá bien consistir en actos ilegales - mejor dicho, aparente o inicialmente ilegales pero sucesibles de protección por ser expresión de un derecho fundamental —, o bien, tratándose de un excepción prevista por ley al cumplimiento de un deber jurídico, no tener nunca ese carácter ilícito, sino consistir precisamente en un derecho de rango legal. (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 76)

Uma das posições doutrinárias, dentre as seis expostas por Gómez Abeja (2016, p. 190/200), é aquela que compreende haver na objeção de consciência um caráter de direito fundamental, pois seria ela a expressão da liberdade de consciência. Assim, a cláusula de consciência gozaria de proteção como direito fundamental, não sendo necessária à sua prévia previsão expressa para intenção

---

<sup>127</sup> Conforme pontua Gómez Abeja (2016, p. 75), diferentemente da desobediência civil, que visa a provocar uma mudança, "La objeción implica la concurrencia de un deber que se impone individual y directamente a alguien cuya moral le impede de dar cumplimiento al mismo. El recurso a la fuerza, el uso de la violencia, queda fuera de este contexto".

<sup>128</sup> O caráter passivo ou ativo da objeção de consciência não é pacífico na doutrina. Há os que compreendem que o dever a que se objeta deverá ser uma ação e não uma proibição; também, há aqueles que compreendem a viabilidade da objeção frente tanto a uma ação quanto a uma proibição. Nesta última, dá-se o exemplo do médico que proibido de atender o soldado inimigo, sente-se obrigado a fazê-lo. cf. GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 77/78.

<sup>129</sup> "La objeción de conciencia se muestra siempre como una desobediencia donde el sujeto rehúsa el cumplimiento de una obligación a la que es inmediatamente llamado, de manera que la norma incumplida es precisamente aquélla que suscita el reproche moral" (PRIETO SANCHIS, 2007, p. 18/19).

<sup>130</sup> Contudo, quanto a este aspecto, há divergências. "Hay diversidad de opiniones a la hora de concretar si la norma incumplida há de ser necesariamente una ley o puede tratarse de otro tipo de norma, pero no hay duda sobre el imprescindible carácter contra legem del acto" (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 75).

do descumprimento de determinada obrigação. Seria esta um direito configurado *prima facie* e que poderia sofrer restrições por meio de ponderação ante um caso concreto.

Incluso se ha hablado de la objeción de conciencia como un derecho a la ponderación, en el sentido de que debe efectuarse una justificación adecuada de la limitación del derecho a actuar según las exigencias de las creencias éticas o religiosas. (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 200).

Portanto, na verdade, a questão acerca da natureza jurídica da liberdade de consciência se resume em enquadrá-la, ou não, como direito fundamental<sup>131</sup>, dependendo, ou não, sua eficácia de prévia disposição legal<sup>132</sup>. Na medida em que se parte de uma concepção argumentativa do direito, adota-se o ponto de vista da objeção de consciência como um direito fundamental. Nesse sentido, integra-se a objeção de consciência à liberdade de consciência, de forma que aquela “sería una noción lógicamente más restringida que la de libertad de conciencia, pero estaría plenamente integrada en ella; sería la realización de la libertad de conciencia incluso frente a los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico” (GASCÓN ABELLÁN, 1990, p. 258).

Assim, dentre as formas de manifestação da liberdade de consciência — que compreende a formação e o atuar conforme a consciência —, a objeção de consciência é uma delas. Entretanto, definir de forma limitada o que compreenderia esta liberdade de consciência se torna tarefa difícil, pois “resulta inviable formular un elenco cerrado y exhaustivo de las modalidades de ejercicio de la libertad de conciencia: en principio casi cualquier conducta puede aparecer como una

---

<sup>131</sup> Pontua Gómez Abeja (2016, p. 201) “Puede sostenerse, de un lado, que la objeción forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad de conciencia, reconocida en sus vertientes ideológicas y religiosa en el apartado primero del artículo 16 de nuestra Norma Fundamental, con el consiguiente tratamiento preferente que a tal categoría corresponde. De otro lado puede defenderse que, independientemente de su indudable conexión con este derecho - numerosas veces puesta de manifiesto por nuestro Tribunal Constitucional - la objeción no forma parte de su contenido, por lo que únicamente podrá ejercerse cuando esté reconocida legalmente como un derecho para un supuesto concreto. Solo la intervención del legislador permitirá que pueda hablarse de un derecho a la objeción de conciencia”.

<sup>132</sup> Ainda, quanto a esta oposição, pontua Gascón Abellan (1990, p. 272) que o que interessa é “saber si las objeciones jurídicas que eventualmente pueden dar lugar a objeciones de conciencia, deben ser atendidas como restricciones que inciden en la libertad de conciencia, o si, por el contrario, el contenido de este derecho no contempla en modo alguno una hipotética insumisión al deber jurídico. En el primer caso cabría hablar de un derecho general a la objeción de conciencia, de modo que las obligaciones operarían como límites cuya existencia podría ser discutida; en el segundo, en cambio, habríamos de concebir que la libertad de conciencia no ampara en ningún caso la negativa al cumplimiento de deberes jurídicos, de manera que estos no necesitarían justificarse en presencia del derecho fundamental; no existiría, pues, un derecho general a la objeción de conciencia, sino acaso concretas modalidades reguladas específicamente”.

exteriorización de la propia ideología o religión" (PRIETO-SANCHIS, 2007, p. 24). Se, por um lado, a dimensão interna desta liberdade estaria confinada a um exercício psicológico e, portanto, pouco relevante ao Direito, por outro, a dimensão externa seria o exercício prático por meio da objeção de consciência e, por isso, relevante para o Direito<sup>133</sup>.

Na verdade, a discussão acerca da natureza jurídica desta cláusula e, conseqüentemente, da extensão de sua aplicação, guarda origem no modo como as liberdades em geral - na relação entre Estado e sujeitos - são compreendidas. Ou seja, a depender se se parte de uma noção em que ou as liberdades são configuradas já com as limitações pelo legislador e que, disto, nasce a imposição de deveres jurídicos, ou estas são passíveis de restrições apenas quando justificadas, isto é, são *prima facie* configuradas e ilimitadas, sendo os deveres jurídicos possíveis limitadores do exercício da liberdade de consciência<sup>134</sup>. Uma vez que se parte de uma posição *prima facie* dos direitos fundamentais, — no sentido em se passa a encarar a cláusula de objeção de consciência como meio a dar concretude à liberdade de consciência —, pode-se afirmar haver um Direito Fundamental a se escusar, através do exercício da liberdade de consciência, não se configurando uma "infracción de un deber jurídico sino como un supuesto de colisión entre la libertad de conciencia y el deber jurídico incumplido" (GASCÓN ABELLAN, 2018, p. 90) a ser testado no caso concreto a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, obtendo-se, ao final, uma regra definitiva aplicada àquele caso concreto apreciado pelo intérprete. Adota-se, aqui, portanto uma perspectiva da Teoria Externa de Restrições a Direitos Fundamentais, como exposta por Robert Alexy (2017). Ao enquadrar a objeção de consciência como forma de exercício de um direito fundamental, faz-se a partir de uma posição *prima facie*<sup>135</sup>, ou seja, em princípio haveria um direito do sujeito em atuar conforme as suas próprias

---

<sup>133</sup> Neste sentido, Prieto-Sanchís (2006, p. 261) "la libertad de conciencia no puede referirse a una facultad interna o psicológica, esfera en la que por fortuna el Derecho y el poder aún se muestran incompetentes (*cogitationis poenam nemo patitur*), sino a una facultad práctica y plenamente social que protege al individuo frente a las coacciones o interferencias que pudiera sufrir por comportarse de acuerdo con sus creencias o convicciones".

<sup>134</sup> Neste caso, "[...] cuando en ejercicio de su libertad de conciencia un individuo objeta un deber jurídico su libertad no queda sin más cancelada, sino que habrá que evaluar si la imposición de ese deber está justificada. Puede hablarse entonces de un derecho general a la objeción de conciencia con base en la libertad de conciencia, en el sentido de que hay una presunción de legitimidad constitucional para quien actúa en ejercicio de su libertad de conciencia, y por lo tanto las obligaciones jurídicas frente a las que se formula objeción operarían como limitaciones a la libertad cuya justificación podría discutirse". (GASCÓN ABELLÁN, 2018, p. 88)

<sup>135</sup> Nesse sentido, complementa-se que "Quien objeta, cualquiera que sea el deber jurídico, en principio ejerce un derecho fundamental, por más que el juicio definitivo pueda desembocar en la negación, rechazo o modulación de la posición *iusfundamental* a la vista de la presencia en el caso de otras razones más fuertes a favor de tal deber jurídico" (PRIETO-SANCHIS, 2007, p. 35).

convicções, direito este a ser testado no caso concreto por meio da ponderação, quando em conflito com direitos outros. Todavia, como afirmado, há uma certa complexidade em definir, ante o caso concreto, quais atos constituem exercício regular desse direito, na medida em que a consciência “puede ser fuente de los más heterogéneos imperativos” (GASCÓN ABELLÁN, 2018, p. 89) passíveis, ou não, de justificarem a restrição a outros direitos.

Considerando estas possíveis nuances da consciência de cada sujeito, partir de uma concepção de direito geral a objetar viabiliza que qualquer sujeito possa pretender que a sua objeção a um dever jurídico seja tratada como um conflito de liberdades e, portanto, sujeito a um exercício de argumentação racional diverso da mera subsunção, de forma que, “en definitivo, la conducta objetora merezca tutela no depende propia o directamente de la Constitución, sino que es el resultado de un proceso argumentativo que se quiere gobernado por la racionalidad” (SANCHÍS, 2007, p. 35). Contudo, outra peculiaridade observada na objeção de consciência é que, diferentemente do exercício de outras liberdades - com a de expressão -, recai sobre o sujeito a exercendo, desde logo, demonstrar as razões para exercê-la, as quais serão testadas no caso concreto, em especial quando colidam com os direitos fundamentais de outras pessoas. Nesse sentido, explica Schink (2018, p. 108), que “when it comes to the freedom of conscientious objection, it is up to the citizen present arguments and justifications in order to demonstrate why he or she should be allowed to refuse to do what everybody else is obliged to do”.

Observa-se, ainda, que o direito a se objetar não dever ser tratado como uma forma de escolha para descumprir um dever legal, mas sim como o exercício da liberdade de atuar conforme suas convicções nos limites da sua esfera jurídica, isto é, na medida em que não afete, sem razões suficientes, a esfera jurídica alheia. Frisa-se, pois, que há de não pensar nesta liberdade como absoluta, mas sim como passível de restrições, frente a casos concretos, nos quais entre em conflito com outros direitos e não se sobressaia na ponderação. Ainda no que tange à limitação, Hesse (1998, p. 300) defende que “a liberdade de consciência da Lei Fundamental é, por isso, limitada, imanentemente aos direitos fundamentais e pela constituição mesma, enquanto uma limitação legal é inadmissível”.

Nota-se que, partindo-se da concepção de um direito geral a objetar, há uma abertura para as possibilidades de aplicação desta cláusula, pois, ao não ser necessário enunciado normativo específico, o ordenamento jurídico abre-se às mais diversas situações possíveis e que, muitas vezes, fogem à capacidade de previsibilidade do legislador. Ou seja, uma vez que haja abertura ao sistema, o intérprete poderá, a partir da ponderação - e de uma argumentação racional - verificar se, no caso concreto, há, ou não, pretensão de objeção ao aborto, à venda da pílula do dia seguinte, à confecção de um bolo de casamento. Contudo, claro está que, para a justificação da restrição a direito de terceiro, deverão existir razões suficientes, sendo que na verificação destas deverá tomar-se o cuidado de que não



seja "(...) instaurando un control ideológico que discrimine entre unos motivos u otros según lo moralmente relevantes o razonables que nos parezcan" (GASCÓN ABELLÁN, 2018, p. 94).

Como já mencionado, para considerar a cláusula de objeção de consciência um direito fundamental parte-se da noção de que esta guardaria direta relação com a liberdade de consciência, vez que aquela seria a face assumida quando do exercício desta liberdade em uma situação de conflito com outros direitos e liberdades. Aqueles que se opõem à concepção de direito fundamental da objeção de consciência afirmam que seria incompatível a equiparação entre esta e a liberdade de consciência, na medida em que compreendem estes dois direitos como sendo estanques e independentes; em outras palavras, sustentam que "(...) en los casos en que se ha lesionado la vertiente negativa no está, en realidad, en juego tal dimensión de esta libertad sino el derecho a la objeción de conciencia" (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 215). Ainda, defendem que, ao trabalhar a cláusula de consciência no campo de direitos fundamentais, estar-se-ia a criar possibilidade de objeção individual, isto é, do sujeito escolher qual lei poderia ou não lesionar sua consciência e deixar de cumpri-la, ao invés de buscar sua invalidação.<sup>136</sup> No entanto, isto leva à sobreposição, como se regra fosse, do enunciado normativo sobre a consciência do sujeito a qualquer hipótese, que não prevista expressamente, o que, por sua vez, tem como efeito a limitação prévia do exercício desta liberdade. Considerando que se vive em uma sociedade cujas relações entre os sujeitos são diversas e fogem, na maioria das vezes, àquelas situações antevistas pelo legislador, esta limitação, causada por uma visão estrita, implica em prováveis violações da esfera mais privada de uma pessoa, causando-lhe danos, principalmente à sua intimidade. Isto é, as possibilidades de exercício deste importante direito restariam demasiadamente limitadas à sua configuração estritamente legal.

Outrossim, no que tange a uma delimitação desta liberdade de consciência, ao tratar do tema, Hesse (1998, p. 298) a insere como parte essencial do grupo dos direitos que garantem "liberdade espiritual e a participação livre na política como pressupostos fundamentais do desenvolvimento pessoal e da ordem fundamental

---

<sup>136</sup> Em sentido contrário, defende Prieto-Sanchís (2006, p. 269) que "afirmar que el objetor está ejerciendo un derecho prima facie supone imponer una carga de argumentación sobre toda norma o decisión que pretenda limitarlo. La primacía del derecho o del deber, el triunfo de la ley o de la conciencia, no es así el presupuesto de la argumentación, sino su resultado; no es el producto de una decisión autoritaria (aunque democrática), sino de una justificación razonada.", que continua "(...) tras un juicio de ponderación en el que se tomen en consideración al mismo tiempo el valor intrínseco de la libre conciencia y la justificación de la norma objetada, esto es, su adecuación, necesidad y proporcionalidad en orden a la protección de derechos o bienes relevantes que tengan que ver con el estatus de otras personas; juicio que sin duda tampoco garantiza un acuerdo intersubjetivo universal, pero que intenta hacer de la racionalidad la herramienta común al Derecho y a la moral" (PRIETO-SANCHIS, 2006, p. 270).

liberal democrática e estatal-jurídica". Divide, o autor, a liberdade religiosa<sup>137</sup> em três, sendo que aquela que aqui nos interessa é "a liberdade de fé e confissão, que pela liberdade de confissão ideológica é ampliada" (HESSE, 1998, p. 298)<sup>138</sup>. Estas liberdades de crença, caracterizadas como um limitador do Estado, viabilizam a neutralidade religiosa deste, garantindo "um processo espiritual livre, no qual se devem formar as concepções de valores decisivas, livre de influência estatal." (HESSE, 1998, p. 299). Neste contexto, a liberdade de consciência, conforme afirma o autor, se torna a forma mais geral das liberdades de crença, confissão religiosa e ideológica; sendo que aquela liberdade

não está restringida à liberdade da 'formação' da consciência, portanto, o 'forum internum'; mas ela compreende também a liberdade da 'atuação' da consciência e protege, com isso, a decisão de consciência destacada para fora também então, quando ela não é motivada religiosa ou ideologicamente. (HESSE, 1998, p. 299-300).

Posicionamento este que corrobora com a tese de que é, na verdade, a objeção de consciência uma forma de exercício da liberdade de consciência, estendendo-se àquela o caráter de direito fundamental, na medida em que se considera liberdade de consciência como liberdade para atuar conforme o seu íntimo. Ora, seria, então, esta escusa um agir negativo, a fim de evitar a imposição de um comportamento que seria contrária à crença e a violaria — sua expressão prática.

Hesse, ao abordar o tema, afirma que a Lei Fundamental Alemã ao dispor acerca desta liberdade fundamental está a proteger a "personalidade espiritual-moral" (HESSE, 1998, p. 300) dos sujeitos, pois possibilita que haja a livre discussão, e talvez até mesmo formação de consenso, acerca de determinados assuntos, os quais, por vezes, "carecem da comunicação racional, não podem ser forçados e, por causa disso, compreendem tolerância prática, também diante do estranho." (HESSE, 1998, p. 300). Ressalta que, no entanto, apesar de ser importante essa liberdade, "nenhuma constituição pode, naturalmente, garantir ilimitadamente a liberdade de consciência, a não ser que convivência juridicamente ordenada no interior da coletividade deva tornar-se impossível." (HESSE, 1998, p 300); possibilidade essa de restrições que é problema central será resultado da análise feita pelo intérprete frente ao caso concreto.

---

<sup>137</sup> Martha Nussbaum, contudo, defende ser diferente falar em liberdade de crença/religião e direito à consciência. "The words 'conscience' and 'religion', however, ring very differently in our contemporary ears. As we shall see, it has been a perpetual problem whether conscientious commitments that do not take a religious form receive any protection under Free Exercise Clause. (...) Such problems became acute during the Vietnam War, when many people resisted the war for reasons of conscience, only some of which were religious in any traditional sense" (NUSSBAUM, 2009, p. 102).

<sup>138</sup> A saber, as outras duas partes seriam a liberdade de culto e a liberdade de associação religiosa. cf. HESSE, 1998, p. 298.

### 3. A objeção de consciência no ordenamento jurídico brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro, partindo da concepção já exposta de que a cláusula de objeção de consciência seria a expressão do exercício da liberdade de consciência, esta está disposta e garantida implicitamente como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988 no art. 5º, VI e VIII<sup>139</sup>, e, ordinariamente, é relacionada ao serviço militar obrigatório. Quanto a este, a Constituição Federal, no artigo 143, parágrafo 1º dispõe que será atribuído serviço alternativo aos que alegarem imperativo de consciência, em tempos de paz, e especifica que este seria em decorrência de crença religiosa e de convicção política e filosófica; sendo o alistamento regulamentado pela Lei 8.239/1991, na qual, contudo, está disposto de forma genérica do que se trataria o serviço alternativo, nos parágrafos 3º e 4º do artigo 3º<sup>140</sup>. Tal é a importância da prestação de serviço alternativo que há, inclusive, dispositivo constitucional prevendo a cassação dos direitos políticos em caso de recusa ao cumprimento de prestação alternativa, imposta quando da objeção de consciência<sup>141</sup>. Consoante a posição acima tomada, conforme Moraes (2010, p. 46), "o direito à recusa de consciência não está adstrito simplesmente ao serviço militar obrigatório, mas pode abranger quaisquer obrigações coletivas que conflitem com as crenças religiosas, convicções políticas ou filosóficas". É importante pontuar que, apesar de haver a necessidade, em determinados casos, da prestação de serviços alternativos quando da alegação de imperativo de consciência, a questão é delicada, uma vez que "o constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e a própria diversidade espiritual" (MORAES, 2010, p. 47).

---

<sup>139</sup> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...) VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. (BRASIL, 1988)

<sup>140</sup> Lê-se nos dispositivos legais: "(...) § 3º O Serviço Alternativo será prestado em organizações militares da ativa e em órgãos de formação de reservas das Forças Armadas ou em órgãos subordinados aos Ministérios Cíveis, mediante convênios entre estes e os Ministérios Militares, desde que haja interesse recíproco e, também, sejam atendidas as aptidões do convocado. § 4º O Serviço Alternativo incluirá o treinamento para atuação em áreas atingidas por desastre, em situação de emergência e estado de calamidade, executado de forma integrada com o órgão federal responsável pela implantação das ações de proteção e defesa cívica. " (BRASIL, 1991)

<sup>141</sup> Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII. (BRASIL, 1988)

Há disposição quanto à possibilidade de alegar imperativo de consciência, no exercício médico, conforme o Código de Ética Médica, como um de seus princípios fundamentais<sup>142</sup>. Também prevê o referido Código de Ética como direitos dos médicos "recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência" (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018).

A Lei 11.689/2008, que alterou o Código de Processo Penal, revogou o artigo 435<sup>143</sup> que dispunha a perda de direitos políticos ante a recusa a ser jurado, inseriu o artigo 438<sup>144</sup> estabelecendo prestação alternativa àquele que apresenta escusa de consciência, compatibilizando-se, assim, com a Constituição Federal<sup>145</sup>. Inclusive, é de se ressaltar, prevê a legislação a observância pelo intérprete da proporcionalidade da medida alternativa imposta.

Salienta-se, considerando o ponto de vista aqui adotado, que, por exemplo, apesar de previsto expressamente pelo ordenamento jurídico apenas as possibilidades de objeção de consciência quanto ao serviço militar obrigatório e aos tratamentos médicos, as hipóteses para exercício deste direito não estão fechadas ao expressamente previsto. Na verdade, o conflito entre as convicções, sejam elas religiosas, morais ou políticas, e eventuais deveres jurídicos são os mais diversos possíveis, não sendo imaginável que o legislador possa desde logo limitar o seu exercício intentado catalogar a todas as hipóteses. Por isso, a compreensão da

---

<sup>142</sup> Princípios fundamentais, VII – O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018)

<sup>143</sup> Código de processo penal, Art. 435. A recusa ao serviço do júri, motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, importará a perda dos direitos políticos. (redação original). (BRASIL, 1941)

<sup>144</sup> Art. 438. A recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importará no dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto. § 1º Entende-se por serviço alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, no Poder Judiciário, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou em entidade conveniada para esses fins. § 2º O juiz fixará o serviço alternativo atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (BRASIL, 1941)

<sup>145</sup> Nesse sentido, defendia HERINGER JUNIOR (2007, p. 84) que "o disposto no art. 435 do Código de Processo Penal, que estabelece que a recusa a serviço do júri, motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, implicará a perda dos direitos políticos. Essa norma encontra-se, claramente, defasada juridicamente, sendo incompatível com a extensão da liberdade de consciência constitucionalmente garantida"

objeção de consciência como um Direito Fundamental a ser ponderado e eventualmente restringido diante das circunstâncias do caso concreto.

## **Conclusão**

No presente artigo, buscou-se compreender a objeção de consciência, como Direito Fundamental, a fim de iniciar o estudo das situações, a cada dia mais frequentes, das recusas a contratar e prestar serviços fundamentadas em crenças religiosas ou morais. O alargamento das hipóteses de exercício da liberdade de consciência, por meio da objeção de consciência, para além do serviço militar obrigatório e do atuar de profissionais de saúde, traz outros desafios ao Direito. Em especial ao Direito Privado, que passa a vislumbrar o exercício dessa liberdade nas relações entre sujeitos privados e na formação de contratos. Contudo, como pontuado, é imprescindível que primeiro seja estudada a cláusula de objeção de consciência, compreendendo-a como um Direito Fundamental que pode vir a ser restringido no caso concreto.

Entende-se que o estudo da objeção de consciência se tornar cada vez mais imprescindível, de forma a diferenciá-la de outras figuras como a desobediência civil, alcançando uma análise mais correta das circunstâncias fáticas que possam ser evidenciadas ao intérprete. A objeção de consciência não serve a tentativas de alterar o ordenamento jurídico posto. Essa cláusula, como visto, ao ser exercida concretamente apenas por uma minoria, não traz consigo a finalidade de impor determinada crença aos demais. E isso, dentre outras características, a torna tão peculiar e demanda estudos aprofundados.

## Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.
- ARENDT, Hannah. Crises da República. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999. Tradução de José Volkman.
- BRASIL. Constituição (1891). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>.
- BRASIL. Constituição (1934). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, de 16 de julho de 1934. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>.
- BRASIL. Constituição (1937). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm#art119b](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm#art119b)>.
- BRASIL. Constituição (1946). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>.
- BRASIL. Constituição (1967). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVO DO BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>.
- BRASIL. Constituição (1969). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVO DO BRASIL. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67EMC69.htm)>.
- BRASIL. Constituição (1988). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVO DO BRASIL. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.
- BRASIL. Decreto Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm#art406](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm#art406)>.
- BRASIL. Lei nº 8239, de 04 de outubro de 1991. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8239.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8239.htm)>.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2217, de 2018. Código de Ética Médico. Diário Oficial da União, Disponível em:  
<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>>.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Defensa de la objeción de conciencia como derecho general = In defense of a general right to conscientious objection. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, [s.l.], n. 15, p.85-101, 1 out. 2018.
- GÓMEZ ABEJA, Laura. Las objeciones de conciencia. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

HERINGER-JUNIOR, Bruno. *Objecção de consciência e direito penal: justificação e limites*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. Tradução de Luís Afonso Heck.

IBGE. *Censo Demográfico 2010: Características Gerais da População, Religião e Pessoas com Deficiência*. Rio de Janeiro: Ibge, 2010.

LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. 3. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

MADEIRO, Alberto et al. *Objecção de Consciência e Aborto Legal: Atitudes de Estudantes de Medicina*. *Revista Brasileira de Educação Médica*, [s.l.], v. 40, n. 1, p.86-92, mar. 2016. FapUNIFESP (SciELO).

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUSSBAUM, Martha. *Liberty of conscience*. Nova Iorque: Basic Books, 2009.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990.

PRIETO-SANCHIS, Luis. *Desobediencia civil y objeción de conciencia*. In: GARGALLO, Ignacio Sancho. *Objeción de conciencia y función pública*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006. p. 13-42.

PRIETO-SANCHÍS, Luis. *Libertad y objeción de conciencia*. *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, [s. L.], v. 54, p.259-273, 2006.

ROSENFELD, Michel. *The conscience wars in historical and philosophical perspective: the clash between religious absolutes and democratic pluralism*. *The Conscience Wars: rethinking the balance between religion, identity, and equality*. MANCINI, Susanna; ROSENFELD, Michel. (org), Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 58/101.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SCHLINK, Bernhard. *Conscientious Objections*. *The Conscience Wars: rethinking the balance between religion, identity, and equality*. MANCINI, Susanna; ROSENFELD, Michel. (org), Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 102/108.

UNIÃO EUROPÉIA. *Corte Européia de Direitos Humanos. PICHON and SAJOUS v. FRANCE*. *Reports of Judgments and Decisions 2001*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-6353>>.

# A Liberdade de Manifestação na Atualidade

Joana Maria de Oliveira Moreira<sup>146</sup>

## Resumo

Enquanto pilar da democracia, o direito de reunião e de manifestação, no qual se focará este artigo de opinião, encontra-se consagrado no artigo 45.º da Lei Fundamental, enquadrado no Título II (“Direitos, liberdades e garantias”), no seu Capítulo I (“Direitos, liberdades e garantias pessoais”) e que nos diz no seu n.º 1 que “Os cidadãos têm o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público, sem necessidade de qualquer autorização” e no seu n.º 2 que “A todos os cidadãos é reconhecido o direito de manifestação”. Este direito encontra inclusive escopo no Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de agosto que, vem garantir e regulamentar o direito de reunião. Denota-se que esta legislação ordinária elaborada pelos Ministérios da Administração Interna e da Justiça, foi aprovada para cumprimento do Programa do Movimento das Forças Armadas, sendo anterior à Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP), o que de antemão demonstra estar claramente desatualizada face aos dias de hoje. Para além da sua importância nacional, vamos ver que o direito de reunião (do qual se subentende o direito de manifestação) encontra-se igualmente espalhado um pouco por todo o mundo, através de inúmeros diplomas legais internacionais e europeus, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1953), o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (1966), entre outros articulados. Neste seguimento, vamos ver como é que este direito se concretiza em Portugal e como direito fundamental que é, se é alvo de alguma restrição.

## Palavras-chave:

Direito, fundamental, manifestação, reunião, liberdade.

---

<sup>146</sup>Mestranda em Direito Judiciário e Assistente na unidade curricular de Direito Processual Administrativo, no curso de Direito, na Universidade Europeia de Lisboa.



# The Freedom of Manifestation Today

Joana Maria de Oliveira Moreira

## Abstract

As a pillar of democracy, the right of assembly and manifestation, on which this article will be focused, is cherished in the Article 45 of the Fundamental Law, framed in Title II ("Rights, Freedoms and Guarantees"), in Chapter I ("Personal rights, freedoms and guarantees") which tells us in paragraph 1 that "Citizens have the right to meet, peacefully and without weapons, even in places open to the public, without any authorization" and in paragraph 2 that "All citizens are granted the right to be part of a manifestation". This right is also scoped in the Decree-Law No. 406/74, of August 29, which, comes to guarantee and regulate the right of assembly. It is noted that this ordinary legislation was approved for compliance with the Armed Forces Movement Program, being prior to the Constitution of the Portuguese Republic of 1976 (CRP), which in advance proves to be clearly outdated compared to today. In addition to its national importance, we will see that the right to assembly (which goes side by side with the right of manifestation) is also spread around the world, through numerous international and european legal documents, such as the Universal Declaration of Human Rights (1948), the European Convention on Human Rights (1953), the International Covenant on Civil and Political Rights (1966), among other pleadings. In this follow-up, we will see how this right is achieved in Portugal and as the fundamental right that it is, if it is subjected to any restrictions.

## Keywords:

Fundamental, right, manifestation, assembly, freedom.

O exercício do direito de reunião e de manifestação, concretizado no artigo 45.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), constitui uma das formas mais claras de representação de um Estado de direito democrático (artigo 2.º da CRP) que vela

pela dignidade da pessoa humana e pela liberdade de expressão dos seus cidadãos.

Nas palavras de António Francisco de Sousa, “Pela liberdade de reunião e de manifestação efetivamente praticadas se pode avaliar o nível de democracia alcançado numa dada sociedade”<sup>147</sup>.

Este direito tem na sua base a possibilidade de os cidadãos expressarem as suas opiniões, ideias, ideais, anseios e descontentamentos face a questões sociais, culturais, políticas, laborais e/ou económicas, em espaços públicos ou de domínio público, dirigindo-se a terceiros. A título de exemplo, um grupo de manifestantes poderá vir criticar as ações de quem exerce o poder político, por forma a contrariar qualquer injustiça que daí advenha.

Este direito detém uma ligação direta com a liberdade de expressão e de pensamento pois, cada cidadão tem como direito pensar por si próprio e emitir juízos de valor. Dessa forma, “Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações” (artigo 37.º, n.º 1 da CRP).

José Magalhães Godinho diz-nos que

“O direito de reunião, tal como o de associação, são os que, ligados ao de liberdade de expressão do pensamento sob qualquer forma, constituem as garantias base sem as quais o cidadão não está apto a cumprir o seu primordial dever de exercer o seu mais sagrado direito, que é o de intervir, o de participar, na vida pública nacional”<sup>148</sup>.

Neste seguimento e como referido anteriormente, este direito inclui-se no núcleo dos direitos fundamentais, que se definem como “os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”<sup>149</sup>.

O Prof. Jorge Miranda, vai ainda mais longe ao referir que “os direitos fundamentais podem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos de pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade”<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> Cfr. SOUSA, António Francisco de – Direito de Reunião e de Manifestação, Quid Juris, 2009, p.5.

<sup>148</sup> Cfr. GODINHO, José Magalhães – Direitos, Liberdades E Garantias Individuais, Lisboa, 2ª ed., 1972, p. 65.

<sup>149</sup> Cfr. MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 2000, p.7.

<sup>150</sup> Cfr. MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 2000, p.10.

De igual forma, o direito de reunião e de manifestação, encontra também abrigo no corpo dos direitos humanos, consagrados no ramo do Direito Internacional Público e que se caracterizam como aqueles direitos e liberdades que as pessoas detêm pelo simples facto de serem dotadas de carácter humano, possuindo uma natureza essencial para garantir a existência do indivíduo.

Por ter um carácter constitucional, nenhuma outra norma ou princípio que não tenha a mesma qualidade, pode contradizer o seu sentido normativo, tendo este como qualquer outro direito fundamental, uma supremacia hierárquica.

A este direito é atribuído a força jurídica do artigo 18.º da CRP que estabelece no seu n.º 1 que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” e no seu n.º 2 que “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”.

A nível internacional e europeu, o direito de reunião (e não o de manifestação) vem consagrado em vários diplomas, a elencar: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no seu artigo 20.º, n.º 1 que estabelece que “Toda a pessoa tem direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas”; a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, dispõe no artigo 12.º, n.º 1 que “Todas as pessoas têm direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação a todos os níveis, nomeadamente nos domínios político, sindical e cívico, o que implica o direito de, com outrem, fundarem sindicatos e de neles se filiarem para a defesa dos seus interesses”.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, expõe no artigo 21.º que “É reconhecido o direito de reunião pacífica. O exercício deste direito só pode ser objeto de restrições, previstas na lei, necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança pública ou da ordem pública ou para proteger a saúde e a moral públicas ou os direitos e liberdades de outrem”.

Finalmente, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, sublinha que “Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses” e que

“O exercício deste direito só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros (...)” (artigo 11.º, n.ºs 1 e 2).

Dando continuidade, e apesar de se apresentar como um direito fundamental e um direito humano, tal não significa que se trate de um direito absoluto. Tal como tudo na vida, este direito padece de alguns limites, limites esses que têm por objetivo, assegurar a ordem e a tranquilidade pública, conservar a paz social e garantir outros direitos, liberdades e garantias individuais.

A título de exemplo, este direito pode ser restringido para defesa da ordem pública, para defesa do direito ao repouso, da livre circulação das pessoas ou de outros interesses juridicamente relevantes.

As restrições ao direito fundamental consagrado no artigo 45.º da CRP, vêm aí mesmo enumeradas quando se diz que os cidadãos têm de (I) se reunir pacificamente e (II) sem armas. Ou seja, quando estas duas situações não estiverem verificadas, tal irá impossibilitar a prática deste direito.

Sublinho ainda que cabe à Assembleia da República legislar sobre o regime aplicável às manifestações, nos termos do artigo 165.º, n.º 1, alínea b) da CRP, sem prejuízo do Parlamento autorizar que o Governo o faça.

## 1. Direito De Reunião Vs. Direito De Manifestação

Apesar de os direitos de reunião e de manifestação caminharem juntos pelos diplomas legais existentes, a verdade é que são distintos, na medida em que “uma manifestação coletiva é sempre uma reunião, mas uma reunião não tem que ser sempre uma manifestação”<sup>151</sup>.

Face a isso, uma reunião consiste numa “aglomeração de pessoas, temporária, não institucionalizada e dirigida a fins livremente escolhidos em comum (o que a distingue, p.e. de um ajuntamento ocasional, de uma associação ou de uma assembleia, que não revestem uma ou outra dessas características)”<sup>152</sup>.

O Acórdão da Relação de Lisboa datado de 27 de fevereiro de 1985, concluiu que

“existe direito de reunião sempre que várias pessoas se agrupam, se congreguem, organizadamente com um fim preciso e por tempo, pelo menos tendencialmente, limitado, qualquer que seja o fim a prosseguir, e mesmo que a exteriorização dos seus objetivos se faça

---

<sup>151</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 11 de novembro de 2009, Proc. 2264/06, Relator: Juiz Desembargador Cruz Bucho, p. 12.

<sup>152</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 11 de novembro de 2009, Proc. 2264/06, Relator: Juiz Desembargador Cruz Bucho, p. 12.

silenciosamente ou pela simples afixação de cartazes ou pela efetivação de uma vigília”<sup>153</sup>.

Já a manifestação, consiste numa

“reunião qualificada – qualificada não tanto pela forma (concentração, comício, desfile, cortejo, passeata) quanto pela sua função de exibição de ideias, crenças, opiniões, posições políticas ou sociais, permanentes ou conjunturais; qualificada pela consciência e pela vontade comuns a todos os participantes de exprimirem ou explicitarem uma mensagem contra ou dirigida a terceiros, normalmente à ‘opinião pública’; qualificada ainda por ser sempre em local público”<sup>154</sup>.

Denoto que uma manifestação não deve ser confundida com um ajuntamento, um tumulto ou uma amotinação que são segundo Maria Lídia de Oliveira Ramos, “formas delituais de agrupamento na via pública, de forma espontânea, acidental, inorganizada ou organizada com carácter armado ou suscetível de perturbar a tranquilidade pública”<sup>155</sup>. Face a isto, acrescento que a participação em motim é punível nos termos dos artigos 302.º e 303.º do Código Penal.

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, os direitos de reunião e de manifestação têm em comum: o facto de estar em causa:

“(a) liberdade de reunião (e de manifestação), ou seja, direito de reunir-se com outrem ou de manifestar-se, sem impedimento e, desde logo, sem necessidade de autorização prévia; (b) direito de não ser perturbado por outrem no exercício desse direito, incluindo o direito à protecção do Estado contra ataques ou ofensas de terceiros (v.g., ataques de contramanifestantes); (c) direito à utilização de locais e vias públicas, sem outras limitações que as decorrentes da salvaguarda de outros direitos fundamentais que com aquele colidam”<sup>156</sup>.

Tendo tudo isto em conta, chega-se à conclusão de que o que distingue uma reunião de uma manifestação, é o facto de esta segunda ter sempre em causa uma

---

<sup>153</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 11 de novembro de 2009, Proc. 2264/06, Relator: Juiz Desembargador Cruz Bucho, p. 12.

<sup>154</sup> Cfr. MIRANDA, Jorge – Direito de Reunião, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, Vol. VII, Lisboa, 1996, p. 293.

<sup>155</sup> Cfr. RAMOS, Maria Lídia de Oliveira – O Direito de Manifestação, in Revista de História, Vol. IX, Porto, 1989, p. 363.

<sup>156</sup> Parecer n.º P000832005 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, de 12 de agosto de 2008.

exteriorização de uma mensagem ou de uma chamada de atenção contra terceiros (por exemplo, contra o Governo) e a primeira, não.

Dando seguimento a este tópico, é questionável se uma pessoa pode dar aso a uma manifestação ou, se tal implica sempre um grupo de pessoas. No que diz respeito a este tópico, a lei constitucional e a lei ordinária nada dizem logo, um cidadão apenas pode-se manifestar contra a classe política mesmo que tal não tenha o mesmo impacto que teria, se essa classe política fosse contrariada por um grupo de 100 mil pessoas.

Além disso, o direito de manifestação é um direito individual e, portanto, podem existir os chamados “manifestantes solitários”. Já o direito de reunião parece necessitar de pelas duas pessoas para ser exercido, já que a palavra “reunião” tem como sinónimos as palavras “ajuntamento”, “conjunto”, “agrupamento”, “grupo”, entre outras.

No entanto, a lei ordinária estabelece um mínimo de 3 promotores para as reuniões e manifestações em locais públicos, abertos ao público ou particulares. Os promotores são basicamente os autores do impulso inicial, dos preparativos e da organização de uma reunião ou manifestação, sendo eles que desencadeiam a formação do grupo.

## **2. Quem É Titular Deste Direito Fundamental**

Quanto à titularidade deste direito fundamental, a CRP sublinha no n.º 2 do artigo 45.º que “A todos os cidadãos é reconhecido o direito de manifestação”, sendo que a expressão “cidadão” significa todo e qualquer “indivíduo pertencente a um Estado livre, no gozo dos seus direitos civis e políticos, e sujeito a todas as obrigações inerentes a essa condição”<sup>157</sup>.

Ou seja, este conceito engloba tanto indivíduos nacionais como estrangeiros. O mesmo acontece na lei ordinária logo no seu 1.º artigo quando refere que “A todos os cidadãos é garantido o livre exercício do direito de se reunirem pacificamente (...)”.

Desta forma, os estrangeiros e apátridas (pessoas sem nacionalidade) que se encontrem em território português, também serão detentores deste direito consagrando o art. 15º, nº1 da CRP, o princípio geral de equiparação quando nos diz que “os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residem em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português.”

---

<sup>157</sup> Infopédia – “Cidadão”.

### 3. Restrições Ao Direito Fundamental De Manifestação

“A todos os cidadãos é garantido o livre exercício do direito de se reunirem pacificamente (...) independentemente de autorizações”, isto é o que nos diz o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de agosto.

No entanto, e como já referido anteriormente, uma manifestação apesar de não depender de uma autorização, deve sempre ser levada a cabo pacificamente e sem armas, mas o que é que isto significa em concreto?

Em primeiro lugar, uma manifestação não se apresenta como pacífica quando da mesma decorrerem discursos de ódio ou atos de violência contra pessoas e bens por parte da maioria dos participantes da reunião. Não faz sentido que uma manifestação seja dissolvida, quando de um universo de 5000 manifestantes, apenas 10 participantes provoquem tumultos.

Em segundo lugar e quanto à proibição do uso de armas, são consideradas como tal, todos os objetos que pela sua natureza se considerem contundentes, ou seja, passíveis de causar danos a algo ou a alguém, como é o caso de pedras, paus, pés-de-cabra, armas de fogo, armas de arremesso, correntes, bastões, entre outros.

Se alguém não respeitar esta restrição relativa às armas, poderá ser punido com o crime de desobediência qualificada previsto e punido pelo n.º 3 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de agosto, com referência ao artigo 348.º, n.ºs 1 e 2 do Código Penal, que implica uma pena de prisão até 2 anos ou uma pena de multa até 240 dias.

É obrigatória a comunicação de que uma manifestação vai ter lugar ao “governador civil do distrito ou o presidente da câmara municipal, conforme o local da aglomeração se situe ou não na capital do distrito” com uma antecedência mínima de 2 dias úteis (artigo 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de agosto) devendo o aviso ser assinado por 3 dos promotores (artigo 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de agosto).

A Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de Novembro veio alterar a redação do n.º1 desse artigo 2.º na medida em que a partir de 2011,

“As pessoas ou entidades que pretendam realizar reuniões, comícios, manifestações ou desfiles em lugares públicos ou abertos ao público avisam por escrito e com a antecedência mínima de dois dias úteis o presidente da câmara municipal territorialmente competente”.

O aviso deve-se encontrar assinado por 3 dos promotores, devidamente identificados pelo nome, profissão e morada ou, tratando-se de associações, pelas respetivas direções. A comunicação deve também indicar a hora, o local e o objeto da reunião e, quando se trate de manifestações ou desfiles, a indicação do trajeto a seguir.

Este aviso serve para as autoridades públicas assegurem que a reunião ou a manifestação decorra sem contratempos e perturbações significativas, velando essas autoridades, por um lado, pela segurança dos manifestantes e por outro, pela defesa da ordem pública.

Mas o que acontece se não for emitido este pré-aviso? Destinando-se o pré-aviso a possibilitar o normal desenrolar da reunião ou da manifestação com o mínimo de condicionamentos para os bens e interesses em eventual conflito, tendo as autoridades tempo suficiente para estudar quais as melhores medidas a serem tomadas, se tal ocorrer a reunião ou manifestação será tida como ilegal, por ter contrariado um disposto da Lei.

Para a remoção desta ilegalidade, a autoridade policial está legitimada a intervir, mas apenas dentro do estritamente necessário, adequado e proporcional, já que a reunião, o desfile, o comício, ou a manifestação que se dê sem aviso prévio, terá mais apetência para causar desacatos e provocar perturbações na ordem e tranquilidade públicas precisamente por as autoridades competentes, por os desconhecerem, não puderam oportunamente adotar a atitude preventiva adequada.

Atendendo à jurisprudência nacional, o Tribunal da Relação do Porto entende ser

“manifestamente desproporcional condenar alguém com desobediência qualificada por não ter efetuado o aviso prévio com antecedência de dois dias úteis em situação de manifestação que não viole o disposto no artigo 1.º Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de agosto”<sup>158</sup>.

“Tratar-se-ia de uma pena desnecessária e desproporcional, constituindo uma violação do princípio da proibição do excesso, nos termos do artigo 18º, n.º 2 da CRP”<sup>159</sup>. Pois, o crime de desobediência tem como elementos essenciais: (i) o facto de ter havido uma ordem ou mandado legítimo, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente e, (ii) a não obediência a essa ordem.

E, “A desobediência qualificada é desobediência a uma ordem ou mandado (artigo 348.º do Código Penal), e não a uma norma jurídica”<sup>160</sup>.

---

<sup>158</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de fevereiro de 2022, Proc. 399/19, Relator: Juiz Desembargador Paulo Costa, Ponto II do Sumário.

<sup>159</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de fevereiro de 2022, Proc. 399/19, Relator: Juiz Desembargador Paulo Costa, Ponto III do Sumário.

<sup>160</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de fevereiro de 2022, Proc. 399/19, Relator: Juiz Desembargador Paulo Costa, Ponto IV do Sumário.



Além disso, a escolha do local, da hora, da forma e do conteúdo da manifestação também podem implicar limitações por forma a respeitar-se o exercício de outros direitos considerados importantes pois, não faria sentido, ser permitida uma manifestação tardia numa área residencial o que iria violar o direito fundamental ao repouso e ao descanso das pessoas que aí morassem. Da mesma forma que, não deve ser permitida uma manifestação de pessoas a pé que venha interromper o tráfego num eixo rodoviário importante como uma autoestrada o que impossibilitaria a circulação de automóveis particulares e transportes públicos.

Quanto à escolha do dia e da hora de um cortejo ou desfile, a lei impõe que estas "só poderão ter lugar aos domingos e feriados, aos sábados, depois das 12 horas, e nos restantes dias, depois das 19 horas e 30 minutos" (artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de agosto). No que diz respeito à escolha do local, o artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de agosto estabelece que as autoridades, por razões de segurança, poderão

"impedir que se realizem reuniões, comícios, manifestações ou desfiles em lugares públicos situados a menos de 100 m das sedes dos órgãos de soberania, das instalações e acampamentos militares ou de forças militarizadas, dos estabelecimentos prisionais, das sedes de representações diplomáticas ou consulares e das sedes de partidos políticos".

Ainda são proibidas manifestações que sejam organizadas por associações armadas, de tipo militar ou paramilitar, bem como as organizações racistas, xenófobas ou que perfilhem ideologias fascistas.

Face ao exposto,

"As autoridades só poderão interromper a realização de reuniões, comícios, manifestações ou desfiles realizados em lugares públicos ou abertos ao público quando forem afastados da sua finalidade pela prática de atos contrários à lei ou à moral ou que perturbem grave e efetivamente a ordem e a tranquilidade públicas, o livre exercício dos direitos das pessoas ou infrinjam o disposto no n.º 2 do artigo 1.º" (artigo 5.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de agosto)

Nesse caso, deve ser lavrado um auto pelas autoridades competentes onde ficarão descritos os fundamentos que deram origem à dissolução da manifestação.

#### 4. Crítica Ao Decreto-Lei N.º 406/74, De 29 De Agosto

Fora por mim referido inicialmente que o Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de agosto, que “Garante e regulamenta o direito de reunião” se encontra desatualizado relativamente aos dias de hoje, mas porquê?

Porque em primeiro lugar, estamos a falar de um diploma que surgiu após a Revolução do 25 de Abril de 1974 e antes da entrada em vigor da nossa atual Constituição, o que espelha de forma clara como a água, a época que se estava a viver uma vez findo o Estado Novo.

Época essa em que predominava “um modelo de reuniões e de manifestações político-sindicalista de massas e de tom revolucionário, cuja moldura humana era massiva e ideologicamente orientada, sempre destinada a reforçar a ideia de materialização de direitos que há muito estavam restringidos na comunidade portuguesa”<sup>161</sup>.

Nesse sentido, o diploma tem-se mantido inalterados há mais de 40 anos, o que não se coaduna com a realidade de agora, na medida em que:

- i. A imputação do crime de desobediência qualificada, que conforme a situação, pode comportar uma pena de prisão de 1 a 2 anos, parece um pouco extremo. Nesse sentido, deveria atender-se aos ilícitos que possam acontecer no seio de manifestações e reuniões, como ilícitos de mera ordenação social, simplesmente puníveis com coimas;
- ii. Ainda quanto ao ponto i), só em raras exceções é que a pena de prisão poderia ser aplicada, situações essas que deveriam estar taxativamente enumeradas;
- iii. Não há nenhuma norma que responsabilize criminal e civilmente os promotores e os participantes nas manifestações de quaisquer danos causados contra terceiros ou contra coisas alheias, o que dificulta essa tarefa de imputar a responsabilidade no futuro;
- iv. Não há uma especificação de quem são as autoridades competentes para controlar, orientar e mandar dissolver as reuniões e manifestações que não cumpram com os requisitos já mencionados anteriormente. Presumindo-se que pertence à Polícia de Segurança Pública (PSP), deveria haver na Lei uma referência clara a essa autoridade. Já que, segundo o sítio da Internet da PSP, “a grande maioria dos eventos de média e grande dimensão, que decorrem em Portugal, tem lugar na área de responsabilidade securitária da PSP”.

Deste modo, deveriam se proceder a algumas alterações do Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de agosto, por forma ao mesmo passar a comportar os pontos acima explanados.

---

<sup>161</sup> Cfr. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Reuniões e Manifestações Atuação Policial, Centro de Investigação do ISCP, Coimbra, Almedina, 2009, p.446.

## 4.1. Exemplo De Requerimento Para Manifestação Ou Desfile

### Requerimento

#### Realização de Manifestação/Desfile

Exmo. (a) Senhor (a) Presidente

da Câmara Municipal de \_\_\_\_\_

(\*) \_\_\_\_\_, representada pelo seu \_\_\_\_\_, (nome do representante legal), com sede/morada em \_\_\_\_\_, código postal \_\_\_\_ - \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, concelho de \_\_\_\_\_, comunica a V. Ex<sup>a</sup> que vai realizar \_\_\_\_\_, no dia \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, pelas \_\_\_\_ horas, em \_\_\_\_\_, manifestação/desfile com o seguinte trajeto \_\_\_\_\_, com o objetivo de \_\_\_\_\_, nos termos do art. 2º do Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de Agosto, alterado pela Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de Novembro.

O(s) Requerente(s)

(Assinatura do legal representante da Associação ou três promotores)

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

#### Notas sobre o pedido:

- O aviso de manifestação ou desfile deverá ser efetuado com 2 dias úteis de antecedência.
- (\*) Entidade organizadora ou três promotores devidamente identificados, por nome, profissão e morada

## 4.2. Exemplo De Requerimento Para Reunião Ou Comício

### Requerimento

#### Realização de Reunião/Comício

Exmo. (a) Senhor (a) Presidente

da Câmara Municipal de \_\_\_\_\_

(\*) \_\_\_\_\_, representada pelo seu \_\_\_\_\_, (nome do representante legal), com sede/morada em \_\_\_\_\_, código postal \_\_\_\_ - \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, concelho de \_\_\_\_\_, comunica a V. Ex<sup>a</sup> que vai realizar \_\_\_\_\_, no dia \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_, pelas \_\_\_\_ horas, em \_\_\_\_\_, reunião ou comício com o objetivo de \_\_\_\_\_, nos termos do art. 2º do Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de Agosto, alterado pela Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de Novembro.

O(s) Requerente(s)

(Assinatura do legal representante da Associação ou três promotores)

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_

---

Notas sobre o pedido:

- O aviso de reunião ou comício deverá ser efetuado com 2 dias úteis de antecedência.
- (\*) Entidade organizadora ou três promotores devidamente identificados, por nome, profissão e morada

## **5. Manifestações Que Ocorreram Em Portugal (Alguns Exemplos E Breve Resumo Dos Mesmos)**

O início do século XXI ficou marcado pela ocorrência de muitas manifestações públicas em Portugal e um pouco por todo o mundo. São alguns exemplos disso, as:

### **Manifestações em honra de Mahsa Amini (2022)**

Uma das mais recentes manifestações que se deram em Portugal, surgiu no contexto dos protestos desencadeados pela morte da jovem Mahsa Amini, de apenas 22 anos, no dia 16 de setembro de 2022, que morreu nas mãos da chamada “polícia dos costumes” após ser detida em Teerão, capital do Irão, por não usar corretamente o seu hijab, que é um véu tradicional muçulmano que cobre a cabeça e os ombros. A morte desta jovem desencadeou uma série de protestos um pouco por todo o globo, não tendo ficado Portugal indiferente a tal coisa, tendo ocorrido 3 manifestações, uma em Lisboa, outra no Porto e outra ainda em Coimbra, por forma a centenas de mulheres, homens, jovens e crianças iranianas, protestarem contra a repressão sentida e vivida pelas mulheres na república islâmica.

Apesar de apenas ter concentrado algumas centenas de pessoas nessas 3 cidades portuguesas, os manifestantes fizeram-se ouvir e não passaram despercebidos. Uma das integrantes da manifestação, Almerinda Bento, de 71 anos, uma professora reformada e membro da Feministas em Movimento, venceu que caso

não existissem estas manifestações, “não ouviríamos a voz de nenhuma mulher iraniana em Portugal”.

### **Manifestação “Que se Lixe a Troika! Queremos as Nossas Vidas!” (2012)**

Este movimento social deu-se a 15 de setembro de 2012, em Lisboa, e tinha como ponto fulcral, contrariar a troika enquanto programa de resgate financeiro e igualmente, ir contra as medidas de austeridade do Governo de Pedro Passos Coelho. Apresentou-se como uma das maiores manifestações no nosso país, desde o 1º de Maio de 1974, um Dia Internacional do Trabalhador diferente, sem ditadura, mas sim, com liberdade.

A manifestação levou um milhão de pessoas às ruas, contra as medidas de austeridade, contra os cortes nos salários e nas pensões e o desemprego, tendo tido o apoio da Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses – Intersindical Nacional (CGTP) e de vários deputados e militantes do Partido Socialista, Partido Comunista Português e Bloco de Esquerda.

### **Manifestação da “Geração Rasca” (1994)**

A expressão “Geração Rasca”, foi usada em 1994 por Vicente Jorge Silva, num editorial do “Público”, para classificar os estudantes que se manifestavam na altura contra provas globais, propinas e políticas educativas que se tinham vindo a concretizar desde 1989.

Em vésperas das manifestações convocadas para 5 de Maio de 1994, universitários manifestaram-se junto ao Ministério da Educação, na altura encabeçado por Manuela Ferreira Leite. Nessa véspera, os estudantes construíram com blocos de cimento uma estrutura frágil que simbolizava as condições precárias das residências escolares universitárias.

A expressão “Geração Rasca” foi mais tarde reutilizada numa manifestação organizada em 2011 contra a precariedade, a instabilidade laboral e os baixos salários.

Apesar de apenas ter decidido apresentar 3 exemplos de manifestações neste artigo de opinião, a verdade é que os cidadãos portugueses não deixam passar o seu direito fundamental à manifestação, em “saco roto”. Desde manifestações relativas aos direitos das mulheres, passando por questões financeiras, ambientais, os portugueses protestam por inúmeras razões e assim, é que deve ser.

## Conclusão

Face ao exposto neste artigo de opinião intitulado de “O Direito de Manifestação na Atualidade”, entende-se que o direito fundamental de reunião e manifestação enquanto corolário de um Estado de direito democrático, respeita a todos nós portugueses, mas também, aos estrangeiros e apátridas que se encontram em território português.

Este direito é ainda um meio de concretização da liberdade de expressão e de pensamento, mas, apesar de ser direito fundamental e humano, bem como universal, inalienável ou indisponível, pessoal, permanente e não patrimonial, a verdade é que não se caracteriza por ser absoluto. Tivemos possibilidade de atender a tal coisa, na secção “Restrições ao Direito Fundamental de Manifestação”.

As manifestações podem ser de um homem só. No entanto, a lei ordinária vem estabelecer um mínimo de 3 promotores para as reuniões e manifestações em locais públicos, abertos ao público ou particulares.

Além disso, apesar de não ser necessária uma autorização prévia, é sim necessário um aviso prévio de 2 dias úteis. Contudo, caso o mesmo não seja apresentado, o mesmo não é passível de se fazer imputar o crime de desobediência qualificada a quem tinha a responsabilidade de o emitir, e não o fez pois, tal é considerado aos olhos da nossa jurisprudência, como desproporcional, o que é de concordar.

Percebe-se que devido à antiguidade do que este Decreto-Lei n.º 406/74, de 29 de agosto, necessita de uma quantas alterações, para fazer jus à sociedade em que vivemos atualmente.

## Referências bibliográficas

MIRANDA, Jorge – Direito de Reunião, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, Vol. VII, Lisboa, 1996.

MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 2000.

GODINHO, José Magalhães – Direitos, Liberdades E Garantias Individuais, Lisboa, 2ª ed., 1972.

RAMOS, Maria Lídia de Oliveira – O Direito de Manifestação, in Revista de História, Vol. IX, Porto, 1989.

SOUSA, António Francisco de – Direito de Reunião e de Manifestação, Quid Juris, 2009.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Reuniões e Manifestações Atuação Policial, Centro de Investigação do ISCPSI, Coimbra, Almedina, 2009.

## Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 11 de novembro de 2009, Proc. 2264/06, Relator: Juiz Desembargador Cruz Bucho –  
<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/44d5a022aded60928025768e00545824?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de fevereiro de 2022, Proc. 399/19, Relator: Juiz Desembargador Paulo Costa –  
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/d5ee22caae458cb6480258813002e5338?OpenDocument>.

## Pareceres

Parecer n.º P000832005 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, de 12 de agosto de 2008 –  
<http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/6be0039071f61a61802568c000407128/871ab8ad04a0b1648025703f0035b104?OpenDocument> (acedido a 17/10/2022).

## Requerimentos para Manifestações Públicas

<https://www.mun-setubal.pt/requerimentos-para-manifestacoes-publicas/> (acedido a 18/10/2022).

## Teses de Doutoramento

“O Exercício do Direito Fundamental de Manifestação: A Ingerência pelas Forças de Segurança” da Autoria de Ana Maria dos Santos Batista Robalo, Julho de 2018 – <https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/4277/1/O%20Exerc%C3%ADcio%20do%20Direito%20Fundamental%20de%20Manifesta%C3%A7%C3%A3o.pdf>

## Notícias

<https://revistafrontal.com/politica-educativa/dossier-a-historia-dos-movimentos-estudantis-em-portugal-desde-1907/> (acedido a 19/10/2022).

<https://sicnoticias.pt/especiais/confrontos-no-irao/2022-10-01-Centenas-protestam-em-Lisboa-por-uma-nova-revolucao-no-lrao-2b5b9dd6> (acedido a 17/10/2022).

<https://www.delas.pt/sahar-a-iraniana-em-portugal-que-pede-apoio-para-as-mulheres-do-seu-pais-masha-amini/atualidade/936594/> (acedido a 17/10/2022).

<https://www.jn.pt/politica/mais-de-um-milhao-de-pessoas-nas-ruas-segundo-o-movimento-que-se-lixo-a-troika-3085050.html> (acedido a 17/10/2022).

## Legislação Consultada

NAÇÕES UNIDAS, Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, 4 de novembro de 1950.

NAÇÕES UNIDAS, Declaração Universal dos Direitos do Homem - (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948

NAÇÕES UNIDAS, Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos - Adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966,

PORTUGAL, Código Penal – Decreto Lei n.º 48/95, de 15 de Março, 1995.

PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa, 1976.

UNIÃO EUROPEIA, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, publicada em 7 de dezembro de 2000



## **Outros Links**

<https://ffms.pt/pt-pt/direitos-e-deveres/existem-limites-ao-direito-de-reuniao-e-de-manifestacao> (acedido a 16/10/2022).

<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/cidad%C3%A3o> (acedido a 16/10/2022).

<https://www.psp.pt/Pages/atividades/GestSegGrandEventos.aspx> (acedido a 16/10/2022).

# Violência Doméstica – Uma Mancha na Dignidade Da Mulher

D<sup>o</sup> Joline Bragança Augusto<sup>162</sup>

Renata Guilardi de Oliveira<sup>163</sup>

## Resumo

A Declaração Universal dos Direitos Humanos ficou conhecida como ponto de viragem para o reconhecimento de direitos que somente após cada Estado passar a perceber e implementar, seria possível garantir uma sociedade livre, mas ao mesmo tempo justa e equilibrada, convivendo com normas que atribuem dignidade ao indivíduo e delimitam paralelamente a sua conduta na sociedade. O Ser mulher nem sempre beneficiou desde os primórdios destes direitos que lhe são intrinsecamente inerentes, tendo sido sujeita à muitas injustiças baseadas na desigualdade de género e na discriminação do sexo, dentro de um contexto doméstico. A contínua aprovação de instrumentos jurídicos internacionais e transladação dos mesmos para os ordenamentos jurídicos internos, é que dará lugar à constante mudança de consciência social que se pretende desde que se iniciou este percurso entre Estados a fim de se obter e garantir a igualdade material de direitos, nem que isso implique uma discriminação positiva.

## Palavras-chave:

Princípio da igualdade; discriminação de género; integridade física, moral e psicológica.

---

<sup>162</sup>Mestranda em Direito Judiciário na Universidade Européia (Portugal), é Magistrada Judicial em Angola, cursou Direito na Universidade de Lisboa (Portugal) e Pós Graduação em Prevenção e intervenção em Violência Doméstica pela Cognos.pt; exerceu a função de Directora de Gabinete Adjunta do Provedor de Justiça (2007 – 2010) e a docência universitária no Curso de Direito na Universidade Gregório Semedo e no no ISIA (Instituto Superior)/Angola.

<sup>163</sup> Mestranda em Direito Judiciário na Universidade Européia (Portugal), é advogada no Brasil (OAB/GO n.º 18.668) e em Portugal (OA 67273L); cursou Direito na Pontifícia Universidade Católica de Goiás (Brasil) e Pós Graduação em Direito Administrativo Contemporâneo pelo Instituto de Direito Administrativo de Goiás e Associação Goiana de Ensino (Brasil); no Brasil exerceu o cargo de assessora no Ministério Público do Estado de Goiás (1999 – 2006) e no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (2006 – 2014) e docência universitária no curso de Direito (2004 – 2022): Pontifícia Universidade Católica de Goiás; Associação Objetiva de Ensino Superior e Associação Goiana de Ensino – Uni-Goiás.

# Domestic Violence – A Stain on Women's Dignity

D' Joline Bragança Augusto  
Renata Guilardi de Oliveira

## Abstract

The Universal Declaration of Human Rights became known as a turning point for the recognition of rights that only after each State began to perceive and implement it, would it be possible to guarantee a free society. On the other hand, at the same time to be fair and balanced, coexisting with norms that attribute dignity to the individual and also delimit his conduct in society. Being a woman has not always benefited from these rights that are intrinsically inherent to her, having been subject to many injustices based on gender inequality and sex discrimination within a domestic context. The continuous approval of international legal instruments and their translation into domestic legal systems will give rise to the constant change in social awareness that has been sought since this journey between States began in order to obtain and guarantee material equality of rights. , even if this implies positive discrimination.

## Keywords:

Principle of equality; gender discrimination; physical, moral and psychological integrity.

## Introdução

Em variados contextos, civilizações e épocas, a mulher nunca foi percebida, pelo homem, como “o outro”, no sentido de equiparação. O outro era o rival e, para ser rival, tinha que estar em pé de igualdade. A título de exemplificativo, Auguste Comte considera que há hierarquia dos sexos porque entre eles há “diferenças radicais, concomitantemente físicas e morais que, em todas as espécies animais e principalmente na raça humana, os separam profundamente um do outro.” (Comte, Auguste apud Beauvoir, Simone de, 2016, p. 161).

A diferença entre os sexos foi a primeira “justificação” para a subordinação da mulher ao homem e, a percepção da mulher como objetivo retirou-lhe o status de sujeito de direitos, que, no decorrer da história, foi-lhe sendo devolvido, mas não plenamente.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos declara que todos os homens têm dignidade e devem ser tratados igualmente, mas qual é a interpretação de “homens”?

Sem a pretensão de definir dignidade, tarefa difícil em razão da amplitude do conceito, que depende de valores culturais e históricos, no capítulo 1 a dignidade da pessoa humana é objeto de reflexão como fundamento de interpretação dos direitos humanos assegurados na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Demonstrando da barreira histórico-cultural na efetivação da igualdade entre homens e mulheres e a necessidade de especificar que a dignidade humana é um atributo da pessoa, ou seja, do homem e da mulher, várias discussões internacionais, ao longo do último século, culminaram na assinatura e ratificação de instrumentos transnacionais, como a Declaração e Programa de Ação de Viena, adotados pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos promovida pela Organização das Nações Unidas (1993); a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos; a Declaração de Pequim, adotada na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada na capital da República Popular da China (1995); Convenção Interamericana celebrada em Belém do Pará (1996) e outros.

A importância desses instrumentos está no traçar de um novo paradigma de valores nos ordenamentos jurídicos dos Estados, que devem cumprir os compromissos assumidos. No que tange às mulheres, esses compromissos versam sobre garantir direitos iguais e proibir toda forma de discriminação, o que inclui a prevenção da violência doméstica, por ser uma conduta recorrente nas sociedades patriarcais, bem como a intervenção quando tal violência ocorre.

Neste contexto, há o exemplo do Brasil, que foi “condenado” por descumprir os compromissos de promover a igualdade entre homens e mulheres, principalmente no que tange à prevenção e punição da violência doméstica. O pronunciamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso nº 12.051 de 04 de abril

de 2001/OEA (Organização dos Estados Americanos) fez com que o Brasil promulgasse uma lei específica na proteção da mulher contra a violência doméstica, mas, pelo facto dessa lei proteger a mulher, sua constitucionalidade em face ao princípio da igualdade foi questionada.

A decisão do Supremo Tribunal Federal (Corte Constitucional do Brasil) acerca dessa constitucionalidade é objeto de análise a fim de se concluir sobre a pertinência e legalidade das ações afirmativas, que configuram uma discriminação positiva.

A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica em bases de dados de publicações científicas, normas, jurisprudências etc. A revisão da literatura, a partir da leitura analítica e crítica dos dados recolhidos tem como objetivo aferir os aspectos do princípio da igualdade no que respeita à questão de género e a necessidade de ações afirmativas e exequíveis.

## **1. Princípio Da Igualdade – Uma Vertente Da Dignidade Da Pessoa Humana**

### **1.1. Declaração Universal dos Direitos Humanos e Dignidade**

A destruição de cidades da Europa e da Ásia durante a 2ª Guerra Mundial (1939 a 1945) fez com que o mundo clamasse por paz. Nesse contexto, em abril de 1945, delegados de cinquenta países reuniram-se em San Francisco e o objetivo dessa Conferência das Nações Unidas na Organização Internacional era formar um corpo internacional para promover a paz e prevenir futuras guerras. A Carta da nova organização das Nações Unidas entrou em vigor no dia 24 de outubro de 1945.

Em 1948, a nova Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, sob a presidência de Eleanor Roosevelt, a viúva do presidente Franklin Roosevelt, elaborou o rascunho do documento que viria a converter-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) a 10 de dezembro de 1948, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, o que percebe-se da leitura do seu artigo 1º: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade."

É pertinente diferenciar direitos fundamentais de direitos do homem para aferir a densidade do princípio da dignidade da pessoa humana. Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos e direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente (Canotilho, Gomes, 2003).

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o fundamento de qualquer ordenamento jurídico proclamado como um Estado de Direito Democrático. Trata –

se da manifestação da aceitação pelos Estados signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo um direito do homem.

De notar que na Declaração Universal dos Direitos Humanos não há uma definição expressa do conceito de dignidade, porém, no seu preâmbulo,<sup>164</sup> é possível concluir - se que a ratio do art.º 1 foi precisamente declarar que todas as pessoas (e aqui não há distinção de género) devem ser respeitadas da mesma forma, sem qualquer tipo de discriminação e que todos os povos devem esforçar-se no sentido de atingir essa igualdade de direitos.

Além de direitos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê também Garantias Fundamentais, pois, nas suas disposições prevê a proteção contra qualquer tipo de discriminação (art.º 7), atribuindo aos Tribunais o dever de punir efetivamente todos os atos de violação aos direitos fundamentais do homem reconhecidos pela constituição ou pela lei (art.º 8).

A supremacia da Declaração Universal dos Direitos Humanos advém do facto da mesma ser um instrumento atual para qualquer Estado signatário, ou não, independentemente das constantes revisões que cada Constituição possa ver a nível interno (por parte de cada Estado signatário). De notar que esta essência de atualidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos decorre do facto da mesma, no âmbito dos princípios fundamentais por si proclamados como a Igualdade, Justiça e Paz Mundial, ter criado uma consciência jurídica sobre quais os critérios básicos que devem ser tutelados pelos Estados, a fim de garantir a construção de uma sociedade onde impera a dignidade da pessoa humana.

Assim, é deste modo que se consegue explicar a formação de um "património axiológico-normativo e jurídico", no sentido dos Estados signatários absorverem esses direitos fundamentais, que, por sua vez, norteiam toda a sua estrutura político-normativa, na busca da dignidade da pessoa humana, princípio que exerce uma função "normogenética", na medida em que ao fundamentar as regras e princípios do ordenamento jurídico, acaba por constituir a sua ratio, bem como, fonte de Direito, criadora de novas normas. Por este motivo, é ponto assente de que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é a raiz ética dos direitos fundamentais.<sup>165</sup>

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana também exerce outras funções: como critério de interpretação e integração das normas pelos Tribunais, servindo de instrumento metódico de resolução de conflitos (funcionando como princípio) e

---

<sup>164</sup> Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla

<sup>165</sup> O Recurso ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Tribunal Constitucional – Benedita Mac Crorie

como fundamento jurídico bastante para a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, inclusive.

Perante toda multifuncionalidade do que já se espelhou acerca do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, urge também a necessidade de se definir o conceito de dignidade. O que é a dignidade?

Tendo em atenção a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Dignidade pode ser definida como um atributo da pessoa humana, que merece respeito e proteção simplesmente pelo facto da pessoa existir, enquanto ser humano, acabando este conceito por ser um critério unificador de todos os direitos fundamentais que estão intrinsecamente ligados aos direitos humanos. Todavia, por ser um conceito indeterminado, a sua definição concretiza-se historicamente, isto é, acompanha necessariamente a constante evolução da sociedade, assumindo um valor cultural, que também não é imutável. Muito pelo contrário, é temporal e susceptível de ser acrescentado ao seu conceito novos valores, conforme a evolução da sociedade em que cada indivíduo está inserido.

Conclui-se que todos os direitos humanos declarados nesta Declaração devem ser interpretados e aplicados à luz da dignidade da pessoa humana, sendo, de forma exemplificativa, o direito à vida, à residência no seu Estado, à nacionalidade, à vida privada, à constituir família, à segurança pessoal e social, à educação, ao trabalho e salário dignos, ao descanso, ao lazer, à cultura, à liberdade de circulação, de reunião, de pensamento, de consciência, de opinião, de expressão e religião.

## **1.2. Exemplos de Documentos Internacionais Relevantes na Construção da Igualdade entre Homens e Mulheres**

O princípio da igualdade estipula a igual capacidade dos cidadãos e a possibilidade prática de gozar de igual tratamento jurídico, sem qualquer discriminação. Contudo, ao falar-se de direitos dos homens, a sua justificação não é o maior desafio, mas sim a proteção que lhe é necessária para que possa vê-los efetivados (Bobbio, Norberto, 2004).

Para efetivar o direito à igualdade entre homens e mulheres foi (e está sendo) necessário reconhecer e discutir o problema da discriminação de género, razão pela qual foram convencionados diversos documentos internacionais a fim de evidenciar essa realidade e provocar uma discussão jurídica. Seguem-se alguns exemplos de Declarações e Cartas transnacionais que foram sendo adotadas a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

### 1.2.1 Convenção Europeia dos Direitos do Homem

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), no seu artigo 14º, proíbe expressamente a discriminação em virtude do sexo, o que é uma garantia ao princípio da igualdade:

#### **Proibição de discriminação**

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

A terminologia utilizada nessa Convenção é um avanço, pois, a Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê direitos gerais para o ser Humano e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê direitos para as pessoas.

### 1.2.2 Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos na Organização das Nações Unidas

Em 1966 foi acordado o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos na Organização das Nações Unidas. Esse pacto prevê, no seu artigo 3º, o seguinte: "Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto."

Observa-se que foi dado mais um passo, pois, essa Convenção declara expressamente a igualdade entre homens e mulheres, isto é, homens e mulheres iguais perante a lei, aptos para exercerem o gozo de quaisquer direitos ao mesmo nível e sem qualquer tipo de discriminação.

Em termos de Direito Comparado, Portugal assinou esse Pacto no dia 7 de outubro de 1976, que foi ratificado apenas em 1978; pelo Brasil, foi ratificado no dia 6 de julho de 1992 (Decreto nº. 592) e Angola ratificado no dia 10 de janeiro de 1992 (Resolução AN26-B/9127, Dez. 1991).

### 1.2.3 Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica - 1969), reiterando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, prevê:

#### **Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos**

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua



jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

#### **Artigo 5º. Direito à integridade pessoal**

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

#### **Artigo 24º. Igualdade Perante a Lei**

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

Nesta Convenção, são assegurados a igualdade entre as pessoas, o respeito a sua integridade e à não discriminação. Além disso, conceitua pessoa: "Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano." (artigo 1º, n. 2). Essa Convenção foi incorporada no Direito Brasileiro pelo Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992

As Convenções e o Pacto acima mencionados, ratificando o princípio da igualdade e a garantia de não discriminação constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, apesar de não abordarem explicitamente o problema da desigualdade de facto e de direito entre homens e mulheres, foram, para os Países signatários, de extrema importância na proibição expressa da discriminação em razão do sexo.

Contudo, ainda era preciso ser mais específico na abordagem do problema para que a igualdade entre homens e mulheres saísse do papel porque para isso teria que ocorrer uma mudança de paradigmas nos valores dos países signatários. Prova disso é a criação de documentos internacionais visando proteger a mulher de todas as formas de discriminação decorrentes do gênero, seguindo alguns exemplos:

#### **1.2.4 Convenções de Bogotá**

As Convenções de Bogotá são um marco na busca pela igualdade de gênero. Na Nona Conferência Internacional Americana, em Bogotá, entre os dias 30 de março a 2 de maio de 1948, foram assinadas a Convenção Interamericana Sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher, declarando que "Os Estados Americanos convêm em outorgar à mulher os mesmos direitos civis que goza o homem." e a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Políticos da Mulher, declarando que "As Altas Partes Contratantes convêm em que o direito ao voto e à eleição para um cargo nacional não deverá negar-se ou restringir-se por motivo de

sexo." Esta foi ratificada pelo Brasil a 15 de fevereiro de 1950 (Decreto nº 28.011, de 19 de abril de 1950).

A submissão da mulher casada ao marido que era prevista na legislação brasileira configurava a não concretização do direito fundamental da igualdade entre homens e mulheres e refletia a cultura de discriminação de gênero, pensamento comum numa sociedade com valores considerados machistas.

Por isso, o Brasil demorou mais tempo para incorporar a Convenção Interamericana Sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher, pois, na época, as mulheres casadas eram legalmente relativamente incapazes – Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916:

Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 156).

II - As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

III - os pródigos.

IV - os silvícolas.

O Brasil promulgou a Convenção Internamericana sobre a concessão dos direitos civis da mulher em 1952, depois de 04 anos da sua proclamação, pelo Decreto nº 31.643, de 23 de outubro de 1952, mas somente em agosto de 1962 as mulheres casadas foram excluídas do rol dos relativamente incapazes do Código Civil (lei 4.121 de 27 de agosto de 1962).

Apesar dos direitos humanos serem universais, cujo marco foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, alguns direitos são mais difíceis de serem efetivados, principalmente por causa de barreiras histórico-culturais, havendo necessidade de uma política mais específica, e foi nesse sentido que o conceito de Direitos Humanos das Mulheres foi e está sendo consolidado.

Além das declarações de Bogotá, outros documentos foram imprescindíveis para a consolidação desse conceito.

### **1.2.5 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres**

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979, nasceu com o objetivo de ratificar a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos no sentido de efetivar um direito humano já proclamado: a igualdade entre homens e mulheres e garantir a

dignidade da pessoa humana, como se observa da leitura do seu preâmbulo.<sup>166</sup> O objetivo foi enfrentar um problema real: a discriminação contra a mulher, cuja expressão foi assim definida, no seu artigo 1º:

---

<sup>166</sup> Considerando que a Carta das Nações Unidas reafirma a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher,

Considerando que a Declaração Universal dos Direitos Humanos reafirma o princípio da não-discriminação e proclama que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que toda pessoa pode invocar todos os direitos e liberdades proclamados nessa Declaração, sem distinção alguma, inclusive de sexo,

Considerando que os Estados-partes nas Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos têm a obrigação de garantir ao homem e à mulher a igualdade de gozo de todos os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos,

Observando, ainda, as resoluções, declarações e recomendações aprovadas pelas Nações Unidas e pelas agências especializadas para favorecer a igualdade de direito entre o homem e a mulher,

Preocupados, contudo, com o fato de que, apesar destes diversos instrumentos, a mulher continue sendo objeto de grandes discriminações,

Relembrando que a discriminação contra a mulher, violados princípios da igualdade de direitos e o respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade,

Preocupados com o fato de que, em situações de pobreza, a mulher tem um acesso mínimo à alimentação, à saúde, à educação, à capacitação e às oportunidades de emprego, assim como à satisfação de outras necessidades,

Convencidos de que o estabelecimento da nova ordem econômica internacional baseada na equidade e na justiça contribuirá significativamente para a promoção da igualdade entre o homem e a mulher,

Salientando que a eliminação do apartheid, de todas as formas de racismo, discriminação racial, colonialismo, neocolonialismo, agressão, ocupação estrangeira e dominação e interferência nos assuntos internos dos Estados é essencial para o pleno exercício dos direitos do homem e da mulher,

Afirmando que o fortalecimento da paz e da segurança internacionais, o alívio da tensão internacional, a cooperação mútua entre todos os Estados, independentemente de seus sistemas econômicos e sociais, o desarmamento geral e completo, e em particular o desarmamento nuclear sob um estrito e efetivo controle internacional, a afirmação dos princípios de justiça, igualdade e proveito mútuo nas relações entre países e a realização do direito dos povos submetidos à dominação colonial e estrangeira e a ocupação estrangeira, à autodeterminação e independência, bem como o respeito da soberania nacional e da integridade territorial, promoverão o progresso e o desenvolvimento sociais, e, em consequência, contribuirão para a realização da plena igualdade entre o homem e a mulher,

Convencidos de que a participação máxima da mulher, em igualdade de condições com o homem, em todos os campos, é indispensável para o desenvolvimento pleno e completo de um país, para o bem-estar do mundo e para a causa da paz,

Tendo presente a grande contribuição da mulher ao bem-estar da família e ao desenvolvimento da sociedade, até agora não plenamente reconhecida, a importância social da maternidade e a função dos pais na família e na educação dos filhos, e conscientes

significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Para isso, essa Convenção determinou a criação de um comitê, bem como de um Protocolo Adicional com função de receber denúncias de mulheres vítimas de violações dos seus direitos pelos respectivos Estados.

### **1.2.6 Convenção de Viena**

Um marco histórico pelo reconhecimento dos direitos humanos da mulher foi a Convenção de Viena (1993). Nesta Conferência, as mulheres manifestaram-se, levantando a bandeira da equiparação: “os direitos das mulheres também são direitos humanos”, o que foi determinante para o reconhecimento expresso na Declaração e no Programa dos direitos das mulheres e crianças de sexo feminino como direitos humanos.

### **1.2.7 Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção Belém do Pará – 1994) é um documento que descortina um problema histórico, que desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 deveria ter acabado: a violência contra a mulher que, segundo essa carta:

constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades; sendo “uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens.

---

de que o papel da mulher na procriação não deve ser causa de discriminação, mas sim que a educação dos filhos exige a responsabilidade compartilhada entre homens e mulheres e a sociedade como um conjunto,

Reconhecendo que para alcançar a plena igualdade entre o homem e a mulher é necessário modificar o papel tradicional tanto do homem, como da mulher na sociedade e na família,

Resolvidos a aplicar os princípios enunciados na Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, e, para isto, a adotar as medidas necessárias a fim de suprimir essa discriminação em todas as suas formas e manifestações,

Concordam o seguinte:

O artigo 2º desse documento é importante porque exemplifica o que é violência contra a mulher, já que, devido ao contexto histórico-cultural, certos tipos de violência são tão “comuns” que dificulta até o reconhecimento, por parte da vítima, de uma situação de abuso. Nesse sentido:

**Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica:**

1. que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual;
2. que tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar, e
3. 3. que seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

### **1.2.8 Declaração de Pequim adotada pela Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres: Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz (1995)**

Nesta Convenção mais uma vez proclamou-se que práticas e atos de violência “são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser combatidos e eliminados”, conclamando-se os Governos à urgente adoção de medidas destinadas a combater e a eliminar todas as formas de violência e de constrangimento “contra a mulher na vida privada e pública, quer perpetradas ou toleradas pelo Estado ou pessoas privadas”.

### **1.2.9 Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as Mulheres e a violência doméstica**

Em Istambul, 11 de maio de 2011, foi adotada a Convenção do Conselho da Europa, condenando todas as formas de violência contra as mulheres e a violência doméstica e, no seu artigo 1º, estabeleceu os seguintes objetivos:

Artigo 1º – Objectivos da Convenção

1- A presente Convenção em como objectivos:

a) proteger as mulheres contra todas as formas de violência, e prevenir, processar criminalmente e eliminar a violência contra as mulheres e a violência doméstica;

b) contribuir para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e promover a igualdade real entre mulheres e homens, incluindo o empoderamento das mulheres;

c) conceber um quadro global, políticas e medidas de proteção e assistência para todas as vítimas de violência contra as mulheres e violência doméstica;

d) promover a cooperação internacional, tendo em vista eliminar a violência contra as mulheres e a violência doméstica;

e) apoiar e assistir organizações e organismos responsáveis pela aplicação da lei para que cooperem de maneira eficaz, a fim de adoptar uma abordagem integrada visando eliminar a violência contra as mulheres e a violência doméstica.

2 - A fim de assegurar uma implementação efectiva das suas disposições pelas Partes, esta Convenção estabelece um mecanismo de monitorização específico.

Neste sentido, vem sendo construído o conceito de igualdade entre homem e mulher, bem como a consciencialização do direito à não discriminação, sob o prisma da dignidade da mulher como direito humano, conforme previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem.<sup>167</sup>

## **2. Da Violência Doméstica Contra A Mulher**

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), em notícia publicada em 10 de março de 2021 no site das Nações Unidas, "Ao longo da vida, uma em cada três mulheres - cerca de 736 milhões de pessoas -, é submetida à violência física ou sexual por parte de seu parceiro ou violência sexual por parte de um não parceiro." (<https://brasil.un.org/pt-br/115652-oms-uma-em-cada-3-mulheres-em-todo-o-mundo-sofre-violencia>). Neste mesmo site, o diretor-geral da OMS declarou que a violência contra as mulheres é endêmica em todos os países e culturas e, comparando com a pandemia de COVID-19, considerou ser mais grave porque não pode ser interrompida com uma vacina. Assim, destacou a importância de os

---

<sup>167</sup> Artigo 2

1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

governos, comunidades e indivíduos empreenderem esforços na luta contra essa situação.

O machismo é um preconceito, expresso por opiniões e atitudes, que se opõe à igualdade de direitos entre os sexos, favorecendo o masculino em detrimento do feminino. Já no machismo estrutural existe um padrão que vem sendo empregado e institucionalizado por gerações, o que evita questionamentos (Soulveigh, Eduardo, Machismo Estrutural x Patriarcado – acessado em 14/12/2022 em salthe.com.br).

No âmbito da violência de gênero, destaca-se a violência contra as mulheres, que não existe apenas quando a mulher é discriminada em razão do sexo. Há também este tipo de violência num contexto doméstico, quando a vítima sofre maus tratos pelo agressor que é uma pessoa do seu convívio familiar.

A Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica – Istambul, 11.05.2011 conceitua Violência contra as Mulheres, no seu artigo 3º, “a”:

“violência contra as mulheres” é entendida como uma violação dos direitos humanos e como uma forma de discriminação contra as mulheres e significa todos os actos de violência baseada no género que resultem, ou sejam passíveis de resultar, em danos ou sofrimento de natureza física, sexual, psicológica ou económica para as mulheres, incluindo a ameaça do cometimento de tais actos, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, quer na vida pública quer na vida privada;

Quando nos reportamos à maus tratos, é importante explicar que estes maus tratos podem ser físico, psicológico ou ainda sexual. No livro Colecção Informar as Mulheres n.º 9, Violência contra as Mulheres na Família, 2000, p. 5:

“As mulheres são maltratadas, não só quando agredidas e feridas, mas também quando são objeto de insultos e vexames, abandono e isolamento, ameaças, destruição dos seus objetos domésticos e pessoais, quando são expulsas da sua casa, etc.. Este tipo de maus tratos podem deixar marcas tão dolorosas e profundas como as que deixam os espancamentos ou feridas.”

No que respeita à violência doméstica, há vários tipos aos quais a vítima pode ser submetida, sendo alguns tão incidentes, que a vítima sequer percebe. Nesse sentido exemplifica a Lei n.º 11.340/2006 da Brasil:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

No mesmo sentido, a Lei nº. 25/11 de 14 de julho da República de Angola define violência doméstica como “toda acção ou omissão que cause lesão ou deformação física e dano psicológico temporário ou permanente que atente contra a pessoa humana”.

Ou seja, o agressor tem um comportamento padrão em que coloca a vítima com um sentimento de culpa, tal como “ele bateu-me porque eu é que o provoquei”; “ eu tenho de aguentar porque a mulher sábia edifica o seu lar”...comportamentos e crenças que nos remetem para aquilo que em violência doméstica chamamos de “mitos da violência doméstica” que por sua vez são os maiores entraves para que a vítima quebre o silêncio. No livro Colecção Informar as Mulheres n.º 9, Violência contra as Mulheres na Família, 2000, p. 9 há uma correlação entre o preconceitos e realidade sobre os maus tratos contra as mulheres, servindo os preconceitos para culpar a vítima e justificar a conduta do agressor.



Sim, quebrar o silêncio é o ponto mais alto de início de libertação da vítima, saindo desta condição para a condição de sobrevivente porque quebrou o ciclo da violência na sua vida, já que não é mais vítima de violência doméstica, é sim uma sobrevivente!

No entanto, é importante explicar que este quebrar o silêncio para além de não ser fácil, nem sempre significa que a vítima já se tenha libertado, pois, vezes há em que a vítima volta para os “braços” do agressor, seja por dependência económica, emocional ou ainda por causa dos filhos. E nestes termos estamos perante aquilo que se chama “ciclo da violência doméstica”: o momento em que a vítima retorna à casa e volta a sofrer maus tratos.

As Nações Unidas trabalham para que os países honrem os compromissos assumidos, demonstrando uma maior e forte vontade e liderança no enfrentamento da violência contra as mulheres em todas as suas formas, e sugere, além de outras medidas, uma intervenção na educação das crianças a fim de desconstruir crenças discriminatórias. Percebe-se a questão histórico-cultural como uma das causas do problema.

### **3. Interpretação Do Princípio Da Igualdade À Luz Da Dignidade Da Mulher**

A importância desses documentos supranacionais é promover uma consciencialização “forçada” dos povos porque os Estados signatários são pressionados a adaptarem as normas internas aos valores axiológicos desses documentos.

Na Constituição da República Portuguesa, de 1976; na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 e na Constituição da República de Angola, de 2010, o direito à igualdade está assegurado como direito fundamental e a dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem constitucional<sup>168</sup>.

---

<sup>168</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Assim, todo o ordenamento jurídico tem que ser interpretado e aplicado no sentido de promover a dignidade da pessoa humana, inclusive o princípio da igualdade, seja ele aplicado como princípio ou como norma.

Nesse sentido, cabe a aplicação da teoria de Ronald Dworkin, conforme sua metáfora de juiz Hércules, no sentido de que toda decisão tem que ser baseada no sistema de princípios adotado pela Constituição, ou seja, o conjunto de regras tem que ter coerência e essa coerência só é alcançada quando se interpreta as regras conforme o conjunto de princípios que lhes dão sentido, o que confere integridade ao ordenamento jurídico.<sup>169</sup>

Um exemplo disso que foi dito é o caso nº 12.051 de 04 de abril de 2001/OEA (Organização dos Estados Americanos) que provocou a criação da Lei Maria da Penha no Brasil, bem como sua declaração de constitucionalidade à luz do princípio da igualdade.

Em 1948 foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA), com sede em Washington, nos Estados Unidos, sendo alguns dos seus objetivos a

---

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Constituição da República Portuguesa

Artigo 1.º

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Direitos e deveres fundamentais

Artigo 13.º

Princípio da igualdade

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

ARTIGO 1º

(República de Angola)

Angola é uma República soberana e independente, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade do povo angolano, que tem como objectivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa, democrática, solidária, de paz, igualdade e progresso social.

<sup>169</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério.

garantia da soberania, paz e justiça entre os Estados americanos, tendo como pilares a democracia, os Direitos Humanos, a segurança e o desenvolvimento. Em virtude da reforma da Carta da OEA, aprovada em Buenos Aires em 1967, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, idealizada em Santiago, Chile, em 1953 e que começou a funcionar em 1960 como entidade autónoma, é um meio importante para efetivar os objetivos da Declaração de Direitos Humanos.

Em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma denúncia apresentada pela Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, pelo “Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional” e pelo “Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher”, baseada na competência que lhe conferem os artigos 44º e 46º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o artigo 12º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

O objeto dessa denúncia foi o incumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, que não agiu preventivamente para reduzir o índice de violência doméstica e não efetivou uma prestação jurisdicional contra os agressores dentro de um prazo razoável para garantir a igualdade perante a lei e o direito à justiça.

No caso paradigma, foi-lhe imputada a conduta omissiva de não ter tomado as medidas necessárias para processar e punir o agressor da brasileira Maria da Penha Maia Fernandes, que foi vítima de violência doméstica durante 23 anos de casamento, período em que o seu marido tentou matá-la por duas vezes, na primeira vez, disparou contra ela um tiro de arma de fogo enquanto ela dormia, deixando-a paraplégica, e na segunda, duas semanas depois dela regressar do hospital, e estando ela em recuperação, pela agressão homicida de 29 de maio de 1983, ele tentou eletrocutá-la enquanto tomava banho. Embora a ação penal tenha iniciado a 28 de setembro de 1984, o processo tramitou por quase 20 anos.

O Brasil foi declarado responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8º e 25º da

Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, previstos no artigo 1º do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil. (Comissão Interamericana de Direitos Humanos - <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>, acesso em 18/12/2022).

Em resposta à recomendação da OEA foi publicada a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). A Conferência e as convenções internacionais aqui mencionadas - Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Viena (1993); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979); e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (1994), foram fundamentais para a internacionalização dos direitos humanos da mulher, bem como, para elaboração dessa Lei. Assim dispõe o seu artigo 1º.:

Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (<https://www.planalto.gov.br> – acesso 18/12/2022)

De realçar que houve questionamento sobre a constitucionalidade dessa lei, sendo um dos pontos questionados a lesão ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, pelo facto da Lei proteger especificamente as mulheres. Na Ação Declaratória de Constitucionalidade 19/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Lei, nesse ponto, é constitucional porque para frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação; que a norma mitiga a realidade de discriminação social e cultural que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória

a promover a igualdade material, sem restringir, de maneira desproporcional, o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino.

No seu voto, a Senhora Ministra Rosa Weber, sobre o desafio hermenêutico na concretização dos direitos fundamentais, considerou que a Lei Maria da Penha inaugurou uma nova fase no iter das ações afirmativas, sinalizando mudança de compreensão em cultura e sociedade de violência que, “de tão comum e aceite, tornou-se invisível”, citando o ditado popular “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”. Considerou que a concretização do princípio isonômico na esfera de igualdade de gênero reclama a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio decorrente de uma sociedade machista e patriarcal, situação que justifica o *discrímen*; que o fim desejado da igualdade jurídica, materialmente, somente é alcançado ao se conferir aos desiguais tratamento desigual na medida da sua desigualdade e que a discriminação afirmativa que se projeta da Lei Maria da Penha se justifica.

O Senhor Ministro Luiz Fux, citando Kant, usou como argumentação jurídica o “sobrep princípio” da dignidade da pessoa humana como fonte de interpretação do princípio da igualdade.

Citou Michal Sandel que, analisando a teoria de Kant, considerou que a utilização indiscriminada do preceito da igualdade poderia levar à ruína a dignidade humana; citou Aristóteles, que considerou a igualdade como fundamento da democracia; mencionou a lição de Canotilho, no livro *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 427, no sentido de que não há igualdade no não direito; transcreveu Ingo Sarlet, Ingo, 2003, p. 86 e segs., que discorreu sobre a relação direta entre a crise de efetividade dos direitos fundamentais e a crise de segurança dos direitos que o Poder Público deveria proteger e não o faz a contento.

Com esses argumentos declarou que a adoção das ações afirmativas constitui o resultado de uma releitura do conceito de igualdade, mas que o *discrímen* deve ser usado com proporcionalidade. Sobre o caso, concluiu que

longe de afrontar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, a Lei nº 11.340/06 estabelece mecanismos de equiparação entre os sexos, em legítima discriminação positiva que busca, em última análise, corrigir um grave problema social.

Ratificando os votos dos colegas, a Senhora Ministra Cármen Lúcia deu exemplos de vários tipos de preconceitos que as mulheres sofrem, independentemente da posição social e narrou o que sofreu ao candidatar-se ao cargo de juíza: "Dizem que a Senhora é muito boa de serviço. Se for muito melhor, a Senhora passa. Se for igual, nós preferimos homem."; citou algumas frases de compositores e escritores que demonstram a cultura de subjugação das mulheres, como: "toda paixão é funesta, paixão sem sangue não presta" e "toda mulher gosta de apanhar; não, todas não, só as normais. Ele pode não saber porque está batendo, mas ela sabe porque está apanhando" e, ao discorrer sobre o sofrimento das mulheres ao longo dos anos destaca a importância da Lei Maria da Penha para romper tais indignidades. Aduziu não ser possível fazer políticas públicas sem especificar a condição do sujeito e que igualdade é tratar com desigualdade aqueles que se desiguam, concluindo que no caso das mulheres, elas não se desigualaram, mas sim, foram desigualadas por condições sociais e de estruturas de poder que as massacraram séculos a fio.

Por fim, o Senhor Ministro Celso de Melo mencionou a luta das mulheres pelo reconhecimento de sua dignidade e exemplificou através de alguns instrumentos internacionais como: a Declaração e Programa de Ação de Viena, adotados pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos promovida pela Organização das Nações Unidas (1993); a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos; a Declaração de Pequim, adotada na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada na capital da República Popular da China (1995); Convenção Interamericana celebrada em Belém do Pará (1996) e o pronunciamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso nº 12.051 de 04 de abril de 2001/OEA (Organização dos Estados Americanos).

O Ministro concluiu que o Brasil, ao editar a Lei nº 11.340/2006, a denominada “Lei Maria da Penha”, foi fiel aos compromissos assumidos na ordem internacional ao reconhecer que toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, de pressões, de opressão e de constrangimentos, tanto na esfera pública quanto no âmbito privado.

Nesse acórdão o princípio da proporcionalidade foi aplicado para flexibilizar o princípio da igualdade no seu aspecto formal (igualdade entre homens e mulheres perante a lei) em prol da dignidade humana da mulher, com o cuidado de evitar a violação do princípio da igualdade, o que ocorre quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. Segundo Canotilho, para a edição de ações afirmativas se exige razoabilidade, que decorre do princípio da proibição do arbítrio, princípio de limite que só será suficiente se transportar, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2003).

Também foi utilizado o método interpretativo conformador das regras aos princípios e destes às diretrizes políticas, conforme a teoria de Dworkin. Os argumentos de princípios buscam salvaguardar um direito, seja pessoal ou de um grupo determinado, a racionalidade axiológica. Já os políticos visam um objetivo de toda sociedade, ou seja, coletivo, com uma finalidade pré-determinada.

## **Conclusão**

Nos Estados que têm o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento, decorrente da Declaração dos Direitos Humanos e das Convenções, Tratados e Pactos dela decorrentes ideologicamente, a violência doméstica contra a mulher não pode ser vista como uma questão da vida privada.

Atualmente, não cabe mais o ditado popular de que “em briga de marido e mulher não se mete a colher”. Este comportamento era pertinente quando a sociedade considerava a mulher propriedade ou subordinada ao

marido, mas, conforme bem colocado por Benedita Mac Crorie, no artigo citado no item 1 do presente trabalho, “o conceito de dignidade humana é um conceito que se concretiza historicamente, assumindo um valor eminentemente cultural.”

O conceito de dignidade, como atributo inerente ao ser humano, não admite mais que um ser humano seja subjugado a outro, principalmente dentro do ambiente familiar.

Na verdade, a violência doméstica não escolhe estratificação social, raça, nem sociedades individuais. Trata-se sim de um flagelo social existente em qualquer sociedade, resultante de contextos socioculturais, conforme citado no parágrafo acima, o que foi retratado com sensibilidade no filme de curta metragem “I got flowers today”.

Apesar do extenso ordenamento jurídico internacional no sentido de declarar e garantir a igualdade entre homens e mulheres, quebrar paradigmas culturais baseados numa sociedade machista, a fim de atingir de facto esta igualdade, vem sendo um desafio diário.

A tradição é um fator de peso nos contextos socioculturais e responsável pelo reiterar de atitudes de discriminação e violência contra a mulher, o que corresponde à um ciclo de revitimização, ciclo que precisa ser quebrado.

Diante dessa dificuldade de facto é que foi necessário diplomas específicos a fim de garantir os direitos das mulheres em igualdade aos dos homens, o que justifica uma discriminação positiva em prol da efetivação da igualdade material.

Neste contexto observa-se a importância do direito, principalmente no caso da violência doméstica, para mudar uma cultura que foi historicamente construída.

É certo que alterar a lei no sentido de declarar a igualdade de género é um grande passo, mas não é suficiente para alterar os valores de um povo “da noite para o dia”, o que justifica o constante trabalho da comunidade internacional na busca dessa igualdade, promulgando pactos e tratados ao



longo dos anos e “vigiando” os Estados para que sejam efetivos em suas políticas públicas.

“A violência, sob qualquer forma que se manifeste, é um fracasso.”

JEAN-PAUL SARTRE, filósofo francês (1905-1980), pois NINGUÉM NASCEU PARA SER MALTRATADO!

### Referências bibliográficas

Ação Declaratória de Constitucionalidade 19/DF, Supremo Tribunal Federal, <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur262141/false>

Bobbio, Norberto, Tradução Carlos Nelson Coutinho, 7ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Colecção Informar as Mulheres, nº. 9, Violência contra as Mulheres na Família, 4ª ed., Portugal, 2000.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso 12.051 de 04 de abril de 2001 (<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>)

Canotilho, Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª. Ed., Editora Almedina, 2003.

Constituição da República de Angola de 2010  
<http://www.consuladogeralangola-porto.pt/download/pt/constituicao-da-republica-de-angola.pdf>

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988  
[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

Constituição da República Portuguesa de 1976  
<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>

Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) (Pacto de San José da Costa Rica) <https://www.doccity.com/pt/convencao-americana-de-direitos-humanos-pacto-de-san-jose-da-costa-rica/4725488/>

Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as Mulheres e a violência doméstica

<https://rm.coe.int/168046253d>

Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Roma, 1950

[https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf)

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção Belém do Pará – 1994)

<https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/convencaobelem1994.pdf>

Convenção Interamericana Sobre a Concessão dos Direitos Cíveis à Mulher – 1948

<https://03hhumanos.blogspot.com/2018/07/convencao-interamericana-sobre.html?m=1>

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, ONU, 1979

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>

Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, 1993.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)

Crorie, Benedita Mac, O Recurso ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Tribunal Constitucional – Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho, Almedina, 2003.

Declaração de Pequim, 1995

[https://www.mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros\\_de\\_apoio/cao\\_direitos\\_humanos/direitos\\_humanos/geral/DecPequim.htm](https://www.mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/cao_direitos_humanos/direitos_humanos/geral/DecPequim.htm)

Declaração Universal dos Direitos Humanos, Resolução ONU nº 217-A de 10/12/1948. <https://dre.pt/dre/geral/legislacao-relevante/declaracao-universal-direitos-humanos>

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KANT, Immanuel, Fundamento da Metafísica dos Costumes, tradução Paulo (2007) Edições 70, disponível em

<https://www.arquer.com.br/arquivos/Fundamentacao-da-Metafisica-dos-Costumes-Kant.pdf> acesso em 18/12/2022.

Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006 -

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)

MENEZES, Paulo Lucena de. A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano. 2000. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000. <https://repositorio.usp.br/item/001124618> - Acesso em: 18 dez. 2022.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ONU, 16 de Dezembro de 1966. <https://www.cne.pt/content/onu-pacto-internacional-sobre-os-direitos-civis-e-politicos>

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3, 2003

Lourenço, Nelson; Lisboa, Manuel; Pais, Elza; Violência contra as Mulheres – Cadernos Condição Feminina nº. 48, Comissão para a Igualdade para os Direitos da Mulheres, Portugal, 1997  
<https://salthe.com.br/machismo-estrutural-x-patriarcado/>

# Princípio da Proporcionalidade e a Arbitragem

Jaine Kelly Moura de Santana Oliveira<sup>170</sup>

## Resumo

Introduzem-se, genericamente, os conceitos de regras e princípios. Desenvolve-se o conceito e aplicabilidade do princípio da proporcionalidade. Aborda-se sobre a arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos. Analisa-se a inserção do princípio da proporcionalidade na arbitragem. Conclui-se com a necessidade ou não de aplicação do referido princípio nas questões arbitrais.

## Palavras-chave

Princípio; Proporcionalidade; Arbitragem.

---

<sup>170</sup> Mestranda em Direito Judiciário pela Universidade Europeia

# Principle of Proportionality and Arbitration

Jaine Kelly Moura de Santana Oliveira

## Abstract

The concepts of rules and principles are introduced generically. The concept and applicability of the principle of proportionality are established. Arbitration is discussed as an alternative means of conflict resolution. The insertion of the principle of proportionality in arbitration is analysed. It concludes with the need or not to apply the mentioned principle in arbitration matters.

## Keywords

Principle; Proportionality; Arbitration.

## Introdução

Um dos princípios-base do Estado de Direito Democrático é o princípio da proporcionalidade, segundo o qual, o Estado de Direito Democrático deve agir de acordo com o interesse comum, de modo a proteger os direitos individuais e garantir que todos os cidadãos possam desfrutar de um tratamento igualitário. O referido princípio também se destina a assegurar que a aplicação da lei e o exercício do poder estatal sejam realizados de forma proporcional, visando evitar a discriminação e os abusos de poder.

Isso significa que os julgadores, a quem incumbe o poder de julgar, devem considerar os direitos, interesses e garantias individuais de todas as partes envolvidas ao proferirem as suas decisões, a fim de que estas não sejam desproporcionais às partes e que estejam dentro dos limites da lei.

O princípio da proporcionalidade pode ainda ser aplicado para determinar qual o princípio que deve prevalecer, sendo, neste caso, um meio de ponderação, que leva em consideração a importância relativa do bem ou direito a ser tutelado, em cada situação específica. Por exemplo, se o interesse público for mais importante para a resolução do conflito, então este deve prevalecer. Por outro lado, se os direitos individuais forem mais importantes para a solução da causa, então são os que devem predominar, de modo a solucionar de forma mais adequada os conflitos entre o interesse público e os direitos individuais.

Nesse interim, sendo o princípio da proporcionalidade um princípio regente às decisões judiciais, questiona-se a sua aplicação fora do âmbito estatal, no caso, às questões levadas ao campo arbitral, uma vez que neste as partes, por uma vontade comum, sujeitam suas questões a um tribunal arbitral que não estaria, a priori, desvinculado de tal princípio, na medida em que não se submete às mesmas regras e princípios da esfera judicial estatal.

Diante de tal questão, será necessário seguir o caminho percorrido pelo princípio da proporcionalidade, verificar como o mesmo se aplica e como deve ser sopesado, para ao fim encontrar a sua identificação ou não com o procedimento arbitral.

## 1. O Princípio Da Proporcionalidade

Prefacialmente, é imperioso compreender o que é o princípio da proporcionalidade, fazendo uma breve distinção entre regras e princípios.

O Estado de Direito Democrático, inserido também no ordenamento jurídico português, possui características inerentes e princípios intrínsecos, os quais a sociedade está obrigada a cumprir e respeitar. Por consequência, também os tribunais estão adstritos e vinculados a referidos princípios, na finalidade de garantir e fazer-se cumprir a Lei e a Constituição, assim como os valores que lhes são essenciais e intrínsecos.

Princípios são normas mais abstratas e gerais que regras, com maior capacidade de adaptação e flexibilidade a situações específicas. Eles também trazem consigo um mandamento de otimização, o que significa que devem ser cumpridos na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, que se oferecem concretamente. Por isso, ao contrário das regras, que podem ser avaliadas como cumpridas ou não cumpridas, os princípios devem ser entendidos como flexíveis, podendo ser cumpridos em maior ou menor grau, de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso.

Sendo assim, o princípio deve primeiro ser confrontado com a regra em si, e, caso haja conflito, o princípio prevalece. Logo depois, deve-se confrontar o princípio com as outras regras e/ou princípios, para verificar se também há conflito com eles, e, caso haja, analisar qual princípio predomina, considerando suas relações entre si.

Assim, a principal diferença entre regras e princípios é que os princípios são relativos, pois devem ser interpretados de acordo com o contexto, caso a caso.

Os princípios também são menos específicos do que as regras, o que significa que podem ser aplicados de forma diferente em diferentes situações, tendo também um componente valorativo, pois devem ser interpretados de acordo com as normas e valores da sociedade. Por outro lado, as regras são geralmente mais específicas e aplicadas de forma mais rígida, podendo se

concluir que os princípios são geralmente mais abertos à interpretação, enquanto as regras tendem a ser mais rigorosas.

O pensamento jurídico contemporâneo tem como forte característica o emprego de princípios jurídicos. Esses princípios podem ser positivados explicitamente, como na constituição, ou implicitamente, como no princípio protetor em direito do trabalho. Autores como Josef Esser, Ronald Dworkin e Robert Alexy destacam a importância de princípios jurídicos para o tratamento de problemas jurídicos.

O positivismo normativista de Kelsen, Hart e outros dizia que as normas do direito positivo se reduzem apenas a regras, ou seja, normas que permitem a correspondência entre fatos e sanções cabíveis, permitindo a integração dos fatos regulados. Contudo, essa visão foi superada, pois hoje acredita-se que as normas do direito positivo também incluem princípios, políticas e valores, estando os princípios em um nível de abstração hierarquicamente superior ao das regras. Isso porque, embora os princípios não permitam uma subsunção direta de fatos, eles influenciam indiretamente as regras, pois se encontram dentro do contexto da compreensão do ordenamento jurídico como uma "pirâmide normativa".

Nesse universo, no âmbito do sopesamento entre os princípios, a proporcionalidade pode ser vista como uma "técnica" de conciliação entre princípios, ou entre princípios e regras, e deverá ser empregada pelo intérprete sempre que verificados princípios em conflito, ou princípios e regras em conflito. Assim, o critério de proporcionalidade, aplicado ao caso concreto, deverá servir de parâmetro para solucionar de modo equilibrado o conflito entre princípios e regras, possibilitando a preservação dos princípios básicos do sistema jurídico, e proporcionando a melhor solução ao caso.

De igual forma, o princípio da proporcionalidade é um princípio que envolve a relação entre os diferentes princípios e direitos que existem no contexto jurídico do Estado Democrático contemporâneo. É um princípio que orienta a busca por uma solução de compromisso, de modo a respeitar todos os princípios e direitos, mesmo aqueles que se encontram em conflito,



consubstanciado no Estado Democrático de Direito, pois é o que permite a realização do mandamento básico desse modelo, ou seja, a igualdade entre os interesses individuais, coletivos e públicos.

Referido princípio consiste, portanto, na obrigação de se evitar a utilização dos meios jurídicos para fins que extrapolem seu objetivo, por meio da verificação da proporcionalidade entre os meios a serem utilizados e seus fins. Nesse sentido, a proporcionalidade deve ser entendida como sendo a relação entre os meios e os fins, de modo que os primeiros (meios) sejam necessários para o êxito dos segundos (fins).

Outrossim, o princípio da proporcionalidade é um princípio geral que regula o exercício dos poderes estatais, no que diz respeito ao modo como o Estado pode limitar direitos fundamentais e exercer seus poderes. Ele estabelece que o Estado só pode limitar direitos fundamentais de maneira proporcional às necessidades da sociedade. Isso significa que qualquer limitação a direitos fundamentais deve ser adequada, necessária e proporcional ao objetivo a ser alcançado. Ou seja, antes de limitar direitos fundamentais, o Estado deve analisar se a limitação é proporcional ao objetivo a ser alcançado e se não existe uma limitação menos restritiva que poderia alcançar o mesmo objetivo.

Em sentido estrito, o princípio da proporcionalidade, também conhecido como “máxima do sopesamento” (Abwägungsgebot), é aquele que exige que, na medida do possível, os direitos fundamentais em conflito sejam equilibrados de modo a preservar o respeito máximo a ambos. Esse princípio encerra a ideia de ponderação, de modo que a solução para o conflito não seja unilateral, mas sim, resulte de um processo racional de sopesamento entre as opções disponíveis.

Ademais, a proporcionalidade, enquanto princípio jurídico, é também, um meio de analisar a natureza da ação do Estado e seu impacto na sociedade, sendo o princípio entendido como o equilíbrio entre os direitos fundamentais em jogo, o interesse público e o prejuízo ao particular, buscando garantir que o Estado não ultrapasse os limites do que é aceitável

em sua ação, para que seja possível conciliar os interesses da sociedade e dos indivíduos.

O constitucionalista português José Carlos Vieira de Andrade considera que a proporcionalidade, a finalidade de preservar a Constituição na maior medida possível, deve ser utilizada como simples critério para distribuição dos custos do conflito entre direitos fundamentais.

Já nas palavras de CANOTILHO, Mariana (2021), a proporcionalidade, entendida em sentido amplo, é, pois, considerada como princípio geral de limitação da atividade do poder público.

Dito isso, o princípio da proporcionalidade, ou da proibição do excesso, oriundo da doutrina e jurisprudência alemã e previsto no artigo 18º/2, da Constituição da República Portuguesa, deve ser entendido como princípio diretamente ligado à ponderação, uma máxima de otimização, na busca do melhor equilíbrio possível entre os direitos fundamentais em conflito, sendo repartido em três “princípios ou proposições parciais” (Teilgrundsätze): “princípio da adequação”, “princípio da exigibilidade” ou “máxima do meio mais suave” (Gebot des mildesten Mittels), e “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” ou “máxima do sopesamento” (Abwägungsgebot). Portanto, para constatar se determinada decisão atende ou não à proporcionalidade, demanda-se uma sequência de análises.

Nesse diapasão, o ato ou decisão judicial deve obedecer primeiramente à adequação.

Na adequação, verifica-se, dentre todas as medidas que o julgador pode tomar, quais são aquelas autorizadas pela lei, ou seja, lícitas, que efetivamente atingem a finalidade pretendida, de forma eficaz, sendo, portanto, adequadas para produzir o resultado almejado, sendo dispensadas aquelas que não produzem o fim desejado adequadamente.

Feita esta primeira análise, constata-se dentre as medidas que se encontram adequadas, quais são aquelas exigíveis, ou seja, aquelas que o juiz não pode deixar de tomar, seja em razão da causa, seja em razão da lei, sendo, portanto, aquelas imprescindíveis, necessárias, e na análise da

necessidade, o ato ou decisão deve ser, de todos os meios existentes, o menos restritivo aos direitos individuais, o menos grave, menos violento, para se alcançar o mesmo objetivo.

Assim, feitas estas duas apreciações - se as medidas são adequadas e exigíveis - o terceiro e último critério é então a proporcionalidade em sentido estrito, de modo a verificar, dentre as medidas adequadas e necessárias, quais atingem o resultado com maior eficiência, menos custo e menos prejuízo. É a chamada justa medida, a balança, onde são pesados os resultados atingidos com o sacrifício imposto e se exige o seu equilíbrio, para que, em meio às medidas adequadas e necessárias, seja aplicada aquela mais eficaz e menos onerosa no caso concreto.

Sendo assim, para tal análise de ponderação ou sopesamento, deve haver uma proporção adequada entre os meios utilizados e os fins desejados, vedando não só o excesso (exagerada utilização de meios em relação ao objetivo almejado), mas também a insuficiência de proteção (os meios utilizados não devem estar aquém do necessário para alcançar a finalidade do ato).

Diante disso, o princípio da proporcionalidade é um exercício de interpretação, de hermenêutica, para que se alcance, ao final, um resultado justo, sendo fundamental na aplicação das sanções, uma vez que evita o cometimento de excessos, uma vez que estabelece a utilização de mecanismos para equacionar as medidas corretas na solução dos casos concretos, atuando, em conjunto com o princípio da razoabilidade, como limitador à discricionariedade dos magistrados, na medida em que perseguem o mesmo fim.

## **2. A Arbitragem Como Meio Alternativo De Solução De Conflitos E A Aplicação Do Princípio Da Proporcionalidade**

A arbitragem, sendo um meio alternativo à resolução de conflitos, consiste na atribuição pelas partes de um poder a um terceiro, para que este possa resolver um litígio. Esse árbitro, previamente escolhido, tem o poder de impor uma solução ao conflito existente entre as partes.

Nesse passo, são as partes que, ainda que em situação de oposição, em comum acordo, elegem um terceiro para que ele solucione uma questão, um conflito, impondo sua decisão àqueles que, por livre vontade, o constituíram.

Na legislação portuguesa, o embasamento legal e as referências à arbitragem encontram-se na Lei da arbitragem voluntária (Lei 63/2011), sendo esta a principal lei portuguesa sobre arbitragem, que constituiu em Portugal um modelo de arbitragem mais novo que o anterior, revogado pela novel lei, inspirado pela lei modelo da UNCITRAL e pelas leis de arbitragem europeias.

Já a Constituição da República Portuguesa reconhece os tribunais arbitrais como organismos jurisdicionais em seu artigo 209º/2, muito embora não haja clara definição do que se deve entender por meios de resolução alternativa de litígios, sendo, entretanto, possível encontrar na Lei Maior um discurso que legitima a existência de tais mecanismos.

Nesse passo, tanto o artigo 202º/4, quanto o artigo 209º/2 da Constituição são dispositivos que constituem, então, a base legal para a aceitação da utilização destes meios alternativos de solução de litígios para que se possa resolver de forma adequada e consensual os conflitos de interesses e de direitos entre particulares, com a constituição de tribunais arbitrais e de julgados de paz.

O primeiro artigo em referência destaca a legitimidade de mecanismos de autocomposição, como a mediação, a conciliação e a transação. Ele também observa que há uma grande liberdade de concretização desta norma constitucional pelo legislador infraconstitucional, mas não regula o modo consensual ou obrigatório da consagração legal desses meios de autocomposição.

Nesse interim, o consenso entre as partes na escolha e no âmbito do meio de resolução de conflitos pode ajudar a assegurar que este seja mais justo e eficaz, uma vez que as partes terão uma maior oportunidade de influenciar o resultado que desejam. No entanto, é importante notar que, apesar do consenso entre as partes poder ser um meio de aumentar a

legitimidade de um meio de resolução de conflitos, isso não invalida a existência de mecanismos obrigatórios que sejam válidos e legítimos, garantidores da igualdade de acesso e, sobretudo, que não impeçam um controle judicial posterior e generalizado pelos tribunais, caso seja necessário.

Já no segundo artigo, está assegurada a legitimidade constitucional destes meios de resolução de conflitos. Ou seja, a Constituição reconhece a legitimidade destes meios de heterocomposição como substituto da jurisdição estadual.

Portanto, a arbitragem é permitida no âmbito da Constituição da República Portuguesa, desde que haja um controle jurisdicional posterior e pleno das decisões. Esta é a única forma de assegurar que a arbitragem seja válida, e que as partes tenham garantias suficientes de que a decisão é justa e legal.

No que diz respeito às partes, a Constituição não impõe nenhuma obrigação específica no que diz respeito à arbitragem. Porém, é possível concluir que as partes devem submeter-se aos procedimentos arbitrais previstos na lei, se assim o desejarem, desde que essa subsunção seja voluntária, o que não se aplica à arbitragem necessária, uma vez que a Carta Magna pressupõe que os tribunais integrados na estrutura judicial do Estado são o modo regular de resolução de conflitos.

Além disso, uma vez que se prescinde da voluntária subtração da competência dos tribunais estaduais pelas partes, a jurisprudência do Tribunal Constitucional entende que os tribunais arbitrais necessários só serão legítimos à luz da Constituição se, porventura, existir um controle jurisdicional posterior e pleno de suas decisões.

Desse modo, a Lei Maior tem como pressuposto um postulado de legitimidade tendencial nos meios voluntários e necessários de autocomposição e heterocomposição de conflitos, que se desenvolvem fora da hierarquia dos tribunais do Estado, desde que possam ser controlados.

Compreendido o conceito e reconhecimento dos tribunais arbitrais, não sendo o árbitro uma autoridade estatal, o que se traz à baila é se, ao proferir uma decisão, estaria o árbitro obrigado a atender ao princípio da

proporcionalidade, inerente a todas as decisões e atos judiciais praticados pelos entes do Estado.

Nesse contexto, tem-se como princípios intrínsecos à arbitragem: 1) o princípio do contraditório, segundo o qual é garantida às partes contrapor um pedido com as mesmas oportunidades ou meios de provas e prazos, seja em um processo administrativo seja em um processo judicial, sendo a ampla defesa o instrumento para o contraditório. 2) O Princípio da Igualdade donde se conclui que todos são iguais perante a Lei, sem distinção, e, portanto, merecedores de tratamento igualitário; 3) Princípio da imparcialidade dos árbitros, ou seja, o árbitro deve ser imparcial, dar idêntico tratamento às partes, sendo vedado colocar seus interesses pessoais acima dos interesses dos litigantes; 4) Princípio do livre convencimento, de maneira que o árbitro é livre para fazer a avaliação das provas e argumentos trazidos ao processo, e assim proferir suas decisões conforme seu próprio entendimento; 5) Princípio da garantia processual, que reflete que ainda que o processo arbitral seja regulado pela autonomia de vontade das partes, não pode se sobrepor aos princípios garantidores da ordem pública, assim como a sentença ou termo arbitral não pode estar em desconformidade com a norma legal e com os princípios norteadores do devido processo legal, normas processuais e Jurisprudência; 6) Princípio da autonomia da vontade das partes, pelo qual a parte tem de expressar, praticar o ato jurídico quanto a forma e o conteúdo, ou seja, as partes são livres para escolher o procedimento.

E diante das questões anteriormente colocadas quanto à aceitação da arbitragem pela Constituição, porque não dizer que também é inerente à arbitragem o princípio do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, na medida em que é garantido aos litigantes a ampla defesa e o contraditório, assim como o monopólio do Estado, ainda que como órgão de controle.

Nessa mesma linha de raciocínio, no que diz respeito aos critérios de proporcionalidade, é evidente que os Tribunais Arbitrais também a eles estão sujeitos, já que decisões proferidas nesta esfera “extrajudicial” – fora da esfera

estatal - não podem estar aquém de sua cuidadosa observação, devendo estar em conformidade, portanto, com o princípio constitucional da proibição do excesso, por ser este corolário do Estado de direito democrático.

Ora, ainda que os Tribunais Arbitrais "não se enquadrem na definição de tribunais enquanto órgãos de soberania (artigo 205º), nem por isso podem deixar de ser qualificados como tribunais para outros efeitos constitucionais, visto serem constitucionalmente definidos como tais e estarem constitucionalmente previstos como categoria autónoma de tribunais" (cfr. Ac. T. Constitucional nº 230/86)

Diante disso, ainda que não esteja inserto claramente o princípio da proporcionalidade dentre aqueles constituidores dos tribunais arbitrais, é evidente que estes estão impedidos de proferir decisão desproporcional aos interesses que devem ser legitimamente protegidos.

Ora, o princípio da proporcionalidade, como o próprio nome sugere, relaciona-se com a palavra proporcional em seu sentido literal. Assim, para que ele possa ser aplicado, é necessário perceber a proporção entre os direitos fundamentais em conflito, observando-se qual possui maior eficácia de acordo cada caso, sendo, portanto, inerente a qualquer decisão, seja ela estatal ou não, sendo utilizado como um instrumento de interpretação das normas legais e constitucionais.

Não é demais acrescentar que a utilização do princípio da proporcionalidade remete também à ponderação, visando a solução entre os conflitos de direitos fundamentais, devendo ser utilizado como instrumento de interpretação, para conferir, caso a caso, aquele direito que melhor se aplica, propiciando, ainda, o equilíbrio entre uma decisão normativa e o objetivo que era buscado, uma vez verificados se os meios utilizados foram adequados em relação ao objetivo, ou seja, a proporcionalidade entre meio e fim.

Daí que se deva concluir que o princípio da proporcionalidade, como intrínseco ao direito, e por ser ponderador dos demais princípios, também

deve estar inserto na arbitragem, sendo indispensável sua aplicação a qualquer decisão.

### **Conclusão**

Assim, dentro da concepção do princípio da proporcionalidade e observada a sua aplicabilidade, todas as decisões, ainda que proferidas por juízes arbitrais, devem obedecer os limites da legalidade e da razoabilidade, proibindo-se os excessos, não sendo menos importante aquiescer que, quando o juiz dá uma decisão desproporcional aos fins que busca proteger, será essa decisão passível de anulação pelo poder judiciário, ainda que tenha sido proferida fora do âmbito estatal.

Ademais, a aplicação do princípio da proporcionalidade é essencial para garantir um bem superior, a dignidade humana – o princípio mais importante a ser preservado e defendido pelo Estado – pois estabelece que as medidas adotadas para tutelar direitos fundamentais devem ser adequadas, necessárias e proporcionais, devendo, então, compreender todas as vertentes das relações humanas, sendo, assim, inafastável a sua aplicação para alcançar a maior finalidade buscada, qual seja, a justiça.



## Referências bibliográficas

BRITO, Wladimir. Teoria Geral do Processo. 1. ed. Coimbra: Edições Almedina, agosto de 2019.

CAMPILONGO, Celso Fernandes e outros. Enciclopédia Jurídica da PUCSP - PUC - Pontifícia Universidade Católica. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br>. Acesso em 16. dez. 2022.

CANOTILHO, Mariana. O princípio constitucional da proporcionalidade e o seu lugar na metódica constitucional. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, setembro de 2021. Disponível em: [http://www.doi.org/10.47907/clq2021\\_2a1](http://www.doi.org/10.47907/clq2021_2a1). Acesso em: 08. dez. 2022.

GOUVEIA, Mariana França. Curso de Resolução Alternativa de litígios. 3. ed. Coimbra: Edições Almedina, outubro de 2014.

MONTEIRO, António Pedro Pinto e outros. Manual de Arbitragem. 1. ed. Coimbra: Edições Almedina, fevereiro de 2020.

# Spotify e o uso antagonista do *streaming* sob o enfoque das normas de direitos autorais e do catálogo de direitos fundamentais vigentes no Brasil pós-1988

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet<sup>171</sup>

Cristina Baum da Silva<sup>172</sup>

## Resumo

Investigação científica, bibliográfica, exploratória, mediante revisão documental, legislativa e graças ao emprego do método hipotético dedutivo acerca da efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo considerando o teor da lei 9.610/98, a lei de direitos autorais e sua aplicabilidade ao caso do Spotify, líder de mercado de streaming musical. Em face dos direitos morais e patrimoniais dos compositores, analisa-se a política de governança algorítmica da plataforma de streaming sob o enfoque e para, propositivamente, garantir uma maior efetividade aos direitos e às garantias fundamentais consagrados na ordem constitucional brasileira, em especial no que toca à sustentabilidade financeira da cadeia produtiva musical no país.

## Palavras-chave

direitos autorais - direitos humanos fundamentais - governança algorítmica - Spotify - streaming - tecnologia

---

<sup>171</sup> Gabrielle é advogada, consultora, graduada e mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), doutora em Direito pela Universidade de Augsburg (UNIA), pós-doutora em Direito pela Universidade de Hamburgo e pela PUCRS e especialista em neurociências e ciências do comportamento pela PUCRS. É professora dos cursos de graduação, mestrado e doutorado (PPGD) da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: [gabriellebezerrasales@gmail.com](mailto:gabriellebezerrasales@gmail.com) [lattes.cnpq.br/9638814642817946](http://lattes.cnpq.br/9638814642817946).

<sup>172</sup> Mestranda em Direito pela PUCRS, bolsista pela CAPES, MBA em Gestão Jurídica aduaneira e negócios internacionais pela ABRACOMEX, pós graduada em Direito Internacional Público e Direito Privado pela UFRGS, especialista em Direito Eletrônico pela Estácio de Sá, Advogada. E-mail: [cristina.baums@gmail.com](mailto:cristina.baums@gmail.com) Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9202590567485390>.

# Spotify and the Antagonistic use of streaming under the focus of copyright standards and the catalog of fundamental rights in force in Brazil post-1988

## Abstract

Scientific, bibliographic, exploratory research, through documentary, legislative review and thanks to the use of the hypothetical deductive method about the effectiveness of fundamental rights, especially considering the content of law 9.610/98, the copyright law and its applicability to the case of Spotify, the market leader in music streaming. In view of the moral and property rights of composers, the policy of algorithmic governance of the streaming platform is analyzed under the focus and to, pro-positively, ensure greater effectiveness to the fundamental rights and guarantees enshrined in the Brazilian constitutional order, especially with regard to the financial sustainability of the musical production chain in the country.

## Keywords

copyright - fundamental human rights - algorithmic governance - Spotify - streaming - technology

## Introdução

O tempo não para, dizia o poeta<sup>173</sup>, em particular quando se trata da atual forma de usufruir os bens culturais e a necessidade de assegurar sustentabilidade a todos que compõem a cadeia produtiva. Em razão disso e da necessidade de ler o estado da arte fazendo uso dos parâmetros do constitucionalismo digital, o desafio que se pretende enfrentar se refere à garantia do maior grau de efetividade das normas brasileiras para a utilização, a arrecadação e a distribuição de direitos autorais em face das regras impostas pelo Spotify, a maior empresa de serviço de streaming de música do mundo<sup>174</sup>. Para realizar a presente pesquisa exploratória e, desta feita, analisar o modo de atuação da plataforma frente aos compositores musicais brasileiros, foi efetuada uma revisão documental, bibliográfica e legislativa, com o emprego do método hipotético-dedutivo.

Preliminarmente, à guisa de uma compreensão sistemática e ao lume da teoria dos direitos fundamentais, é examinada a lei de direitos autorais brasileira, especificando de forma mais minudente os parâmetros vigentes da proteção dos direitos de autor de obras musicais e os fonogramas, bem como a proteção moral e patrimonial dos direitos de autor.

Investiga-se ainda o regime jurídico das obras musicais na internet, apoiado na lei 9.610/98, que, na medida da sua incidência, obrigou o Spotify a pagar aos compositores, intérpretes e executantes musicais os seus direitos autorais, por intermédio das principais gravadoras musicais internacionais e agregadoras. Para, ao final, investigar a atuação do ECAD e apresentar algumas pautas propositivas para a aplicação de um sistema de cobrança compatível e factível com base no catálogo de direitos e de garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988(doravante CF/88).

---

<sup>173</sup> <https://www.cifraclub.com.br/cazuza/o-tempo-nao-para/> Acesso em 23 de setembro de 2022

<sup>174</sup> MULLIGAN, Mark. Music subscriber market shares Q2 2021. Midia Research. Publicado em: 18 de janeiro de 2022. Disponível em: < <https://www.midiaresearch.com/blog/music-subscriber-market-shares-q2-2021>>. Acesso em: 09 de setembro de 2022.

De fato, tendo em vista a popularização da internet e os novos rumos civilizatórios impostos pela sociedade informacional, particularmente mediante o emprego de inteligência artificial, o Spotify foi criado no início dos anos 2000 com a promessa de estancar os incontroláveis downloads que os usuários de internet realizavam, causando uma verdadeira crise na indústria fonográfica, tendo em vista que tais downloads não eram cobrados e os arquivos eram pirateados, conseqüentemente, afetando de forma radical a cadeia produtiva de bens culturais. Essa afetação, deve-se advertir, produz um giro cultural perverso, porém, sutil, no que se refere à cultura.

Ocorre que, com o crescimento da plataforma e sua popularização tanto no Brasil, quanto mundo afora, evidenciou-se outro anátema. Ou seja, os usuários passaram a utilizar compulsivamente a plataforma, consonante com uma espécie de jornada auditiva/musical hiperpersonalizada, abandonando quase completamente os meios tradicionais, consumindo mais música graças ao perfilhamento e às técnicas de microssegmentação, sendo que, por outro lado, o pagamento de direitos autorais aos compositores e às gravadoras não ocorreu da forma devida, acarretando, com isto, inúmeros processos judiciais contra a plataforma e, assim, impactando diretamente o mercado fonográfico e implicando em respostas emitidas pelo judiciário pátrio.

Muito embora a decisão do Superior Tribunal de Justiça tenha sido benéfica aos compositores musicais, aos produtores fonográficos e aos demais artistas brasileiros, o Spotify que antes não pagava os direitos autorais de execução pública, optou por um cálculo de pagamento complexo e tendencioso, por intermédio do uso de inteligência artificial(doravante IA), com base em regras algorítmicas opacas, por se tratar de segredo de negócio e, em outro giro, por se apoiar nas normas da Digital Millennium Copyright Act.

Logo, é tematizado aqui de modo preponderante se a alteração das normas de direitos autorais brasileiras e uma eventual cobrança do Spotify, por parte do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (doravante

ECAD), como um sistema de rádio é factível e constitucionalmente adequado.

Diante da ausência de transparência, explicabilidade e interpretabilidade na governança algorítmica do Spotify, esse manuscrito tem como foco primordial analisar as condições de uso da plataforma e, ao perquirir um passo a passo preponderantemente jurídico normativo, apresentar que, o Spotify possui a natureza de um software de reprodução fonográfica, com o objetivo primordial de coletar dados de usuários, sendo o número de streaming o principal negócio da empresa.

### **1. Dos direitos autorais no brasil**

A propósito de uma leitura compatível com o sistema constitucional em vigor, importa advertir que a Lei 9.610/98 (doravante LDA) regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos (art. 1º). O dispositivo aponta que autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica (art. 11), enquanto que os direitos conexos, conhecidos como direitos vizinhos ao direito de autor, visam a proteção da mão de obra técnica, que dá vida à obra criada pelo autor, sendo estes os artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão. Oportuno lembrar que o direito de autor é apresentado na sua unidade e estrutura conceitual, em particular, a partir da concepção dualista de direitos morais, que, conforme se demonstrará é equivocadamente denominado pela doutrina, como direitos patrimoniais e suas limitações de uso.

Conforme o artigo 24 da LDA, são direitos morais: o reconhecimento à paternidade, a indicação do nome por ocasião da utilização; o direito de ineditismo; à integridade da obra, e o de modificação, sendo que o primeiro, o da paternidade, pode ser considerado o mais importante de todos<sup>175</sup>. Entretanto, o vocábulo “direito moral” é condenado pela doutrina autoralista, devendo este ser considerado como “direitos extrapatrimoniais” ou “direitos

---

<sup>175</sup> LOSSO, 2008, p. 23.

personais", vez que os direitos morais de autor estão no rol dos direitos de personalidade<sup>176</sup>. Em síntese, urge um enfretamento dessa questão. Na música, muito embora se constatem com frequência algumas infrações aos direitos morais, principalmente em relação à nomeação no momento da utilização e da falsa atribuição de autoria, o que realmente se apresenta como um desafio crucial é a exploração dos direitos patrimoniais conferidos ao autor, pelo direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra artística, científica ou literária (art. 28 LDA)<sup>177</sup>.

É da essência dos direitos patrimoniais que somente o autor pode autorizar a utilização de sua obra, pouco importando os meios e os procedimentos para a sua efetivação. Trata-se de um direito exclusivo que poderá eventualmente sofrer limitações e restrições, sendo certo que só terão validade se estiverem previstas expressamente em lei<sup>178</sup>. Os direitos patrimoniais de autor, de modo geral, são considerados pela legislação como exclusivos<sup>179, 180</sup>, limitados, disponíveis, expropriáveis, transferíveis, temporais e

---

<sup>176</sup> MORAES, 2008.

<sup>177</sup> LOSSO, 2008, p. 24

<sup>178</sup> PONTES, p. 40.

<sup>179</sup> BRASIL. Constituição Federal. ART. 5º. XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

<sup>180</sup> BRASIL, Lei 9610/98; Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm)>. BRASIL. Lei 9.610/98. Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

---

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm)>. BRASIL. Lei 9.610/98. Art. 24 - VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm)>. BRASIL. Lei 9.610/98. Art. 3º Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm)>. Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;

II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita;

III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos;

IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário;

V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato;



embargáveis. Porém, a essência do direito patrimonial se traduz na exclusividade do direito de exploração da obra, nas múltiplas possibilidades de que dispõe o autor de auferir, com a sua comercialização, resultados econômicos satisfatórios. Com efeito, a obra que cria poderá ser explorada da maneira que melhor lhe aprouver. Em virtude dessa condição, a utilização da obra que se realize sem a sua prévia e expressa autorização deve ser vedada, pois ingressa na ilicitude, sujeitando o infrator a procedimentos de ordem criminal e civil.

Para Drummond o que efetivamente importa é a compreensão de que a circulação da obra e das interpretações não pode ser objeto de impedimento, mas, uma vez que sejam utilizadas, os titulares devem participar na partilha dos resultados econômicos<sup>181</sup>. Nas obras musicais, conseqüentemente, há três classes de direitos a serem protegidos: o da obra em si (autor e editor musical); o de sua interpretação (intérprete) e o da fixação fonográfica (gravadora)<sup>182</sup>.

Os titulares de direitos de autor estão diretamente ligados à obra musical, enquanto os titulares de direitos conexos estão ligados ao fonograma. Destaque-se que o fonograma é a fixação de sons de uma interpretação de obra musical ou de outros sons. Essa fixação em geral se dá em um suporte material, isto é, em um produto industrializado. Cada faixa do CD, DVD ou LP é um fonograma distinto<sup>183</sup>.

---

VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm)> BRASIL. Lei 9.610/98. Art. 105. A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm)>.

<sup>181</sup> DRUMMOND, 2014, p. 632.

<sup>182</sup> LEAL, SILVA E FERREIRA, 2015.

<sup>183</sup> LEAL, SILVA E FERREIRA, 2015.

Existem as diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas e científicas ou de fonogramas, sendo estas independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer dos demais<sup>184</sup>. Especificamente no mercado musical é necessária esta independência pois, para utilizar uma obra musical é necessária a autorização do autor/compositor e da editora, enquanto que para utilizar o fonograma, a autorização se estende aos intérpretes, aos produtores, aos arranjadores e à gravadora.

Interessa evocar que há na legislação brasileira seis possibilidades de utilização de obras intelectuais: (i) a gravação ou a fixação de obra intelectual ou de sua interpretação ou execução; (ii) a transcrição, a sincronização e a inclusão de obra intelectual em outra obra ou produto; (iii) a tradução ou a adaptação; (iv) a extração de cópias por qualquer forma ou processo, para fins de venda, locação e outros usos; (v) a representação ou a execução, comunicadas diretamente ao público ("ao vivo"); e (vi) a execução ou a distribuição por meio da comunicação indireta: por radiodifusão, por cabo, mediante a transmissão por satélite e pelo sistema de computadores.

Quanto à utilização do fonograma (toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual, art. 5º, inciso IX), a regra é a da obrigatoriedade de estampagem em cassetes, cartuchos, discos, CDs e outros suportes. Ademais, há que se observar a respeito da utilização de fonograma o que dispõe o art. 80 da Lei 9.610/98: "Ao publicar o fonograma, o produtor mencionará em cada exemplar: I - o título da obra incluída e seu autor; II- o nome ou pseudônimo do intérprete; III- o ano da publicação; IV- o seu nome ou marca que o identifique"<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> BRASIL. Lei 9610/98, Art. 31.

<sup>185</sup> BITTAR, 2019, p. 100.

### 1.1. Do regime jurídico das obras musicais na internet: aspectos conceituais, genealógicos e jurídicos

Segundo as investigações do escritor e pesquisador Rasmus Fleischer, a versão beta do serviço de streaming Spotify utilizou arquivos MP3 pirateados, pois, segundo a própria plataforma, durante o período de teste, “usariam as músicas que encontrassem”<sup>186</sup>. Wikström (apud Miguel Afonso Caetano, 2018) esclarece que o caminho percorrido até à celebração de acordos entre as partes envolveu, todavia, complexas e demoradas negociações que, deve-se enfatizar, decorreram desde a fundação do Spotify. A hostilidade por parte dos executivos das companhias discográficas era tão grande, diz ele, que se recusavam mesmo a experimentar eles próprios o serviço, quanto mais a licenciar as músicas dos seus catálogos.

Interessante referir que em 2008, em conjunto com a Merlin (associação representante das editoras independentes de discos), as quatro maiores companhias discográficas do mundo (Universal Music Group, Warner Music Group, Sony Music Entertainment e EMI) adquiriram em conjunto uma participação acionista de 18 por cento da plataforma<sup>187</sup>. Contudo, após significativo hiato temporal, isto é, somente no primeiro trimestre de 2016, o Spotify realizou um acordo para pagar os direitos autorais nos Estados Unidos junto à Associação Nacional Discográfica, que defende os detentores de direitos autorais no país. Ao realizar o acordo por 16 milhões de dólares, o

---

<sup>186</sup>ESTRELLA, Carlos Felipe. Versão beta do Spotify teria usado arquivos MP3 piratas. Adrenaline. Publicado em: 09 de maio de 2017. Disponível em: <<https://adrenaline.com.br/noticias/v/49585/versao-beta-do-spotify-teria-usado-arquivos-mp3-piratas>>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

<sup>187</sup>Merlin é uma agência de direitos digitais de abrangência mundial para o setor de selos independentes. Ele representa e atua coletivamente em nome de mais de 20 mil selos e distribuidoras presentes em 47 países. A empresa permite que os selos independentes tenham acesso efetivo a fluxos de receita digital. Além de representar os direitos perante o Spotify, Merlin também faz o licenciamento de: SoundCloud, YouTube Red, Spotify, Pandora, Google Play, Deezer, Vevo and KKBOX. Fonte: <http://www.merlinnetwork.org/what-we-do>.

Spotify afirmou ser “um passo crucial para melhorar a transparência no mundo da música e garantir que os compositores recebam seus direitos autorais”<sup>188</sup>.

Já em 2017 o Spotify fechou acordo global de licenciamento de direitos autorais com as 3 maiores gravadoras do mercado: Universal Music, Sony Music e Warner Music<sup>189</sup>. Ainda que os contratos de licenciamento tenham tornado o Spotify um serviço legal e, hoje obtenha ferramentas que identificam quem é o detentor dos direitos autorais, como as Mediachain Labs, para que não haja dúvidas em relação a propriedade, há subseqüentes críticas a sua inabilidade de reduzir o compartilhamento ilegal de arquivos e, em especial, aos seus pagamentos reduzidos aos compositores e artistas<sup>190</sup>.

No mesmo período, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que serviços de streaming, como Spotify e Apple Music, deveriam pagar direitos autorais ao ECAD, pois o entendimento dos ministros foi de que a transmissão via internet é um novo fato gerador da arrecadação de direitos autorais pelo ECAD, vez que se trata de exibição pública da obra musical<sup>191</sup>.

O relator da ação, Ministro Villas Bôas Cueva, lembrou que a Lei 9.610/98 considera como local de frequência coletiva onde quer que se transmitam obras musicais, como usualmente ocorre na Internet, sendo irrelevante a quantidade de pessoas que se encontram no ambiente de exibição musical<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup>Spotify alcança acordo sobre direitos autorais. EXAME. Publicado em: 18 de março de 2016. Disponível em: <<https://exame.com/tecnologia/spotify-alcanca-acordo-sobre-direitos-autorais/>>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

<sup>189</sup>Spotify faz acordo com a Warner Music. FORBES. Publicado em: 25 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://forbes.com.br/negocios/2017/08/spotify-faz-acordo-de-licenciamento-com-warner-music/>>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

<sup>190</sup>Spotify compra empresa para identificar dono dos direitos autorais de uma música. Canal Tech. Publicado em: 26 de abril de 2017. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/mercado/spotify-compra-empresa-para-identificar-dono-dos-direitos-autorais-de-uma-musica-92816/>>. Acesso em 10 de novembro de 2021.

<sup>191</sup>Serviços de streaming de músicas deverão pagar direitos autorais ao Ecad. STF. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/sites/portaldp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-02-09\\_17-46\\_Servicos-de-streaming-de-musicas-deverao-pagar-direitos-autorais-ao-Ecad.aspx](https://www.stj.jus.br/sites/portaldp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-02-09_17-46_Servicos-de-streaming-de-musicas-deverao-pagar-direitos-autorais-ao-Ecad.aspx)>. Acesso em 10 de novembro de 2021.

<sup>192</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.559.264-RJ. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ECAD. Recorrida: Oi Móvel S.A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em:

A decisão do STJ, ao reconhecer o caráter de execução pública no streaming de músicas via internet, é condizente com o entendimento adotado em diversos países<sup>193</sup>, tendo em vista o conceito de que a mera disponibilização de acervo musical pelo provedor já é ato suficiente para caracterizar a execução pública das obras protegidas por direito autoral. De fato, como a lei permite que o detentor dos direitos em um trabalho musical tenha o direito exclusivo de tocar esse trabalho publicamente, o Spotify teve que adquirir licenças múltiplas a fim de satisfazer os requisitos legais<sup>194</sup>.

Os principais fundamentos apresentados na decisão para configurar os serviços de streaming interativo como ato de execução pública foram:

- (i) com fundamento no art. 29, incisos VII, VII, alínea i, IX e X, a tecnologia streaming está enquadrada no âmbito das previsões normativas e, portanto, representa exploração econômica das obras intelectuais;
- (ii) o streaming, de acordo com os arts. 5º, inciso II, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei Autoral, está sujeito à mesma disciplina jurídica de outras espécies de utilização das obras intelectuais, como o rádio e a televisão, tão somente diferenciando-se destas pelo modo diverso de transmissão, que seria, portanto, pela internet e não por meio de radiodifusão;
- (iii) há a caracterização da internet e das plataformas digitais como local de frequência coletiva, por alcançarem número indeterminado e irrestrito de usuários em todo o planeta, elevando exponencialmente a capacidade de exploração econômica das obras;
- (iv) é consagrado no ordenamento jurídico o amplo direito de comunicação ao público e que o simples ato de disponibilizar a obra no ambiente digital já qualifica sua utilização como execução pública;
- (v) é irrelevante a eventual interatividade existente nos serviços de streaming como critério para definir se uma execução pode ser considerada como

---

<[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1584524&num\\_registro=201302654647&data=20170328&peticao\\_numero=201700072228&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1584524&num_registro=201302654647&data=20170328&peticao_numero=201700072228&formato=PDF)>.

<sup>193</sup> França, Alemanha, Espanha, Itália, Bélgica, Suíça, Reino Unido e outros. Fonte: Recurso Especial nº 1.559.264-RJ.

<sup>194</sup> DE JESUS E KAMELOT, 2018.

pública ou não, pois é o ato do provedor manter as obras disponibilizadas a todos e não a forma de utilização<sup>195</sup>.

Entretanto, tal decisão, em dissonância com as normas da Lei 9.610/98, possui partes equivocadas. A corte, nesse sentido, se equivocou ao tratar as plataformas de streaming da mesma maneira que as empresas de radiodifusão e considerar execução pública ao disponibilizar as obras em uma plataforma. Em outro giro, o voto do ministro Marco Aurélio Bellizze afirmou que ao disponibilizar uma obra musical via streaming afasta o conceito de distribuição e a mera reprodução não configura a execução pública<sup>196</sup>.

Por sua vez, para o ministro Marco Aurélio Bellizze, devem ser analisadas as características de cada plataforma, e não incluir todas elas, indistintamente, em uma mesma definição. A mera disponibilização de obras em uma plataforma que permita grande interação com o usuário, podendo este escolher as músicas a serem executadas e os momentos de execução, não pode ser equiparada, à luz da Lei de direitos autorais, a uma transmissão radiofônica em que o ouvinte não tem qualquer poder de escolha, ou à transmissão em bares e restaurantes<sup>197</sup>.

Ao comparar uma rádio, seja ela tradicional, via AM/FM, ou até mesmo via streaming, a rádio está vinculada a uma ideia objetivada e apoiada em uma instituição social, que permeia e, por outro lado, supera a edição de cada dia, a existência de uma emissora de rádio em particular, e do rádio em geral como uma instituição. Assim, não pode mais ser atrelada à natureza dos

---

<sup>195</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.559.264-RJ. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ECAD. Recorrida: Oi Móvel S.A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 08 de fevereiro de 2017.

<sup>196</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.559.264-RJ. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ECAD. Recorrida: Oi Móvel S.A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 08 de fevereiro de 2017

<sup>197</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.559.264-RJ. Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ECAD. Recorrida: Oi Móvel S.A. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63707218&num\\_registro=201302654647&data=20170215&tipo=3&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63707218&num_registro=201302654647&data=20170215&tipo=3&formato=PDF)>.

equipamentos de transmissão e de recepção utilizados para lhe dar vida, mas sim à especificidade do fluxo sonoro que proporciona e às relações socioculturais que a partir dele se estabelecem<sup>198</sup>.

Ao comparar com a plataforma Spotify, que “adota medidas razoáveis de cuidado e habilidade para manter o Serviço Spotify operacional e fornecer uma experiência de áudio personalizada e envolvente”<sup>199</sup> para os usuários, vislumbra-se que se trata de uma empresa de tecnologia que oferta fonografia customizada, com o objetivo não vinculados ao gozo e à fruição do direito à cultura, à promoção e à distribuição de música, ou uma rádio.

Oportuno admitir que, para que nova plataforma digital, que pretenda entrar no mercado musical de streaming, possa disponibilizar obras musicais aos usuários, necessita obter três tipos de licenças. Uma delas deve ser obtida com as gravadoras ou com as agregadoras, para quem são pagos os direitos conexos. A segunda licença precisa ser negociada com os titulares do Direito de Autor (compositor e/ou editoras), o que atualmente é feito principalmente por meio da UBEM, que é uma associação que contempla a maioria das editoras nacionais e internacionais, e, por isso, representa grande parte dos titulares das obras musicais (composições) no Brasil, mas pode ser feita também por meio dos agregadores, quanto às obras que estão sob o seu gerenciamento. E a última licença é obtida via ECAD, que por força da decisão do STJ, já mencionada, tem a legitimidade para a cobrança dos direitos sobre a execução pública das músicas dispostas nas plataformas de streaming<sup>200</sup>.

## **1.2. Da titularidade do direito de autor na indústria fonográfica**

No caso da obra musical, o autor é o compositor, o sujeito originário do direito de autor ou, no caso de haver mais de um autor, tanto compositores quanto

---

<sup>198</sup> MEDITSCH, 2010, p. 204

<sup>199</sup> SPOTIFY. Termos de Uso do Spotify. Disponível em: < <https://www.spotify.com/br/legal/end-user-agreement/#:~:text=Adotamos%20todas%20as%20medidas%20razo%C3%A1veis,de%20%C3%A1udio%20personalizada%20e%20envolvente>>. Acesso em: 27 de agosto de 2022.

<sup>200</sup> VALENTE, 2016.

letristas, institui-se a co-autoria, que legitima todos os co-autores ao exercício, em comum acordo, dos direitos morais e patrimoniais de autor<sup>201</sup>.

De acordo com Maurício Cozer Dias, citado por Fabio V. Figueiredo (2006), quando se fala em Direitos Autorais a expressão engloba Direitos de Autor, que no caso de obras musicais são os compositores. Bem como os Direitos Conexos, de que são titulares os artistas e intérpretes ou executantes, as produtoras fonográficas e as empresas de radiodifusão, nos termos dos dispositivos do diploma autoral.

Tamanho a importância da profissão, que, em dezembro de 2021, foi sancionada a lei que reconhece a atividade de compositor como profissão artística. De acordo com o teor da Lei 14.258/21, o compositor é o autor de obras musicais, com ou sem letra, que sejam expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, conhecido ou inventado no futuro<sup>202</sup>.

De pronto verifica-se que o compositor, que, por vezes, se confunde na figura do intérprete, não tem sido devidamente remunerado pela plataforma de streaming Spotify, tendo em vista que na distribuição dos valores arrecadados a título de Direitos Autorais, a maior fatia fica com gravadoras, editoras, agregadores, conhecidos como intermediários entre plataforma e autores<sup>203</sup>.

## 2. O Spotify

Tendo como fundadores Daniel Ek e Martin Lorentzon, na cidade sueca de Estocolmo, o Spotify surgiu em 2006 com o propósito de proporcionar uma nova forma experiência de ouvir música, inicialmente, de música pirateada<sup>204</sup>. O serviço de música digital, podcast e vídeo, está disponível

---

<sup>201</sup> LOSSO, 2008, p. 182

<sup>202</sup> NOBRE, Noéli. Sancionada lei que reconhece atividade de compositor como profissão. Publicado em: 06 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/835189-sancionada-lei-que-reconhece-atividade-de-compositor-como-profissao-artistica/>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2022.

<sup>203</sup> PIRES, 2018, p. 52.

<sup>204</sup> MOSCHETTA E VIEIRA, 2018.



para diversos dispositivos como computadores, telefones, tablets, alto-falantes, TVs e carros<sup>205</sup>. A plataforma fornece tais conteúdos por meio da transmissão instantânea de dados de áudio e vídeo mediante redes e o serviço notabilizou-se como streaming<sup>206</sup>. O lançamento da plataforma no Brasil ocorreu em maio de 2014, após meses de testes com um grupo limitado de utilizadores<sup>207</sup>.

Sendo a plataforma digital pioneira no fornecimento de acesso à música via streaming, hoje o Spotify possui um catálogo de mais de 70 milhões de músicas disponíveis<sup>208</sup>, ocupando, segundo pesquisa realizada pelo Midia Research, 31% da participação mundial no mercado global, do total de 523,9 milhões de assinantes até o segundo trimestre de 2021<sup>209</sup>. No Brasil, nos últimos 3 anos, a plataforma ocupa 60% do mercado de assinaturas plataformas de streaming, seguindo a Amazon Musica, Deezer, Apple Music e Youtube Music<sup>210</sup>. De acordo com o presidente da Universal Music Group, Sir Lucian Grainge, em uma conferência realizada em setembro de 2022, em Singapura, 100.000 (cem mil) faixas de músicas são adicionadas às plataformas de músicas todos os dias<sup>211</sup>.

O Spotify possibilita, via modelo freemium, o acesso às canções e aos podcasts de graça, porém, no plano gratuito a plataforma oferece o consumo de forma limitada em sua interação: músicas no modo aleatório e

---

<sup>205</sup> SPOTIFY. Disponível em: < <https://support.spotify.com/us/article/what-is-spotify/>>. Acesso em: 30 de agosto de 2022.

<sup>206</sup> FIGUEIREDO E BARBOSA, 2019.

<sup>207</sup> MOSCHETTA E VIEIRA, 2018.

<sup>208</sup> SPOTIFY. Disponível em: <https://artists.spotify.com/pt/blog/music-talk-expands-globally-heres-how-artists-are-using-it-to-connect-with> . Acesso em: 30 de agosto de 2022.

<sup>209</sup> Disponível em: <https://www.midiaresearch.com/blog/music-subscriber-market-shares-q2-2021>

<sup>210</sup> ABMI. Análise de Mercado da Música Independente no Brasil. Relatório 2019/2020. ABMI, 2020. Disponível em: < <https://abmi.com.br/wp-content/uploads/2020/12/relatorio-abmi-2020-v2.pdf> >.

<sup>211</sup> INGHAM, Tim. It's happened: 100,000 tracks are now being uploaded to streaming services like Spotify each day. Music Business World Wide. Publicado em: 08 de outubro de 2022. Disponível em: <https://www.musicbusinessworldwide.com/its-happened-100000-tracks-are-now-being-uploaded/>>. Acesso em: 10 de outubro de 2022.

propagandas de anúncios publicitários. Em outra modalidade, isto é, para a opção paga, não se tem anúncios e o acesso e funcionalidade são ilimitados<sup>212</sup>. Nessa modalidade as opções são plurímas: R\$ 19,90 por mês para planos individuais, R\$ 24,90 para contas “Duo”, R\$ 34,90 no plano “Família” e R\$ 9,90 para o plano “Universitário”. Todos esses valores sendo cobrados após de 3 meses de testes grátis<sup>213</sup>.

Ambas, de qualquer sorte, caracterizam-se pela coleta de grande quantidade de dados dos usuários para uma suposta personalização da experiência, tema que, a despeito de sua extrema relevância, não será central nessa investigação.

De mais a mais, de acordo com o estudo realizado pela Associação Brasileira de Música Independente (ABMI), no Brasil as faixas do Top 200 diários do Spotify do mercado brasileiro no período de 01/01/2020 a 31/13/2020 totalizaram 54,26% artistas vinculados a Manjors<sup>214</sup>, enquanto que 45,74% são independentes, enquanto que no período de 2019 houve uma alternância desta posição, na qual os artistas independentes ocupavam 53,52% dos Top 200 diários da plataforma, enquanto artistas vinculados a gravadoras e demais agentes do mercado possuíam 46,48%. Esta diferença se justifica por uma opção dos gestores em reduzir os custos e os investimentos diante da pandemia de COVID-19.

No segundo semestre de 2022 o Spotify reportou o aumento de 14% de assinantes pagantes e os ativos mensais aumentaram um quinto, para 433 milhões, com a perspectiva de atingir 450 milhões no terceiro trimestre, somando um aumento de 23% de sua receita<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> SPOTIFY. Disponível em: <<https://www.spotify.com/br/premium/>>. Acesso em 20 de agosto de 2022.

<sup>213</sup> SPOTIFY. Disponível em: <https://www.spotify.com/br/premium/> . Acesso em: 30 de agosto de 2022.

<sup>214</sup> Gravadoras musicais

<sup>215</sup> MUKHERJEE, Supantha. CNN. Spotify tem receita trimestral acima das expectativas, com salto em assinantes. Publicado em: 27 de setembro de 2022. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/spotify-tem-receita-trimestral-acima-das-expectativas-com-salto-em-assinantes/>> Acesso em: 15 de outubro de 2022.

No entanto, pode se estimar que a mais significativa despesa do Spotify é com os encargos decorrentes da propriedade intelectual. Em razão disso, estima-se que, atualmente, a empresa gasta 3,6 bilhões de euros apenas para pagar os royalties dos artistas e produtores de conteúdo que são tocados em sua plataforma<sup>216</sup>. Entretanto, a plataforma não explica como tal rateio entre os países e as gravadoras é realizado, trata-se de cláusulas contratuais entre particulares.

## 2.1. Conceito de streaming

Streaming significa “transmissão” em inglês. Há dois significados distintos para o streaming: um primeiro mais genérico, e de certa forma amplo, de mera transferência de dados e, portanto, fluxo de dados e/ou informações e que vem sendo observado como um procedimento técnico extra direito de autor. E um segundo significado, com maior ou menor variação semântica, mas que se refere à transmissão de obras e/ou interpretações. Sendo uma transmissão meramente de dados, poderia haver evidentes questionamentos no âmbito do direito de autor, sobretudo ao se analisar quais dados estariam sendo objeto de transferência e, em outro giro, a natureza e a titularidade dos bancos de dados que poderiam ser (em conjunto ou isoladamente)<sup>217</sup>.

O streaming musical gera dois tipos de receitas aos titulares de direitos autorais, arrecadados e distribuídos por fontes diferentes: i) de execução pública, advindos do ECAD, e; (iii) os direitos fonomecânicos (ou reprodução)<sup>218</sup>.

---

<sup>216</sup> LIMA, 2021.

<sup>217</sup> TAROCO E DRUMMONT, 2021.

<sup>218</sup> De acordo com o ECAD, há uma disposição geral sobre a divisão de pagamentos de direitos fonomecânicos das plataformas: 30% loja/players, 58% partes conexas; 12% autoral, sendo esses 12%, 3% é execução pública (ECAD) e 9% para a UBEM que possui acordo com a BackOffice.

## 2.2. Conceito de algoritmo

Os algoritmos, segundo HOFFMANN-RIEM, são escritos em linguagem digital processável por máquina e a respectiva tarefa é processada com a ajuda de um número finito de etapas individuais predefinidas. Típica é a estrutura determinística da programação. Na maioria dos casos. Os algoritmos individuais são partes de sistemas algorítmicos complexos. Eles consistem em software (programas) e hardware e muitas vezes estão ligados aos outros componentes de software<sup>219</sup>.

Algoritmos são usados para monitorar comportamento e interesses dos usuários de internet, prevendo as necessidades e ações futuras destes. Ao orientar nossas ações, determinam, entre outras coisas, o sucesso econômico dos produtos e dos serviços que são oferecidos. Eles formam a base técnico-funcional de novos serviços e de modelos de negócios que se sobrepõem ou, dizendo melhor, deslocam os modelos de negócios tradicionais<sup>220</sup>.

No caso do Spotify, o streaming é core business<sup>221</sup>. De Marchi explica que os algoritmos de cada plataforma vão contar os vetores de cada streaming, ou seja, o que uma pessoa escuta, quanto ela escuta, por quanto tempo ela escuta. Isso tudo perfaz uma experiência de streaming. Deve-se enfatizar que isso é atividade que diretamente toca ao mercado financeiro puro. A quantia paga para o titular de direito autoral varia a cada mês. Os vetores são calculados diferentemente pelos algoritmos na hora de fechar a cotação<sup>222</sup>. Logo, são imprescindíveis em quase todos os âmbitos sociais, mas especialmente para a comunicação digital e o modo de funcionamento das infraestruturas de comunicação apropriadas para tal, entre elas a internet<sup>223</sup>.

---

<sup>219</sup> HOFFMANN-RIEM, 2022.

<sup>220</sup> HOFFMANN-RIEM, 2022.

<sup>221</sup> IMPALA MUSIC, 2021.

<sup>222</sup> BARREIRO, Heloise e FRANÇA, Xainã. GRUVI. Desigualdade musical na era do streaming: algoritmos, visibilidade e remuneração Disponível em: <<https://www.gruvi.com.br/post/desigualdade-musical-na-era-do-streaming-algoritmos-visibilidade-e-remunera%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

<sup>223</sup> HOFFMANN-RIEM, 2022

### 2.3. O algoritmo de pagamento de direitos autorais do Spotify

Hoje, para que o artista receba U\$ 1,00 (um dólar) em streams, ele necessita ter no mínimo 250 streams<sup>224</sup>. Ou seja, o valor pago, em dólar, por cada reprodução em uma música é de US\$ 0,00348, o que não chega a um centavo de dólar. Estima-se ainda que sua concorrente, a Apple Music pague US\$ 0,00675 por stream, enquanto que a Deezer pague US\$ 0,00562 e Google Play: US\$ 0,00554<sup>225</sup>.

De acordo com a Union of Musicians and Allied Workers, uma entidade estadunidense que advoga pelos direitos de músicos, compositores, e outros produtores musicais, para que um criador musical conseguisse uma renda equivalente a US\$ 15 dólares por hora, salário médio na Califórnia, teria que alcançar 657.895 ouvintes mensais no Spotify<sup>226</sup>.

No ano de 2020 a perscrutação é que o Spotify tinha cerca de 7 milhões de artistas em sua plataforma. Desse total, apenas 13.000 ganharam mais de 50 mil dólares ou mais em pagamentos<sup>227</sup> e cerca de 0,0975% de todos os artistas da plataforma conseguiram gerar mais que 100 mil dólares no mesmo ano<sup>228</sup>. É importante destacar que, o acervo do Spotify é gigantesco e, o

---

<sup>224</sup>JACOB, Ennica. INSIDER. How much does Spotify pay per stream? What you'll earn per song, and how to get paid more for your music. Publicado em: 24 de Fevereiro de 2021. Disponível em: <[https://www.businessinsider.com/how-much-does-spotify-pay-per-stream?fbclid=IwAR0iNZtOOTyJ-SA0BcUdtH42JJRp-bc4\\_TJDxNOjXqRTm-NQWOCRY0MouPY](https://www.businessinsider.com/how-much-does-spotify-pay-per-stream?fbclid=IwAR0iNZtOOTyJ-SA0BcUdtH42JJRp-bc4_TJDxNOjXqRTm-NQWOCRY0MouPY)>. Acesso em: 27 de outubro de 2021. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

<sup>225</sup>BERTÃO, Naiara. Valor Investe. Plataforma de streaming cresce ao pagar até 50 vezes mais aos artistas que streamings tradicionais. Publicado em: 28/03/2021. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/objetivo/empreenda-se/noticia/2021/03/28/plataforma-de-streaming-cresce-ao-pagar-ate-50-vezes-mais-aos-artistas-que-streamings-tradicionais.ghtml>>. Acesso em: 27 de outubro de 2021.

<sup>226</sup>União Brasileira de Compositores (UBC). Spotify Estuda Melhorar Pagamentos, Enquanto Streaming Vira 'Salvação'. Publicado em 19 de abril de 2021. Disponível em: <<http://www.ubc.org.br/publicacoes/noticia/17922/spotify-estuda-melhorar-pagamentos-enquanto-streaming-vira-salvacao#:~:text=Uma%20fonte%20da%20UBC%20no,int%C3%A9rpretes%20e%20outros%20membros%20minorit%C3%A1rios>>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

<sup>227</sup>RAVANCHE, 2021.

<sup>228</sup>SMITH, 2021.

algoritmo não recomenda todas as músicas. A opacidade do sistema oferece pistas que precisam ser escrutinadas com minúcia.

Para que um novo artista obtenha êxito em ter sua obra executada, é necessário que, ou sua música esteja em alguma playlist sugerida pelo Spotify, como “descobertas da semana”, por exemplo, ou que o artista invista em marketing, atraindo seu público para a plataforma, para então gerar uma possível receita, receita esta que vem sendo questionada por músicos britânicos, que, ao encaminhar uma carta ao primeiro ministro Boris Johnson, apelam para que o governo altere a lei de copyrights de 1988<sup>229</sup>.

Tal sistema não se aplica à ordem jurídica brasileira. O sistema anglo-americano, desde o seu nascimento, está voltado para os aspectos econômicos e para a exploração da obra, por meio de sua reprodução, pertença ela a quem for, com base no princípio remuneratório do direito de cópia. Enquanto que nossa legislação está voltada para a pessoa humana, responsáveis pela evolução da cultura<sup>230</sup>.

Tanto desentendimento sobre o pagamento e o cálculo obrigou a empresa a lançar uma página “Loud & Clear” esclarecendo diversas questões sobre geração de receita, de renda e acerca do caminho percorrido até a conta bancária dos autores e artistas.

De acordo com a explicação da plataforma, o Spotify gera dinheiro para pagar os fonogramas de duas fontes: as assinaturas do Spotify Premium e com os anúncios do serviço grátis. Aproximadamente  $\frac{2}{3}$  desse dinheiro vai para os detentores dos direitos das músicas. A plataforma possui um fundo de

---

<sup>229</sup>The Rolling Stones and Sir Tom Jones call on UK Prime Minister Boris Johnson to fix streaming income for musicians and to put the value of music back “in the hands of music makers”. The Thichordist. Publicado em: 06 de junho de 2021. Disponível em: <<https://thetrichordist.com/2021/06/06/the-rolling-stones-and-sir-tom-jones-call-on-uk-prime-minister-boris-johnson-to-fix-streaming-income-for-musicians-and-to-put-the-value-of-music-back-in-the-hands-of-music-makers/>>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

<sup>230</sup> MELLO, Roberto Correa de. O copyright não cabe na ordem jurídica do Brasil. Consultor Jurídico (Conjur). Publicado em: 29 de maio de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-mai-29/roberto-mello-copyright-nao-cabe-ordem-juridica-brasil>>. Acesso em: 9 de junho de 2022.

royalties no país ou região, no qual os pagamentos são feitos com base em uma cota por streamings, e não em uma taxa fixa por streaming<sup>231</sup>.

O Spotify divide os royalties com base na cota por streamings de cada detentor de direitos autorais na plataforma. Esse dinheiro não é dividido com base em um valor fixo por streaming, porque os assinantes do Premium não pagam por streaming, e sim por uma assinatura. A cota por streamings é calculada mensalmente em cada país onde operam somando o número de vezes que as músicas de um detentor de direitos específico foram ouvidas e dividindo o resultado pelo número total de streamings nesse mercado <sup>232</sup>. É uma regra de três criada pela própria plataforma, basicamente.

Sabe-se que aproximadamente 70% da receita total é destinada aos royalties pagos aos selos de gravadoras (Record Labels) e aos detentores dos direitos autorais (Right Holders) e os 30% restantes são destinados ao próprio Spotify para gastos entre outros com banda larga (bandwidth) e infraestrutura<sup>233</sup>. Entretanto, não há um critério seguro, transparente, interpretável e perscrutável de como o repasse é feito aos artistas, nem da divisão feita entre os países.

A própria plataforma aponta no seu site que, de fato, não há uniformidade no valor pago nem aos artistas e nem, por outro lado, quanto à universalidade entre o que é pago entre países. Este valor é direcionado aos detentores dos direitos autorais, conforme cada acordo firmado com os selos ou os intermediários digitais, tornando impossível o autor saber quanto gerou de stream. Violando, e.g., o dever de explicabilidade e de oposição já consagrados no sistema jurídico pátrio, sobretudo a partir da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de dados (LGPD).

O Spotify, em decorrência disso, afirma “não acreditar em uma taxa por streaming”, pois não é interessante. Porém não aponta para quem não é

---

<sup>231</sup> SPOTIFY. Loud and Clear. <<https://loudandclear.byspotify.com/#money-flow>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

<sup>232</sup> SPOTIFY. Loud and Clear.

<sup>233</sup> PIRES, 2017.

interessante, mas confessa ser um problema e silencia quanto ao resto. Em vez disso, seu foco está em maximizar o número total de pagamentos que podem fazer a detentores de direitos, ou seja, gravadoras, arrecadadoras, distribuidoras e agregadoras de música.

Além das reformas, artistas brasileiros, à guisa de exemplo, protestam para receber U\$ 0,01 (um centavo de dólar) para cada play/reprodução, cerca de R\$ 0,05 centavos em real. Na prática, isso retiraria o controle da plataforma e transferiria para o público ouvinte, conhecido como modelo “user-centered”. Entretanto o presidente da Carlos Mills, presidente da ABMI já adiantou que “esse modelo iria melhorar para alguns, piorar para outros, mas não resolve o problema, que é pessoas ganhando centavos”<sup>234</sup>.

Para o economista-chefe do Spotify o modelo “user-centered” mudaria todo o jogo. Will Page, apontou em 2018 que “em ‘pro rata’, um artista está menos preocupado com a diversidade e simplesmente preferirá a plataforma cujos usuários mais transmitem suas músicas.

Em modelo ‘centrado no usuário’, importa admitir, os artistas preferem plataformas de streaming em que seus ouvintes exibam menos diversidade de gostos”. O streaming centrado no usuário, o objetivo seria garantir que os ouvintes passem o máximo de tempo possível com um artista específico, pagando por uma assinatura – já que o modelo pago teria um stream “mais caro” do que a versão gratuita. Não importando o número de ouvintes mensais da plataforma e sim, a audiência do artista. Conseqüentemente, este modelo não necessariamente traria mais dinheiro, mas, deixaria a transação mais cara afetando a distribuição dos royalties<sup>235</sup>.

---

<sup>234</sup>BRÊDA, Lucas. Artistas protestam para que cada ‘play’ pague um centavo de dólar no streaming. Folha de São Paulo. Publicado em: 21 de março de 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2021/03/artistas-protestam-para-que-cada-play-pague-um-centavo-de-dolar-no-streaming.shtml>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

<sup>235</sup> NAIANE, Laísa. Popilne Portal. Publicado em: 06 de fevereiro de 2021. Pagamentos no Streaming: entenda as diferenças entre os modelos “Pro-Rata” e “User-Centric”. Disponível em: <<https://portalpopline.com.br/pagamentos-no-streaming-entenda-as-diferencas-entre-os-modelos-pro-rata-e-user-centric/>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.



É necessário, por tanto, analisar o Spotify não como modelo de comércio e consumo de fonograma, ou seja, não só como criador - de ambientes externos a ele, de situações mercadológicas diferenciadas, de práticas usuárias de consumo. É preciso reconhecer o Spotify enquanto software<sup>236</sup>.

Para realizar essas façanhas de previsão algorítmica, bem como para vender publicidade direcionada, o Spotify acumula grandes quantidades de dados de seus usuários. Seu objetivo geral é engajar o máximo para obter lucro<sup>237</sup>.

Com base nessa governança algorítmica imposta pelo Spotify, os princípios culturais e o direito de fiscalização do aproveitamento econômico de artistas e compositores que fomentam a cultura nacional vem sendo negligenciados. A plataforma vem utilizando a tecnologia do streaming para, além de ditar a indústria musical e cultural, tornar toda a sociedade (artística ou não) dependente de sua existência. A empresa de streaming Spotify, que, por ser a maior empresa de plataforma de música do mundo, segundo The Trichordist, site especializado em direitos autorais, cria “bolhas” por interferências algorítmica, privilegiando uma parcela pequena de artistas, explorando economicamente suas obras, de forma tendenciosa, sem a devida remuneração aos artistas e compositores independentes e de menor alcance e, deixando de remunerar tantos outros<sup>238</sup>.

Para o CEO da plataforma, Daniel Ek, a solução para aumentar os valores de remuneração está na mão dos artistas. De acordo com uma entrevista concedida a Music Ally, “os músicos não podem gravar músicas uma vez a cada três ou quatro anos e achar que isso será o suficiente.” Trata-

---

<sup>236</sup> VIEGAS, 2020

<sup>237</sup> GINGERICH, Jonathan. Is Spotify Bad for Democracy? Artificial Intelligence, Cultural Democracy, and Law.

<sup>238</sup> JACOB, Ennica. INSIDER. How much does Spotify pay per stream? What you'll earn per song, and how to get paid more for your music. Publicado em: 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: [https://www.businessinsider.com/how-much-does-spotify-pay-per-stream?fbclid=IwAR0iNZtOOTyJ-SA0BcUdtH42JJRp-bc4\\_TJDxNOjXqRTm-NQWOCRY0Moupy](https://www.businessinsider.com/how-much-does-spotify-pay-per-stream?fbclid=IwAR0iNZtOOTyJ-SA0BcUdtH42JJRp-bc4_TJDxNOjXqRTm-NQWOCRY0Moupy). Acesso em: 27 de outubro de 2021.

se, segundo Daniel, “de criar um envolvimento contínuo com seus fãs.” Quanto as reclamações das remunerações Ek rebate afirmando que os artistas, em público, nunca estão contentes e não há incentivo para tal afirmação, mas em particular os artistas se dizem felizes e que os dados inequivocamente apontam que há cada vez mais artistas vivendo da própria renda<sup>239</sup>.

Os números demonstram que o CEO tem um fundo de razão. Segundo levantamento do Ecad, em 2020 (início da pandemia) o mercado mundial da música gravada conseguiu crescer 7,4% mesmo com todas as adversidades e muito graças aos streamings, que representaram 62% de todas as receitas geradas por essa indústria no mundo. No Brasil não é diferente, especialmente com os avanços na arrecadação dos direitos autorais<sup>240</sup>. Segundo a plataforma, a cidade de São Paulo é a cidade que mais descobre músicas novas, com 700 milhões de streaming de novo conteúdo, vencendo de cidades como Los Angeles, Londres e Paris.<sup>241</sup>

Se a plataforma veio com a intenção de encerrar a crise fonográfica de downloads, que de fato ocorreu nos anos 2000, a mesma deveria considerar em sua governança a transparência, as garantias técnicas relacionadas tanto aos algoritmos propriamente ditos quanto aos acordos firmados entre a plataforma e os selos internacionais e, por fim, a responsabilidade no caso de ilegalidades cometidas com base em decisões de algoritmos tendenciosos<sup>242</sup>. É necessário uma adequação ao sistema

---

<sup>239</sup> HAHNE, Stephanie. Tenho mais discos que amigos. “Façam mais discos”: CEO do Spotify fala sobre reclamações de pagamento. Publicado em: 31/07/2020. Disponível em: <<https://www.tenhomaisdiscosqueamigos.com/2020/07/31/ceo-spotify-mais-discos/>>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2022.

<sup>240</sup> ABRAMUS. Poder do Streaming. Publicado em 28 de fevereiro de 2022. Disponível em: <<https://www.abramus.org.br/noticias/19816/poder-do-streaming/>>. Acesso em: 15 de setembro de 2022.

<sup>241</sup> STORCH, Julia. Pesquisa revela os comportamentos dos ouvintes no Spotify. EXAME. Publicado em: 26 de setembro de 2022. Disponível em: <https://exame.com/casual/pesquisa-revela-os-comportamentos-dos-ouvintes-no-spotify/>>. Acesso em: 19 de outubro de 2022.

<sup>242</sup> De acordo com o presidente da ABMI, a indústria fonográfica ficou 15 anos em queda. Foi mais de US\$ 1 bilhão por ano. Fonte: Folha de São Paulo.

normativo brasileiro, em especial ao Código de Defesa do Consumidor, em relação aos termos de uso, a LDA, quanto ao pagamento de direitos autorais, a LGPD, no que tange ao uso dos algoritmos de usuários e músicos e a Constituição Federal/88, como garantidora de direitos fundamentais.

### **3. Considerações finais**

O tripé autoral é formado por compositores musicais, indústria fonográfica e sociedade/público. As normas de direito de autor têm como objetivo proteger a personalidade do autor por meio da efetividade das regras de direito moral, enquanto que as regras de direito patrimonial tem como intenção recompensar o esforço intelectual emanado do espírito do artista, além do investimento feito por produtores e gravadoras no produto final, que é a música. O resultado dessa equação é uma estrutura forjada em um sistema de economia criativa que, em síntese, perfaz uma nação culturalmente solidificada e enriquecida.

Inevitável alertar que a cultura tem um papel central na identidade e no livre desenvolvimento da personalidade, sendo essencial lembrar que ser humano é a única espécie que produz e consome arte, sobretudo música, portanto a música é necessária para os indivíduos não somente como entretenimento, mas como um potencializador de atividades vinculadas à cidadania. Igualmente interessar acostar que, dentre os diversos modos de expressão artística, a musica exerce um papel adicional, em razão do seu apelo indenitário e do baixo custo, para as classes e extratos mais pobres da população.

Pugna-se, nessa perspectiva, tanto a nível nacional quanto internacional, sobretudo por toda a classe musicista, por uma adequação a parâmetros algorítmicos transparentes, interpretáveis e oponíveis a fim de melhorar o pagamento feito pelo Spotify e de seus concorrentes. De outra banda, outros artistas e ativistas da indústria musical vêm pleiteando que haja um salário aos artistas que fazem parte da plataforma, afirmando que o

Spotify e demais plataformas são como uma espécie de rádio online. Porém, o que constatou é que são ideias equivocadas.

A primeira falha está que em uma norma especial, que se direciona a proteger indivíduos que criam obras artísticas, que tem como atividade profissional compor músicas, ou uma lei que visa negociar as cópias de uma obra que é o caso da Copyrights Law, não regulamentariam a governança algorítmica de uma empresa privada ou solucionariam as relações comerciais existentes entre plataforma, gravadoras e autores. O segundo equívoco está em comparar o serviço da plataforma com um rádio. O Spotify, não custa enfatizar, “adota medidas razoáveis de cuidado e habilidade para manter o Serviço Spotify operacional e fornecer uma experiência de áudio personalizada e envolvente”<sup>243</sup> para os usuários. Vislumbra-se, em razão disso, que se trata de uma empresa de fonografia customizada. Desta maneira, a sua atividade fim não é divulgar música, e sim ter o maior número de streams possível para coletar dados de usuários para futuramente comercializá-lo. Desta mirada, afirma-se que o rádio tem como objetivo a telecomunicação e o entretenimento.

A governança algorítmica do Spotify, por outro lado, é protegida por normas estadunidenses, que protegem o conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada e demais dados. Consequentemente uma nova lei de direitos autorais não alteraria ou regulamentaria o negócio jurídico entre as empresas de stream com titulares para adquirir a licença ou cessão de direitos autorais.

A questão é pungente e permanece em aberto, deixando a descoberto vários pontos que tangenciam, inclusive, a proteção de dados, a transferência de dados para o exterior e a composição de um quadro cultural absolutamente distante da realidade nacional, bem como servindo como mais uma forma de marginalização para os jovens talentos. Finaliza-se, de qualquer sorte, reforçando que a ideia de reforma da lei de direitos autorais

---

<sup>243</sup>SPOTIFY. Termos e condições. Disponível em: <<https://www.spotify.com/br/legal/end-user-agreement/>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2022.

é necessária e bem-vinda, tanto para o artista quanto para a sociedade, readequando-se as novas tecnologias de transmissão, execução e distribuição fonográfica existentes e futuras. Entretanto não se pode deixar enganar que uma norma futura ou a lei vigente determinaria a maneira que uma empresa de tecnologia de stream remuneraria de forma igualitária e “contemporânea”, como é pleiteado pela IMPALA, a todos os titulares de obras musicais que decidirem disponibilizar suas músicas pela plataforma.

Seria inocência não prever que tão logo uma nova lei fosse promulgada, a plataforma alteraria sua governança algorítmica, tornando as playlists mais complexas e diversificadas, enquanto que uma nova “Droit d’Auteur” visaria tão somente a proteção jurídica da tutela de autores e os que lhe são conexos, além dos limites e exceções de utilização de uma obra. A lei não acompanha o mercado e muito menos a criatividade humana. Contudo, a adequação ao sistema constitucional já garante um conjunto de direitos e de garantias que não podem sair do radar, sobretudo naquilo que afeta o vácuo legislativo.

## Referências bibliográficas

- ABMI. Análise de Mercado da Música Independente no Brasil. Relatório 2019/2020. ABMI, 2020. Disponível em: <<https://abmi.com.br/wp-content/uploads/2020/12/relatorio-abmi-2020-v2.pdf>>.
- ALVES, M. C. (junho de 2010). Direito de autor em perspectiva histórica: da idade média ao reconhecimento dos direitos da personalidade do autor. XIX Encontro Nacional do CONPEDI, (pp. 7986-8002). Fortaleza.
- ALZAMORA, G. C.; CORTEZ, N. M. P. Agenciamento semiótico e intersubjetividade: perfil do gosto e gênero musical nos ambientes de streaming de músicas online. REVISTA ECO-PÓS (ONLINE), v. 18, p. 205-213, 2015.
- ANDRADE, Camila Cardoso de. Regulamentação da profissão de músico: efetivo exercício do direito à liberdade de expressão ou limitação desse direito?. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5655, 25 dez. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68063>. Acesso em: 11 mar. 2022.
- ASSOLA, José Humberto Deveza. A transmissão de música via streaming como modalidade de execução pública: uma análise do julgamento do Recurso Especial 1.559.264/RJ. 2018. 74 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.
- BITTAR, Carlos Alberto, 1939-1997. Direito de autor / Carlos Alberto Bittar, revista, atualizada e ampliada por Eduardo C. B Bittar. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. DECRETO Nº 591, DE 6 DE JULHO DE 1992.
- BRASIL. DECRETO Nº 592, DE 6 DE JULHO DE 1992.
- BRASIL. DECRETO Nº 6.949, DE 25 DE AGOSTO DE 2009.
- BRASIL. DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992
- BRASIL. LEI Nº 12.343, DE 2 DE DEZEMBRO DE 2010.
- BRASIL. LEI Nº 9.610, DE 19 DE FEVEREIRO DE 1998.
- BRASIL. PLANO NACIONAL DE CULTURA. LEI Nº 12.343, DE 2 DE DEZEMBRO DE 2010.
- BRÊDA, Lucas. Artistas protestam para que cada 'play' pague um centavo de dólar no streaming. Folha de São Paulo. Publicado em: 21 de março de 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2021/03/artistas-protestam-para-que-cada-play-pague-um-centavo-de-dolar-no-streaming.shtml>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.
- CAETANO, Miguel Afonso. Spotify e os piratas: Em busca de uma "jukebox celestial" para a diversidade cultural. Revista Crítica de Ciências Sociais [Online], 109 | 2016, publicado a 18 maio 2016, consultado a 10 novembro 2021. URL: <http://journals.openedition.org/rccs/6311>; DOI: <https://doi.org/10.4000/rccs.6311>.

CASTRO, Angelita Gomes Freitas de.; SANTOS, Eduardo Rodrigues. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana como elemento estruturante do sistema de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988 e o direito fundamental à cultura. In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012, Uberlândia. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 13597-13624.

COSTA NETTO, José Carlos. Direito autoral no Brasil / José Carlos Costa Netto. - 3. ed.- São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CROSS, Alan. What technology comes after music streaming? Global News. Publicado em: 22 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://globalnews.ca/news/8125664/music-technology-streaming/>>. Acesso em: 05 de março de 2022.

DUARTE, Alan, & NEGÓCIO, Ramon. de V. (2022). Todos são iguais perante o algoritmo? Uma resposta cultural do direito à discriminação algorítmica. Direito Público, 18 (100). <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i100.5869>

HAHNE, Stephanie. Tenho mais discos que amigos. "Façam mais discos": CEO do Spotify fala sobre reclamações de pagamento. Publicado em: 31/07/2020. Disponível em: <<https://www.tenhomaisdiscosqueamigos.com/2020/07/31/ceo-spotify-mais-discos/>>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2022.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral Do Direito Digital: Transformação Digital: Desafios Para O Direito (2. Ed.). Rio De Janeiro: Forense, 2022. Web.

JACOB, Ennica. INSIDER. How much does Spotify pay per stream? What you'll earn per song, and how to get paid more for your music. Publicado em: 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <[https://www.businessinsider.com/how-much-does-spotify-pay-per-stream?fbclid=IwAR0iNZtOOTyJ-SA0BcUdtH42JJRp-bc4\\_TJDxNOjXqRTm-NQWOCRY0MoupY](https://www.businessinsider.com/how-much-does-spotify-pay-per-stream?fbclid=IwAR0iNZtOOTyJ-SA0BcUdtH42JJRp-bc4_TJDxNOjXqRTm-NQWOCRY0MoupY)>. Acesso em: 27 de outubro de 2021.

LOPES, Marcelo Frullani. STJ errou ao considerar streaming "execução pública". Consultor Jurídico. Publicado em: 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-28/marcelo-lobes-stj-errou-considerar-streaming-execucao-publica>>. Acesso em: 25 de novembro de 2021.

LOSSO, Fabio Malina. Os direitos autorais no mercado da música. 2008. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. doi:10.11606/T.2.2008.tde-28092009-082901. Acesso em: 2022-03-07.

MEDITSCH, Eduardo. A informação sonora na webemergência: sobre as possibilidades. de um radiojornalismo digital na mídia e pós-mídia. In: MAGNONI, Antônio Francisco;

CARVALHO, Juliano Francisco de (Org.). O novo rádio: cenário da radiodifusão na era digital. São Paulo: Senac, 2010. p. 203-238.

MELLO, Roberto Correa de. O copyright não cabe na ordem jurídica do Brasil. Consultor Jurídico (Conjur). Publicado em: 29 de maio de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-mai-29/roberto-mello-copyright-nao-cabe-ordem-juridica-brasil>>. Acesso em: 9 de junho de 2022.

MUKHERJEE, Supantha. CNN. Spotify tem receita trimestral acima das expectativas, com salto em assinantes. Publicado em: 27 de setembro de 2022. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/spotify-tem-receita-trimestral-acima-das-expectativas-com-salto-em-assinantes/>> Acesso em: 15 de outubro de 2022.

NAIANE, Laísa. Popline Portal. Publicado em: 06 de fevereiro de 2021. Pagamentos no Streaming: entenda as diferenças entre os modelos "Pro-Rata" e "User-Centric". Disponível em: <<https://portalpopline.com.br/pagamentos-no-streaming-entenda-as-diferencas-entre-os-modelos-pro-rata-e-user-centric/>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

OLIVEIRA, R. S. (01 de Dezembro de 2011). Direito Autoral: Evolução e funcionalidade. Fonte: Ambito Jurídico. Disponível em: <[https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/direito-autoral-evolucao-e-funcionalidade/#\\_edn2](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/direito-autoral-evolucao-e-funcionalidade/#_edn2)>.

PARANAGUÁ, P., & BRANCO, S. (2009). Direitos autorais. Rio de Janeiro: FGV.

REIA, J., & MIZUKAMI, P. N. (2015). Reformando a lei de direitos autorais: desafios para o novo governo na área da cultura. Revista Eletron de Comun Inf Inov Saúde, 1-6.

RICHARDSON, James, The Spotify Paradox: How the Creation of a Compulsory License Scheme for Streaming On-Demand Music Services Can Save the Music Industry (November 5, 2014). Available at

SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2557709> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2557709>

SANTINI, R. Marie; SALLES, D. . O impacto dos algoritmos no consumo de música: uma revisão sistemática de literatura. Signos Do Consumo, v. 12, p. 83, 2020. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.1984-5057.v12i1p83-93>.

SILVEIRA, S. A. (2020). Discursos sobre regulação e governança algorítmica. Estudos De Sociologia, 25(48). <https://doi.org/10.52780/res.13530>

SOLO, Alex, The Role of Copyright in an Age of Online Music Distribution (2014). 19 Media & Arts Law Review 169, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2462006>

SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos morais do autor. Civilistica, v. 2, p. 1-22, 2013.

SOUZA, Allan Rocha de; CASTRO, Raul M. R.. Direitos Autorais: entre o patrimonial e o existencial. In: XIX Encontro Nacional do Conpedi, 2010, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi.. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2010. p. 8003-8019.

SOUZA, Eduardo Riess R. de.. Comentários sobre os direitos morais do autor sob a égide existencial. Consultor Jurídico (CONJUR), 09 out. 2019.

THE THICHORDIST. The Rolling Stones and Sir Tom Jones call on UK Prime Minister Boris Johnson to fix streaming income for musicians and to put the value of music back "in the hands of music makers". Publicado em: 06 de junho de 2021. Disponível em: <<https://thetrichordist.com/2021/06/06/the-rolling-stones-and-sir-tom-jones-call-on-uk-prime-minister-boris-johnson-to-fix-streaming-income-for-musicians-and-to-put-the-value-of-music-back-in-the-hands-of-music-makers/>>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.



UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES (UBC). Spotify Estuda Melhorar Pagamentos, Enquanto Streaming Vira 'Salvação'. Publicado em 19 de abril de 2021. Disponível em: <<http://www.ubc.org.br/publicacoes/noticia/17922/spotify-estuda-melhorar-pagamentos-enquanto-streaming-vira-salvacao#:~:text=Uma%20fonte%20da%20UBC%20no,int%C3%A9rpretes%20e%20outros%20membros%20minorit%C3%A1rios.>>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

VALENTE, M. G. (2013, v. 1). Direitos autorais como comércio internacional: desafios políticos. Revista dos Tribunais.

VICENTE, E., KISCHINHEVSKY, M., & DE MARCHI, L. (Vol. 20, nº 1, jan-abr. 2018). A consolidação dos serviços de streaming e os desafios à diversidade musical no Brasil. Revista Eptic, 25-42.

VIEGAS, Carlos Alessandro Alves. SPOTIFY SOFTWARE DISFORME: a secundarização da interface gráfica como maturidade do software na tecnocultura / Carlos Alessandro Alves Viegas. - 2020.

WACHOWICZ, M., & VIRTUOSO, B. B. (2017). A gestão coletiva de direitos autorais e Streaming. P2P E INOVAÇÃO, [S. l.], v. 4, n. 1, 4-17.

WALLACH, Omri. Which streaming service has the most subscriptions?. World Economic Forum. Publicado em: 10 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2021/03/streaming-service-subscriptions-lockdown-demand-netflix-amazon-prime-spotify-disney-plus-apple-music-movie-tv/?fbclid=IwAR1OU2gRsfo16vp7z7yI9d3ellgEAqS4gvxuW0Ur2Ziv7sl43OmlRtu27rA>>. Acesso em: 02 de novembro de 2021.

WERMANN, L. Governança algorítmica e a proteção de dados pessoais. Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Orientador: Prof. Dr. Fabiano Menke. Porto Alegre 2018.

ZANINI, L. E. (Rio de Janeiro, v. 21, n. 40,). Direito de autor em perspectiva histórica: da idade média ao reconhecimento dos direitos da personalidade do autor. Revista SJRJ, 211-228.





# Parte II

Decisão Judicial,  
Retórica Argumentativa  
e Jurisprudência

# Da Argumentação das Decisões Judiciais: a Legitimidade do Juiz

**António Clemente**<sup>244</sup>

**Agnes Teixeira**<sup>245</sup>

## Resumo

Coube-nos a imensa tarefa de produzir o referido artigo científico sobre a importância da argumentação das decisões do juiz que confere legitimidade quer enquanto profissional de justiça quer enquanto parte do agregado social que ao decidir, tem de procurar conhecer não só as partes, mas também a sociedade. As decisões dos tribunais são fundamentadas nas formas previstas na lei, obedecem a várias razões extraídas do princípio do Estado de direito, do princípio democrático e da teleologia jurídico-constitucional, dos princípios processuais. Porém, sob o ponto de vista da juridicidade estatal, o dever de fundamentação explica-se pela necessidade de justificação do exercício do poder estadual, da rejeição do segredo nos atos do Estado, da necessidade de avaliação dos atos estaduais, aqui se incluindo a controlabilidade, previsibilidade, fiabilidade e a confiança nos atos do Estado. Enquanto justificação da ingerência na esfera individual, a fundamentação fortalece a legitimidade do poder judicial e confere transparência à administração da justiça, assumindo-se assim, e simultaneamente, como o verdadeiro e decisivo meio revelador da bondade da decisão e garante a vários níveis da sua sindicância. Não tendo sido uma invenção do Liberalismo, foi com a Revolução Francesa e na sequência dos princípios da separação de poderes e da legalidade que se consolidou a obrigação de fundamentação das decisões judiciais com o carácter garantístico e intimamente associado à função jurisdicional que lhe atribuímos atualmente. No mesmo sentido, Maria João Dias<sup>246</sup>, entende a legitimidade do poder judicial como tendo no seu pilar a argumentação jurídica.

## Palavras-chave

juiz, argumentação jurídica, legitimidade, boa decisão, procedimento processual.

---

<sup>244</sup> Mestrando em Direito Judiciário pela Universidade Europeia de Lisboa; Mestrando em Ciências Policiais na especialidade de Criminologia e Investigação Criminal pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna de Lisboa. Exerceu funções de docência na Universitário no Instituto Superior de Angola (ISA); Assessoria Jurídica no Comando de Proteção de Individualidades Protocolares e Chefou a Secção de Investigação e Diligências do Departamento Jurídico Comando de Proteção de Individualidades Protocolares (MININT).

<sup>245</sup> Mestranda em Direito Judiciário na Universidade Europeia de Lisboa; Pós-graduada em Corporate Finance na Faculdade de Direito de Lisboa.

(Dias, Maria João) <sup>246</sup> in, "A fundamentação do juízo probatório", conferir: Revista Julgar, n.º 13, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 181.

# Argumentation of Judicial Decisions: the Judge's Legitimacy

António Clemente  
Agnes Teixeira

## Abstract

We had the immense task of producing the referred scientific article on the importance of the argumentation of the judge's decisions, which confers legitimacy both as a justice professional and as part of the social aggregate, that when deciding, has to seek to know not only the parties, but also the society. The decisions of the courts are based on the forms provided by law, obey various reasons drawn from the principle of the rule of law, the democratic principle, legal-constitutional teleology, and procedural principles. However, from the point of view of state legality, this is explained by the need to justify the reasons for exercising state power, the rejection of secrecy in state acts, the need to evaluate state acts, including controllability, predictability, reliability, and confidence in the acts of the State. As a justification for interference in the individual sphere, the rationale strengthens the legitimacy of the judiciary and gives transparency to the administration of justice, thus assuming itself and simultaneously being a decisive means of revealing the goodness of the decision and guaranteeing at various levels its syndication. Not having been an invention of Liberalism, it was the French Revolution and the principles of separation of powers and legality that the obligation to state reasons for judicial decisions was consolidated and is closely associated with the jurisdictional function that we attribute to it today. In the same sense, Maria João Dias understands the legitimacy of the judiciary as having legal arguments as its pillar.

## Keywords

judge, judicial argumentation, legitimacy, good decision, processual proceedings.

## Introdução

A tarefa de decidir é das mais difícil que existe, que um humano pode ter, e é, ao mesmo tempo, um modo de decidir uma relação com o mundo, ou seja, uma forma de encetar a ação. Muito mais do que a obediência às normas jurídicas, está presente a produção judicial do próprio Direito e não é bastante, dizer que não só é necessário o conhecimento técnico, mas acima de tudo e fundamental a experiência da vida, as lições da escola da vida, o respeito as regras sociais. Existem métodos para otimizar o julgamento concedendo confiabilidade, mas o estudo sobre estes mecanismos de otimização tem sido continuamente desprezado. O mecanismo da decisão é dos mais complexos, o que funda uma decisão escapa em sua essência à Teoria e à Filosofia do Direito e enquadra-se mais profundamente na intimidade do agente da decisão cujo universo é preciso compreender. A autoridade que julga cumpre um dever de Estado e ao mesmo tempo exercita uma parte flexível de suas próprias obrigações e limites no isolamento de sua individualidade e sob o influxo de procedimentos que pendulam entre o conteúdo da decisão e sua exteriorização formal, a sentença.<sup>247</sup>

O tema argumentação judicial das decisões sobre o qual a presente reflexão pretende delimitar campos epistêmicos para o Direito enfrenta o problema da trama ilimitada de espaço que encerra o debate sobre a produção qualidade das decisões e objetiva contribuir para o avanço das

---

<sup>247</sup> Esta pesquisa, se inclina a visualizar o contexto crescente, complexo e sofisticado em que as Democracias ocidentais vêm testemunhando o acréscimo de exigências racionais para o aperfeiçoamento das instituições garantidoras de direitos. O progresso do conhecimento jurídico especializado inaugurou novos espaços de reflexão cada vez mais precisos em seus objetos e indeterminados em seus contornos epistemológicos. Com isso, a necessidade da luz sobre o problema da formulação da decisão judicial racional assume ênfase e ousadia, pois atravessa os limites da concepção positivista do conhecimento. Quanto à racionalidade e correção das decisões judiciais, a teoria da argumentação jurídica é uma grande ferramenta do neoconstitucionalismo, que é uma metodologia, inspirada em uma concepção pós-positivista, que tem como base a qualificação das regras e a sua distinção com relação aos princípios. Conforme essa teoria, e mais uma vez de realçar que o Direito não pode ser estudado como um produto acabado, criado pela ação legislativa, devendo ser visto como um processo no qual se chega à decisão judicial. Isso é feito não apenas através da análise dos aspectos jurídicos tradicionais, mas também das informações de outras ciências, como a Filosofia, Política, Sociologia, Teoria da Linguagem, etc. Os princípios ocupam lugar de destaque, sendo considerados como normas fundamentais de todo o ordenamento, efetuando a concretização da norma constitucional (DORICO, 2013).

bases de rigor teórico necessárias à constituição de uma Teoria da Decisão Judicial. Pretendemos refletir em específico na figura central do juiz, e passar em revistas todos aspetos relacionados com a boa decisão baseada na argumentação jurídica em Habermas, Kant, Max Alexy, Suarez, Perelman et al. Para realização do presente trabalho científico, propomos um estudo descritivo e conjuntamente exploratório. Descritivo porque o trabalho visa fazer uma fundamentação teórica pois isto é fundamental para o estudo bibliográfico, e no âmbito do objeto de estudo é (exploratório) empírico porque pretendemos avaliar as várias teorias a fim de encontrarmos os melhores mecanismos sociólogos, filosóficos ou jurídicos para atingir a boa argumentação da decisão judicial.

Como base metodológica firmamo-nos nos dizeres de: (Gil 2002, A Delimitação do Problema) (Da Formulação do Problema, Marconi & Sapatos, 2001, p.102). Com este artigo científico, incumbe-nos salientar o rito ao qual submete-se o julgador, no exercício da função judicial no momento anterior à sua pronúncia, enquanto ato solene final do juiz, sobre a questão de fundo que o vincula ao dever de fundamentação.

## **1. O Direito Como Produto Inacabado**

Direito não pode ser estudado como um produto acabado, criado pela ação legislativa, devendo ser visto como um processo no qual se chega à decisão judicial. Isso é feito não apenas através da análise dos aspetos jurídicos tradicionais, mas também das informações de outras ciências, como a Filosofia, Política, Sociologia, Teoria da Linguagem, etc. Os princípios ocupam lugar de destaque, sendo considerados como normas fundamentais de todo o ordenamento, efetuando a concretização da norma constitucional (DORICO<sup>2</sup>).

Toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada e explicada pela autoridade que a proferiu de forma clara, expressa e coerente, com a exposição das razões de fato e de direito que levaram ao convencimento quanto ao mérito ou à existência de óbices processuais que teriam impedido

a sua análise. Tudo isso para que a atividade judiciária seja transparente, permitindo o seu controle, para que as partes e terceiros possam compreender a decisão e, se for o caso, impugná-la.

Além de possibilitar que da decisão se recorra, a fundamentação é meio de se evitar que o juiz decida com base em suas impressões pessoais, o que daria margem para arbitrariedades.

Ao proferir decisão fundamentada, o magistrado estará a observar o dever de cooperar com as partes, a que o legislador processual civil ou penal ou administrativo desenhou um Campo extremamente para o juiz o exercício da sua função soberana se legitima respeitando as regras de processo as partes do standard da sociedade concreta e que, todavia, faz o controlo societário, mas também fará com o sistema judiciário se auto legitima. No mesmo sentido, para evitar que as partes sejam colhidas de surpresa, o juiz deve assegurar o prévio contraditório, caso surjam fundamentos novos que possam influir no teor do julgamento (com fatos ou direito supervenientes).

Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vista à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. A ausência de fundamentação entendemos que fere a garantia do princípio do contraditório princípio este indispensável e sacrossanto a nível das democracias ou do Estado novo. Por essa razão, o juiz deve fundamentar de forma completa a decisão que profere, deixando claras as razões que o fizeram julgar daquela forma.

## **2. Da Argumentação**

### **2.1. Conceito clássico de argumentação<sup>248</sup>**

O professor Antônio Suarez Abreu, em sua obra, (A Arte de Argumentar Gerenciando Razão e Emoção), nos orienta que argumentar é uma enorme arte de convencer e persuadir o auditório. Auditório é na visão de Suarez “O

---

<sup>248</sup> Jürgen Habermas nasceu a 18 de junho de 1929 em Gummersbach. É um filósofo e sociólogo alemão que participa da tradição da teoria crítica e do pragmatismo, sendo membro da Escola de Frankfurt. Dedicou sua vida ao estudo da democracia, especialmente por meio de suas teorias do agir comunicativo, da política deliberativa e da esfera pública.



auditório é o conjunto de pessoas que queremos convencer e persuadir". Este auditório depende muito das proporções, pois pode ser um juiz, uma plateia, uma nação e até todo o mundo.

Com efeito, Suarez afirma que a sociedade seria otimizada, produtiva e muito mais feliz, se nossa preocupação fosse em administrar melhor nossas relações pessoais, tanto no campo profissional até o pessoal. Porém, para se obter uma administração positiva e otimizada é necessário, sobretudo, saber conversar com estas pessoas, argumentar, para que haja uma verdadeira troca de informações com exposição de seus pontos de vista.

Com o conceito errado de Von Clausewitz, gênio militar alemão que usou argumentação para definir guerra, "argumentar é vencer alguém, forçá-lo a submeter-se à nossa vontade". Continua Suarez, sua afirmação que seja no âmbito familiar, no trabalho, desporto ou na política, "saber argumentar é, em primeiro lugar, saber integrar-se ao universo do outro". Como resultado desta argumentação, tem-se a obtenção daquilo que queremos, porém de modo cooperativo e construtivo. Argumentar para Suarez, é mais que convencer, é trazer nossa verdade, para a verdade do auditório.

## **2.2. Conceitos diversos sobre teoria da argumentação jurídica**

O conceito de argumentação jurídica para Perelman é o fundamento máximo de um meio de convencimento que não seja coercivo e nem tampouco arbitrário, mas sim que confere o sentido maior de liberdade humana que é condição "sine qua non" para o exercício de uma escolha racional. Para Alexy, a tese central da teoria da argumentação, consiste em considerar o discurso jurídico, a argumentação jurídica como um caso prático do discurso da moral. Para isso, usa o autor fontes variadas como diversas teorias da ética analítica, a teoria do discurso de Habermas<sup>3</sup>, a teoria da deliberação prática Earlangen e a teoria da argumentação de Perelman.

Contudo, a que mais influenciou o autor foi a teoria do discurso prático de Habermas.

Habermas faz uma ligeira distinção entre discursos, onde o orador precisa oferecer razões para fundamentar suas asserções que podem ser verdadeiras num discurso teórico ou que uma ação ou norma de ação seja correta, o que chama de discurso prático. Já argumentação de Habermas não encara que seja somente um encadeamento de proposições. Muito mais que isso, que seja uma interação com o auditório realizando verdadeira comunicação.

Para a teoria da argumentação de Toulmin, o que verdadeiramente importa, é a busca de um bom argumento. Ele conceitua argumentar como buscar um argumento válido, estudar suas estruturas e saber o que compõem estes argumentos.

MacCormick propõe argumentação jurídica harmônica, “no meio do caminho”. Tenta fazer uma ponte entre a razão prática Kantiana com o ceticismo humano. A finalidade de sua argumentação é a persuasão e isso acontece com argumentos justificados. MacCormick parte da premissa que alguns casos são decididos juridicamente por decisões de caráter estritamente dedutivo do juiz. Desta forma, estabelece pontes como exemplo, da teoria ultraracionalista do Direito como a de Dworkin com uma irracionalista como a de Ross. Acrescenta que a função de argumentação jurídica é essencialmente a de justificação.

### **2.3. O pensamento de chaïm perelman e a teoria da argumentação**

A Teoria da argumentação jurídica, está intimamente ligada a teoria do discurso, e a retórica antiga. Aristóteles já afirmava que na retórica eram compreendidas questões humanas, que nas ciências exatas se tornam impossíveis.

A retórica então era na antiguidade não somente entendida como a arte de falar em público, mas acima de tudo, a arte de persuadir, sendo usada de forma falada, perante uma multidão, normalmente em praças

públicas com o objetivo de persuadir e alcançar adesão da tese então exposta e defendida. Desta forma o objetivo da oratória é igual a qualquer argumentação, limitada a argumentação oral. Contudo, na oratória as argumentações são feitas no discurso oral e na argumentação jurídica o nosso artigo vai muito além disso.

Na retórica, afirmava Aristóteles, sua meta era a compreensão das questões humanas, onde impossível seria obter uma verdade absoluta ou cientificamente comprovada. Desta feita as demonstrações de ciências exatas se davam de uma outra forma, onde mais tarde fora obter o método científico.

### **3. Visão Histórica**

Para nos situar, a Teoria da argumentação jurídica nasce no contexto da Filosofia do séc. XX, mas precisamente a partir da década de 50. Vários autores da Filosofia do Direito trataram de postular sobre o assunto, dentre eles: Wittgenstein, Frege, Austin, Hare, Toulmin, Viehweg, Perelman, Apel e Habermas.

Destaque dentre estes autores a figura do jurista alemão Robert Alexy, que em 1978 elaborou uma teoria da argumentação jurídica, teoria esta que foi base e esteio para edição de várias obras sobre o assunto, tanto na Europa, EUA e América Latina.

### **4. Da lógica jurídica**

Inexiste consenso quanto à definição exata do termo Lógica. Entretanto, é possível esboçar algumas concepções gerais, que se referem ao termo, como: 1) estudo dos processos válidos e gerais pelos quais se atinge a verdade; 2) conjunto de regras do bem pensar ou do pensar correto; 3) ciência das leis do pensamento; 4) estudo dos princípios da inferência válida (implicação das premissas na conclusão). A pluralidade destas definições ilustra a diversidade de estudos que são abrangidos pela lógica, no qual se inclui o estudo do Direito.

Um sistema lógico estabelece um conjunto de axiomas, e regras de inferência, que visam representar formalmente o raciocínio válido. Tradicionalmente, lógica é também a designação para o estudo de sistemas prescritivos de raciocínio, ou seja, sistemas que definem como se "deveria" realmente pensar usando a razão, evitando-se o cometimento de erros. Ressalte-se que a aprendizagem da lógica, não constitui um fim em si. Ela só tem sentido enquanto meio de garantir que o pensamento proceda corretamente, a fim de se chegar a conhecimentos válidos. Na seara da argumentação, pode-se afirmar que a lógica trata da validade das conclusões, através da apresentação de premissas que a sustentam.

A distinção dos tipos de conhecimento pode ser feita a partir da distinção de cinco áreas: a) senso comum; b) técnica; c) ciência; d) filosofia; e) religião. Em todas elas há presença do Direito, apesar de seus níveis distintos (deve-se evitar o Direito baseado no senso comum e na religião, por exemplo). Parece mais adequado enquadrar os estudos sobre lógica jurídica na filosofia, ainda que seja influenciada, fortemente, por técnicas e por elementos da ciência jurídica. Esta localização ocorre porque, ao estruturar os encadeamentos de raciocínio, a lógica jurídica permite a crítica das práticas, das atitudes e das atividades dos operadores do Direito, tal como a filosofia.

Também tem como escopo, não taxativo, que justifica sua classificação como ramo da filosofia: a) conferir subsídios à avaliação do papel desempenhado pela ciência jurídica, e o próprio comportamento do jurista ante a ela; b) depurar a linguagem jurídica, expondo os conceitos filosóficos e científicos do Direito; c) esclarecer a teleologia do Direito, seu aspecto valorativo e suas relações com a sociedade e os anseios culturais; d) auxiliar o juiz no processo decisório, por meio da hierarquização e inserção de valores e noções institucionais, políticas e procedimentais; e) dimensionar a aplicação de direitos; f) proceder à discussão estruturada das bases axiológicas das práticas jurídicas.

## 4.1. Classificação da lógica

Para melhor compreensão do tema é importante que se identifique os diferentes tipos de lógica.

### 4.1.1. Lógica formal

A lógica formal consiste em uma forma de pensar, de conhecer e de organizar o raciocínio sem considerar o conteúdo. Trata-se de uma atitude de reflexão sobre a verdade ou falsidade de ideias e proposições. O raciocínio lógico-formal ocorre quando as premissas implicam na conclusão, formando o que é denominado inferência. A palavra, com origem no latim (*in ferre*, que significa "conduzir para"), é o ato ou efeito de admitir a verdade de uma proposição, que não é conhecida diretamente, em virtude da ligação dela com outras proposições, já admitidas como verdadeiras; é a passagem de uma proposição a outra que dela deriva, sem mediação.

Se as premissas são aceitas como verdadeiras, necessariamente, a inferência também será verdadeira. Assim, a lógica formal ocupa-se apenas com a validade das inferências, com a forma, e não com a veracidade das premissas e seu conteúdo.

Os lógicos não se ocupam da veracidade ou falsidade da proposição. Interessam-se apenas pela validade ou invalidade do argumento. Estudam, em outros termos, as condições segundo as quais se pode considerar lógica uma inferência, isto é, obediente aos princípios e regras do pensamento lógico. Por essa razão, inclusive, para propiciar maior agilidade no raciocínio, desenvolvem os lógicos uma linguagem própria, uma notação específica. Como não se preocupam com a realidade do que está sendo afirmado, os lógicos dispensam os 'mamíferos, asiáticos, Sócrates, ruminantes e tartarugas' e adotam uma ideia geral de 'ser' representada por letras (A, B, C....). O argumento lógico ganha, então, a seguinte forma: Todo A é B; todo B é C; logo, todo A é C.

Para que determinado raciocínio possa ser considerado lógico-formal deve, necessariamente, atender ao princípio da identidade (é a veracidade

das ideias, ou seja, aquilo que é, é: uma cadeira é uma cadeira, um livro é um livro, a vida é a vida), ao princípio do terceiro excluído (é a não contradição das ideias. Uma ideia ou é verdadeira ou é falsa, não existindo uma terceira possibilidade) e ao princípio da não contradição (nenhum pensamento pode ser ao mesmo tempo verdadeiro e falso).

#### **4.1.2. Lógica material**

É a subdivisão da lógica que determina as leis particulares e as regras especiais que decorrem da natureza dos objetos a conhecer. Trata da aplicação das operações do pensamento, segundo a matéria ou natureza do objeto a conhecer. Define os métodos das matemáticas, da física, da química, das ciências naturais, das ciências sociais (inserindo-se o Direito), etc., que são outras tantas lógicas especiais.

#### **4.1.3. Lógica dialética**

A dialética é um método de conhecimento que agrega o fato ao fenômeno, analisando-o dentro de um contexto universal. Essa metodologia analisa os contraditórios, conhece o que o objeto é a partir do que ele não é. O pensamento dialético conta com premissas prováveis e de ampla aceitação, enquanto o pensamento analítico, da lógica formal, utiliza de premissas verdadeiras e imediatas. É uma estratégia de troca de pontos de vista e críticas, teses e antíteses, na busca de melhores posições intelectuais, pela síntese. Consideram-se interpretações alternativas dos dados e evidências apresentadas.

#### **4.2. Lógica jurídica e a incompatibilidade da lógica formal**

No sistema lógico-formal, uma vez verificada a aceitabilidade das premissas, como verdadeiras, impõe-se a verdade da conclusão. A racionalidade conduz, nesta situação, a uma solução absolutamente verdadeira, sendo desnecessário aduzir argumentos que sustentem a única alternativa que emerge das premissas. Se não há outra possibilidade para que justificá-la a

argumentação, nesta situação, embora não desapareça, fica bastante comprometida.

Os juízos jurídicos são juízos de valor, resultantes de uma miríade de processos decodificativos, culturais, ideológicos, programáticos, psicológicos, sociais, lógicos, funcionas e interpretativos. Este conjunto de fatores, demonstra a incapacidade de reduzir a interpretação e aplicação do Direito a sistemas pré-ordenados de lógica formal, com suas características de impessoalidade, universalidade, autossuficiência e definitividade.

Todo e qualquer ramo de conhecimento, que tem como objeto o comportamento humano está sujeito, pelo contrário, à pessoalidade do estudioso, às limitações geográficas, a não suficiência, vez que interdisciplinar e à mutabilidade, diante das próprias metamorfoses sociais.

### **5. Do Raciocínio Jurídico - Teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy**

Robert Alexy começa em sua célebre obra "Teoria da Argumentação Jurídica", a reconhecer como unânime a ideia de que a aplicação das leis não se restringe apenas a subsunção lógica, a uma atividade silogística, sobretudo em razão de quatro motivos: i. a imprecisão da linguagem do direito; ii. a possibilidade de haver conflito entre normas; iii. a existência de casos que não possuam uma regulação jurídica pré-existente; e iv. possibilidade de decisões contra lei, em casos especiais.

Nesse contexto de indeterminação, quando o julgamento não segue a forma de silogismos, surge o problema fundamental da metodologia jurídica, qual seja: como esses julgamentos podem ser justificados?

Inicialmente tenta-se solucionar o problema por meio dos cânones de interpretação (gramatical, lógico, histórico, sistemático). Ocorre que até mesmo o número desses cânones é controvertido, bem como a existência ou não de hierarquia entre eles. Além disso, a imprecisão desses cânones representa outra dificuldade. Segundo Alexy: "uma regra como intérprete cada norma de modo que se cumpra seu objetivo' só pode levar a resultados

incompatíveis entre si, quando cada um dos dois intérpretes tem um ponto de vista diferente sobre o objetivo da norma em questão" (ALEXY, p. 18).

Com isso, Alexy não defende que os cânones não tenham valor, mas apenas que tais regras não são suficientes por si mesmas para justificarem os julgamentos jurídicos.

O autor também considera limitada a possibilidade de justificar as decisões em um sistema de valores e objetivos, pois "o sistema axiológico-teleológico em si não permite decisão única sobre o peso e o equilíbrio dos princípios jurídicos em dado caso ou sobre a qual valor particular deve ser dada prioridade em qualquer situação particular" (ALEXY, p. 19).

E é nesse contexto que Robert Alexy se propõe a responder a seguinte pergunta: "Como esses julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados"?

Um grande peso para o problema de legitimidade da regulação de conflitos sociais através de sentenças judiciais. Pois se os julgamentos têm como base julgamentos de valor e esses julgamentos de valor não são racionalmente fundamentados, então, no mínimo, em muitos casos as convicções normativas, respetivamente as decisões de um grupo profissional formam a base para essa regularização de conflitos, uma base que não pode sem tem mais nenhuma justificação (ALEXY, p. 20-21).

Tentando responder à questão, Alexy se propõe a desenvolver uma teoria normativa (que propõe e justifica os critérios para a racionalização do discurso jurídico) e analítica (contemplação que trata da estrutura lógica encontrada de fato ou nos possíveis argumentos) (ALEXY, p. 26).

Posteriormente, Alexy passa a descrever o que seria a tarefa da teoria do discurso, merecendo especial destaque esse trecho:

Podemos entender a tarefa da teoria do discurso precisamente como a de criar normas que, por um lado, sejam suficientemente fracas, portanto, de pouco conteúdo normativo, o que permite que indivíduos com opiniões normativas muito diferentes, possam concordar com elas – e, por outro lado, sejam tão fortes, que qualquer discussão feita com base nelas seja designada como "racional" (ALEXY, p. 28).



Mais adiante, afirma que a importância das regras da teoria do discurso, mesmo que só possam ser cumpridas por aproximação, reside no fato de poderem ser utilizadas como critérios para julgar a correção de afirmações normativas. Ou seja, as regras da teoria do discurso seriam um “instrumento crítico para excluir tudo o que não seja racional numa justificação objetiva, e/ou por tornar mais visível um ideal pelo qual valha a pena lutar” (ALEXY, p. 29).

A tese adotada explicitamente por Alexy é a da integração entre os argumentos jurídicos e os argumentos práticos gerais para justificação racional da decisão jurídica. Afasta-se, pois, da tese da subordinação, segundo a qual “sempre que houver casos em que a solução não possa ser derivada conclusivamente da lei, o discurso jurídico não passa de um discurso prático geral por trás de uma fachada jurídica” (ALEXY, p. 30). Também se afasta da tese da suplementação, para “a argumentação jurídica só pode ir até uma parte do caminho, chegando a um ponto em que os argumentos especificamente jurídicos não estão mais disponíveis. É aqui que deve intervir a argumentação prática geral” (ALEXY, p. 30). Robert Alexy,<sup>249</sup> é uma das

---

<sup>249</sup> A teoria da argumentação jurídica proposta por Robert Alexy engloba um conjunto de vertentes que versa desde a legitimação de um sistema de direitos humanos e fundamentais embasado na ética e na moral até uma teoria da argumentação prática geral que posteriormente é projetado no campo do direito. Para Alexy, a tese central da teoria da argumentação, consiste em considerar o discurso jurídico, a argumentação jurídica como um caso prático do discurso da moral.

Alexy não pretende de forma simplista elaborar uma teoria normativa da argumentação jurídica, isto é, que se distingua os bons e os maus argumentos, mas sim uma teoria que seja sobretudo analítica, que estude profundamente as estruturas dos argumentos e também descritiva incorporando elementos empíricos. Temos também a teoria discursiva da justiça editada por Robert Alexy, e suas questões sobre a legitimação moral do direito, que representa um assunto de muita importância para a compreensão teórica e prática do não positivismo jurídico defendido pelo autor. Neste trato vemos a necessidade de o Estado Juiz aplicar normas não convencionadas ou mesmo editadas para a formulação de sentenças ou de jurisprudências formando assim uma oportunidade de estudo onde versamos da necessidade de uma aplicabilidade moral e ética neste vazio legislativo. Neste momento então se faz necessário algumas considerações à sistematização teórica das características fundamentais da ética do discurso, exercício este que esclarecerá as relações entre o conceito não positivista de direito formulado pelo autor e o âmbito da moral. Este ponto é de suma importância para compreendermos que moral é pressuposta pelo autor quando discorre sobre diferentes modalidades, assim como a natureza-necessária ou contingente do relacionamento entre o direito e a moralidade. Com os pertinentes comentários de Adela Cortina em sua obra *Ética da discussão e fundamentação última da razão*, apresentaremos as seguintes características fundamentais que distinguem a ética do discurso de outras

figuras centrais e mais palpitantes da argumentação jurídica, pelo que em geral tornar-se impossível abordar a temática da argumentação jurídica sem abordar a sua teoria.

## **6. Critérios pragmático-formais de racionalidade para as decisões**

O Estado constitucional incorporou os ideais jurídicos ocidentais na garantia da expectativa de segurança e certeza para as relações jurídicas. Existe sempre a esperança de que cada decisão judicial deve se reconduzir aos princípios constitucionais democráticos, reafirmando o princípio da certeza jurídica.

Herbert Hart menciona a exigência mínima de standards morais de modo que ainda que, uma decisão judicial se submeta ao texto legal, a limitação formal não esgote todos os requisitos necessários, pois que os valores normalmente aceites devem ser respeitados.

---

abordagens contemporâneas sobre a ética no campo da filosofia política e moral. Como premissa básica, a ética do discurso é uma ética modesta, restrita ou minimalista. Esta ética não pretende abordar todas as questões práticas do discurso, mas somente a dimensão das normas morais, que para o autor são universalizáveis. Desta forma deixa de fora as questões ético-existenciais e ético-políticas que norteiam valores e dá autoridade aos indivíduos de terem uma sociedade estável, pacífica e o povo de viver dignamente. A teoria do discurso é, portanto, uma proposta teórica que se especializa em legitimar os direitos humanos e fundamentais que por sua vez compartilham com as normas morais sua pretensão de universalidade. A todo o momento estes direitos precisam ser repensados, oxigenados e aplicados ao caso concreto. O exemplo mais atual que podemos citar é o que define o direito a vida. Tanto em primeira instância como no Supremo Tribunal Federal têm-se longas celeumas sobre este direito, que acima de tudo é de caráter ético, moral e humanitário. Em suas decisões e interpretações têm-se verdadeiros conflitos normativos e jurisprudenciais, onde muitas vezes o caráter constitucional é abandonado e dado margem a uma interpretação de cunho jusnaturalista ou pessoal. Neste momento é de suma importância a prevalência da ética e da moral na aplicabilidade de tais decisões, pois se trata de normas que forma sobre tudo o Estado Democrático de Direito. Os direitos humanos assevera Robert Alexy, possuem as seguintes características: em primeiro lugar são direitos universais no que tange aos seus titulares e destinatários; em segundo lugar, são direitos morais, pois sua validade, fundamentada racional e moralmente, independe de positivação expressa; em terceiro lugar, são direitos preferenciais que conferem legitimidade ao ordenamento jurídico; em quarto lugar são direitos fundamentais, pois garantem e promovem interesses ou bens especialmente importantes para a autonomia pública e privada dos indivíduos; e por último são direitos abstratos, cuja determinação depende de ponderação ante o caso concreto e de concretização institucional através do Estado. Portanto temos os direitos humanos e fundamentais como o principal parâmetro normativo para aferição da justiça dos ordenamentos jurídicos no mundo contemporâneo e na aplicação de um direito positivo, dentro de uma lacuna onde ele inexistente, voltado à aplicabilidade da ética e da moralidade.

Considerando a ideia de racional como razoável de Perelman e de Aarnio, para se ter decisão racional é necessária a incorporação da Teoria dos Valores e da Teoria da Justiça.

Aulis Aarnio sustenta que a predicibilidade e a aceitabilidade são duas facetas entrelaçadas, uma formal e a outra substantiva, enquanto a primeira prescreve a racionalidade para os juízos jurídicos, a segunda caracteriza a extensão final desses mesmos juízos; em outras palavras, o requisito da formalidade, para ser dotado de correção, deve ser capaz de produzir um determinado conteúdo.

A Teoria da Decisão judicial e outras instâncias epistemologicamente adjacentes a ela no pensamento jurídico contemporâneo têm se dedicado ao debate sobre a problemática da racionalidade das decisões judiciais. Chaim Perelman adverte para a necessidade de satisfação a uma dupla exigência na prática judicial: a primeira, sistemática, concerne à valorização da coerência do próprio sistema; a segunda, pragmática, define a aceitabilidade das decisões. Ambas as exigências são fatores considerados imprescindíveis à jurisdição racional, equivalendo a critérios simultaneamente pragmáticos (aceitabilidade) e formais (certeza).

O Direito equilibra, então, a dupla exigência: formal e pragmática, concernente à valorização da coerência do próprio sistema e à aceitabilidade das decisões.

Assim sendo, não é a referência legal, isoladamente, que torna uma decisão racional, mas a aceitabilidade da solução concreta à qual ela se dirige. O problema da racionalidade da jurisdição diz respeito à satisfação simultânea da dupla exigência de Perelman. O mais importante, no resgate dos raciocínios judiciais, é a tentativa de fundamentar a própria concepção teórica da modalidade de raciocínios utilizados em Direito, o que constitui o objeto de estudo de sua Lógica Jurídica. Como visto, a obrigação de motivação das decisões judiciais é uma aquisição recente na História do Direito.

Plauto Faraco de Azevedo, em *Justiça distributiva e aplicação do Direito*, diferencia claramente Direito de lei, evidenciando a necessidade de submissão do juiz apenas ao primeiro e apontando a ideia de que escolhas de fundo filosófico são realizadas durante o processo judicial tendo em vista a neutralidade axiológica impossível no exercício da função jurisdicional.

Karl Larenz, em sua *Metodologia da Ciência do Direito* argumenta que o Direito positivo deve ser entendido apenas como um caminho para a realização da maior justiça possível.

Na tradição jurídica ocidental, nos limites do paradigma liberal do Direito, a certeza é, portanto, o revestimento formal da proteção jurídica oferecida pelo Estado, de modo que o substrato da legalidade é condição de reconhecimento na cultura ocidental. Contudo, a despeito da exigência da legalidade formal para as decisões judiciais, existe ainda um outro requisito qual seja a da sua razoabilidade, ou seja, a decisão deve ser não só legal como também aceitável. Para tanto, cada decisão deve resguardar valores respeitados pela Sociedade.

A certeza não é um atributo mental que possibilite quantificações percentuais, pois a certeza reproduz a convicção. Todavia, a certeza pode ser graduada porque também não conduz ao absoluto. O julgador pode ter formado sua convicção de plena certeza sobre a falsidade dos argumentos diante dos fatos, mas ainda possui, ao mesmo tempo, um forte grau de incerteza sobre o que imagina vir a ser a verdade dos fatos.

A atividade jurisdicional democrática nos Estados constitucionais revela a importância do controle de racionalidade das decisões judiciais, tomando como critério a sua razoabilidade. Ao decidir, o agente deve inexoravelmente apontar suas justificações, quais sejam, as boas razões que o sustentam.

O agente da decisão deve levar em conta o auditório a que a decisão se destina. Assim, pode sustentar-se a pretensão de racionalidade a ser satisfeita pela razoabilidade do decisório. A decisão judicial como linguagem normativa insere-se em um processo comunicativo que pressupõe a

intersubjetividade entre os membros de Sociedade real. A produção judicial do Direito configura assim o exercício de um poder da própria Sociedade, e assim sendo o Direito como fenômeno social é também fenômeno de decisão.

## **7. Posição do juiz no momento da decisão**

O trabalho do juiz é o de concretizar o dever constitucional a uma adequada e legítima

fundamentação das decisões judiciais, que deve ser racional, previsível, acessível e controlável, em contraposição a uma fundamentação livre, arbitrária, discricionária, solipsista, subjetiva, superficial e imprevisível. Para que isso, entretanto, seja efetivado, a decisão judicial deve se pautar em uma ótica racional, com a ponderação de princípios para a solução dos casos difíceis, o que é defendido pela teoria da argumentação jurídica.

Os juízes devem levar a sério a Constituição, não permitindo que os direitos fundamentais se tornem promessas constitucionais não cumpridas [...] devem fundamentar suas decisões em standards jurídicos objetivos, sem que, destarte, ajam arbitrariamente ou possam vir a se colocar no lugar dos legisladores [...] o órgão judicial, especialmente na imposição de políticas públicas, deve avaliar as consequências de sua decisão para o Estado Democrático de Direito, para a ordem pública, para a economia, para o exercício da cidadania e, enfim, para o bem-estar social (CAMBI, 2020, p. 447).

### **7.1. Qualidade da decisão do juiz**

O conceito de qualidade como referencial de serviço tem a sua origem no sector privado, tendo sido progressivamente introduzido no sector dos serviços e mais tarde no sector público. A importação ou transposição do referencial para o sector público trouxe, no entanto, algumas modificações ao próprio conceito, tendo em atenção as finalidades e especificidades daquele sector.

A qualidade como característica de um produto ou serviço pode definir-se como «o conjunto de características de uma entidade que lhe confere aptidão para satisfazer as necessidades exprimidas e implícitas».

Esta definição objetiva não deve assumir-se de um modo cego ou acrítico, na medida em que omite uma outra dimensão da qualidade, fundamental à compreensão global do conceito nomeadamente, quando se pretende a sua operacionalidade no sector público e especificamente no sector da justiça.

Trata-se da dimensão estratégica da qualidade, considerada como um processo de melhoramento que permite demonstrar as duas facetas diferentes: um resultado que deve ser avaliado e simultaneamente uma estratégia que importa dominar.

Esta dupla visão da qualidade — qualidade do bem ou do serviço e qualidade do processo de produção — transporta-se para o sector público, com algumas adaptações, de acordo com as especificidades decorrentes do interesse geral que a ele está subjacente. Invocar este interesse geral impõe a introdução de novos conceitos, como sejam a satisfação do utente, que passa a constituir um elemento essencial desse interesse geral.

Uma compreensão que apela à satisfação do utente implica uma maior atenção à própria legitimação do serviço público. Pode verificar-se aqui um primeiro ponto de conexão com a relevância da qualidade na administração da justiça: a sua importância como fator de legitimação do próprio poder judicial.

O cuidado a ter na abordagem de um conceito de qualidade para efeitos de monitorização do sistema de justiça decorre da necessidade de não «importar» cegamente conceitos dificilmente adaptáveis à justiça, que por essa via podem trazer conflitos para o interior do sistema, na medida em que não percecionam uma realidade própria.

No âmbito do sector da justiça, reconhecendo-se a quase impossibilidade de conceptualizar de um modo unívoco o que é a qualidade,

pode constatar-se uma dimensão «triangular» do conceito de qualidade, assente na eficácia, na ética e na legitimidade.

Importa, face ao objeto do trabalho, atentar na concretização da questão da qualidade no que tange à da decisão judicial a proferir no processo. O que é uma boa sentença? Como se avalia uma sentença de qualidade? Uma sentença de qualidade é compatível com que quantidade de trabalho?

Os indicadores de qualidade de uma decisão são difíceis de perceber e de conceber, variando de acordo com os diversos tipos de sistemas judiciais e também de acordo com os vários procedimentos.

Há, no entanto, indicadores absolutamente objetivos que são utilizados por várias perspectivas de abordagem da qualidade com tratamento diferenciadas.

Desde logo o processo que leva à decisão obedece hoje, no sistema europeu, a um conjunto de normas sem o cumprimento das quais não é possível, sequer, falar-se em decisão. Trata-se do conjunto de normas europeias resultantes do artigo 6.º da CEDH e que resultam na afirmação da existência de um processo sustentado na equidade, na igualdade de armas, no contraditório, na motivação das decisões, na celeridade.

Como é referido em vários documentos<sup>8</sup> não pode prescindir-se nesta matéria da eficácia, da celeridade e da existência de garantias que estão na origem do processo de decisão e que configuram o conceito de «processo justo».

Alguns autores, desenvolvem um modelo que permite avaliar o impacto da qualidade dos serviços fornecidos pelo sistema judicial sobre a utilidade das partes e, portanto, sobre a sua propensão a litigar.

A utilidade esperada por quem recorre à justiça depende, positivamente, do valor líquido que se espera receber e, negativamente da variância desse ganho, que reflete a incerteza quanto a ganhar ou perder a disputa e o tempo decorrido até que uma decisão seja tomada.

Assim a utilidade advinda do sistema de justiça é função do valor do direito em causa, dos custos envolvidos, da rapidez com que uma decisão é tomada, da imparcialidade do juiz, da taxa de juro, da previsibilidade das decisões e do tempo até que são proferidas. Um sistema que funcione bem deve, por isso, ostentar quatro propriedades: ser um sistema de baixo custo, com decisões justas, rápidas e previsíveis, em termos de conteúdo e de prazo.

Michel Benichou apela aos conceitos de «motivação» e de exequibilidade como elementos mensuráveis da qualidade das decisões, referindo para tanto que o utilizador do serviço público da justiça «não só espera que a decisão seja proferida no prazo indicado, mas também que seja motivada e executada».

Finalmente há que atentar nos mecanismos de recurso para apreciar a validação da decisão. Se «não é certo que se possa considerar a taxa de confirmação das decisões como indicador da qualidade das decisões» deverá, no entanto, ser essa taxa um dos itens passíveis de ponderar. Não poderá, de todo, ser o único.

Os vários interesses, por vezes contraditórios, subjacentes ao processo, as várias perceções dos intervenientes implicam que «a avaliação da qualidade do processo assente na utilização de diferentes indicadores de medição que por vezes colidem entre si».

Rapidez, justiça, previsibilidade e compreensibilidade da decisão são alguns dos fatores que podem consubstanciar alguns índices de qualidade a levar em conta na decisão.

## **8. Legitimidade**

A legitimidade de julgar está ligado ao respeito aos direitos humanos e fundamentais (dignidade da pessoa humana).

Max Weber vê a legitimidade como poder em três vias ou dimensões, e afirma que todo poder tem de ser legítimo. Sendo: Tradicional (àquele que sempre foi feito pelos antigos povos, vg: povos africanos através do poder tradicional ou costumeiro); Carismática (ligado a aceitação popular de uma



pessoa, indivíduos que tem alta popularidade); Legal ou racional é aquela que é fundada na lei, porque a lei já contém o elemento racional.

Logo a legitimidade está ligada ao prestígio por causa da fundamentação da boa decisão, daí que a função pública de julgar é monopólio do juiz e esta decisão legítima tem que seguir as regras do Processo, segundo Max. Ninguém pode exercer o poder jurisdicional ou judicial por usurpação.

A legitimidade do juiz analisa-se em várias perspectivas desde a sociológica, filosófica, histórica e jurídica dá-se os grandes nomes como Bergman, Max, Habermas, Kant, Alexy.

Se um juiz violar todos valores da sociedade e todos princípios constitucionais, este juiz perde a legitimidade.

### **8.1. Legitimidade do juiz**

A credibilidade do judiciário não está apenas na forma orgânica ou funcional de como está composta a jurisdição. A instância ou o sistema de justiça no concerne a política de justiça, mas na qualidade do indivíduo que vem a ser juiz, fica em causa como pré-requisito de aceitação pública como a vida privada, para essa profissão passa a ser objeto de análise ou avaliação, conforme a Sabatina nos Estados Unidos da América e no Brasil.

O que faz um bom juiz ou o juiz de prestígio não é só a boas técnicas ou conhecimento técnico a nível da esteira jurídica, acima de tudo e fundamental é que tenha experiência de vida, que ele traga essa experiência de vida para magistratura, sempre voltada a boa realização da Justiça, daí certas realidades do judiciário associam ou concebem o juiz como um homem maduro (mais velho) que tem uma vivência exemplar.

Nós não podemos pensar que o juiz extremamente técnico vai ser um grande juiz, mas o grande juiz, é aquele ao que mesmo tempo consegue abrigar o conhecimento técnico, mas também a escola da vida, o respeito pelas partes, pelas regras sociais, tem referência positiva na sua família, na sua origem, seja no trabalho, na religião na comunidade etc.

Do ponto de vista sociólogo o juiz é alguém bem formatado, esse sim tem base para decidir, porque muitas vezes a decisão não está nos contadores do direito, está antes nas regras de vivência ou experiência que esse juiz acumulou ao longo da sua vivência. O juiz o prestigiado é dedicado, respeitoso é aquele que vê a sua atuação como a razão dele viver. É aquele que é forjado ao longo da vida. Este juiz se legitima com a sua decisão quer a nível da sua profissão mais a nível da sociedade.

### **8.1.1. Legitimidade direta**

A legitimidade direta é aquela que deriva da constituição que diz que é o juiz e a sua função, logo o juiz é um órgão de soberania na visão de Montesquieu e do Estado novo, que reconhece a Tripartição dos poderes.

### **8.1.2. Legitimidade indireta**

Neste segundo momento é onde recai a crítica pública, que tem haver com a fundamentação das suas decisões. Logo o juiz se legitima com a sua decisão que não visa só ao requerimento como um bom profissional, mas que do ponto de vista social.

## **9. Metodologia**

A metodologia é um procedimento formal com método de pensamento reflexivo que requer um tratamento científico e se constitui no caminho para se conhecer a realidade ou descobrir verdades parciais (Marconi e Lakatos 1987).

Para realização do presente trabalho, em função dos objetivos propostos, faremos um estudo descritivo e conjuntamente exploratório. Descritivo porque o trabalho visa fazer uma fundamentação teórica pois isto é fundamental para o estudo bibliográfico, e no âmbito do objeto de estudo é de natureza empírica no concerne a abordagem. Desta feita esta pesquisa caracteriza-se como um estudo detalhado sobre um tema ou problema, realizado de forma sistemática e ordenada, com a finalidade de

proporcionar uma contribuição científica. Ou seja, para isso, é feita uma análise minuciosa e descritiva do objeto de estudo. Essa pesquisa terá interferência do pesquisador. A pesquisa exploratória é uma tentativa de conectar as ideias e fatores identificados para compreender as causas e efeitos de determinado fenómeno. Neste caso poder a doutrina e a jurisprudência para melhor declarar o tema. (Vergara, 2015).

Tendo em atenção ao problema (Legitimidade do juiz), o estudo apresenta uma abordagem Mista (Qualitativa e Quantitativa). E de acordo com Moreira (2007, p. 50), "o método qualitativo estuda a vida social no seu próprio quadro natural sem distorcer ou controlar".

### 9.1. Análise documental

A pretensão de recorrer à análise documental consiste em (...) "dar forma conveniente e representar de outro modo essa informação, por intermédio de procedimento de transformação. O propósito a atingir é o armazenamento sob uma forma variável e a facilitação do acesso ao observador, de tal forma que este obtenha o máximo de informação (aspecto quantitativo) com o máximo de pertinência (aspecto qualitativo)". (Bardin, 2009).

A utilização da análise documental, dar-se-á mediante à necessidade de recolher o maior número de informações que possibilitarão dar maior sustentabilidade à pesquisa, isto é, na intenção de confirmar e aclarar algumas questões inerentes ao tema.

### 9.2. Técnicas para a recolha da informação

A pesquisa bibliográfica e documental, efetuadas em fontes de informação nacionais e estrangeiras, tais como, Doutrina Jurisprudência, Livros, Revistas e seus artigos científicos, e artigos da Internet sobre a temática em apreço.

## 10. Conclusão

Em suma entendemos que o direito não é lugar do irracional, como também não é do racionalismo científico. As estruturas dedutivas, oriundas de um

modelo Kelseniano de direito puro, e as fórmulas deônticas não conseguem explicar a linguagem real do direito, nem a tomada de decisão. O lugar do direito é o do razoável, suscitado por uma dialética equilibrada entre formalismo e pragmatismo, entre legislador e juiz. A solução ou resposta adequada a determinado conflito, nasce da adaptação do estatismo da prescrição legal ao dinamismo da decisão judiciária.

Essa adaptação decorre da necessidade de se aplicar prescrições gerais e abstratas a situações específicas e reais. Entre a planificação de condutas (normas) e a solução efetiva de conflitos (decisão) se encontra um espaço de contornos bastante complexos, influenciado pelo contexto social. A questão de como aplicar o direito ao caso concreto não encontra resposta certa, inequívoca, inquestionável. Não é possível afirmar um critério definitivo e universal para esta indagação. Porém, é permitido afirmar que os fatos, as leis *lato sensu* e mesmo os conceitos de Direito, em geral maleáveis ou de conteúdo variável, se curvam ante a argumentação jurídica.

A doutrina, especialmente com a teoria da argumentação, revela uma investigação prática de padrões lógicos para a tomada de decisão e para a configuração dos conflitos. À luz da teoria da argumentação, o Direito, em sua aplicação jurisdicional contenciosa, não se exaure num ato puramente técnico, neutro e mecânico, como também não se esgota no racional nem prescinde de valorações e de estimativas. O Direito se forma com a implicação e exigência recíproca dos fatos, dos valores e das normas.

Em um Estado Democrático de Direito não é possível ficar indiferente às razões pelas quais ou ao modo através do qual um juiz toma suas decisões. A necessidade de fundamentação eficiente, desse modo, tanto interna quanto externa, assume status jurídico constitucional. Ante tal relevo conferido à necessidade de fundamentação, não se pode admitir que a simples menção das premissas, normativas e fáticas, cumpra a exigência de fundamentação das decisões judiciais, mas os aspectos histórico, antropológico e social devem ser tidos em conta pelo juiz que decide em nome do povo. Por isso adoção, pelo magistrado, de argumentos fortes e razoáveis nas decisões judiciais que

profere, construídos através de raciocínios lógico-jurídicos, não é o único passo a ser dado rumo ao constante aperfeiçoamento da democracia, ou seja, o juiz, todavia argumenta a justiça que aplica no caso a caso. É nosso entendimento no que concerne a técnica, o conhecimento e a ponderação é escopo basilar para o exercício da função judicial no momento antes da pronúncia "sentença", ato solene final do juiz sobre a problemática de fundo. A sentença é sempre uma decisão de mérito, sendo por tanto o principal ato jurisdicional.

No entanto, é um dos mais importantes, sensivelmente no âmbito do Judiciário, pois permite o controle de eventuais arbitrariedades, facilitando a organização metódica de uma comunicação clara e efetiva, voltada para a aprendizagem, para a persuasão e para o convencimento, especialmente em tempos de instantaneidade e grande alcance das comunicações. Daí a relevância e atualidade do tema do nosso artigo científico.

## 11. Referencias bibliográficas

- ALEXY, Robert, Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica, São Paulo: Landy Livraria Editora, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2.ª edição, Coimbra: Almedina Editora, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes / Moreira, Vital, Constituição da República Portuguesa anotada, Vol. II, 4.ª edição, revista, 2010.
- CARVALHO, José Tomé de, "Breves palavras sobre a fundamentação da matéria de facto no âmbito da decisão penal final no ordenamento jurídico português", in: Julgar, n.º 21, 2013, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 78-79.
- CUNHA, José Manuel Damião da, O caso julgado parcial. Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de natureza acusatória, Porto: Universidade, Católica Editora, 2002.
- CARMELUTTI, Francesco, Estúdios de Derecho Procesal, Vol. II, trad. Esp. De Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJE, 1952.
- CASTANHEIRA NEVES, António, Digesta, 2, Coimbra, Coimbra Editora, 1995;
- CHIOVENDA, Giuseppe, Instituições de Direito Processual Civil, Vol. II, São Paulo, Saraiva, 3ª. ed., 1969.
- CORTINA, Adela. "Ética da discussão e fundamentação última da razão". In: RENAUT, Alain. História da filosofia política 5: as filosofias políticas contemporâneas (após 1945). Lisboa: Instituto Piaget, 2000.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Lições preliminares de filosofia do direito. Coimbra: Almedina, 2009.
- DIAS, Marta, "A fundamentação do juízo probatório", in Revista Julgar, n.º 13, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 181.
- HABERMAS, Jürgen, Direito e Moral, Lisboa, Instituto Piaget, 1992.
- HART, Herbert. L.A. O conceito de Direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.
- KANT, Immanuel, Crítica da Razão Pura, tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, introdução e notas de Alexandre Fradique Morujão, Lisboa, F.C.G., 1985.
- KAUFMANN / HASSEMER, Arthur/ Winfried., Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Arthur., Filosofia do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KELSEN, H., Teoria Pura do Direito, tradução de Baptista Machado, Coimbra, Armênio Amado, 1984.

\_\_\_\_\_. O que é Justiça? – A Justiça, o Direito e a Política no Espelho da Ciência. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. A Ilusão da Justiça. São Paulo: martins Fontes, 1998.

MENDONÇA, Sara Daniela Figueiredo Resende, Em busca da fundamentação perfeita: A fundamentação da sentença penal numa perspetiva garantístico-constitucional, Dissertação de Mestrado Forense. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2014.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, Constituição da república anotada Tomo III: Organização do poder político garantia e revisão da constituição disposições finais e transitórias artigos 202.º a 296.º, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PERELMAN, Chaïm. Le champ de l'argumentation. Bruxelles: Presses Universitaires de Bruxelles, 1970.

PERELMAN, Chaïm, Tratado da argumentação. A nova retórica, 2.ª edição, trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo: Martins Fontes [Em linha] [consultado a 23 de julho de 2016]. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/71358738/TratadoDa-Argumentação-A-Nova-Retorica-Chaim-Perelman-e-Lucie-Olbrechts-Tyteca>.

SILVA, Germano Marques da Direito processual penal: Do procedimento: Marcha do processo, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

TARUFFO, Michele, La motivazione della sentenza civile, Padova: Cedam, 1975.

# A Interpretação Jurídica em Tempos de Pandemia e as Restrições a Direitos Subjetivos

**Maria Cláudia Cachapuz**<sup>250</sup>

## Resumo

O texto trata do desafio de decidir-se corretamente, por meio da interpretação jurídica, em tempos de pandemia. Numa primeira parte, aponta a necessidade de cuidado no avanço dos argumentos, justamente pela possibilidade de que se estabilizem situações jurídicas consolidadas para futuro. Reconhece que toda a argumentação adotada a uma realidade excepcional nova acaba por dificultar, conforme a passagem do tempo, o próprio retorno ao que se tinha como estável em termos jurídicos antes da situação de excepcionalidade e pode, em realidade, comprometer a própria coerência do sistema jurídico para futuro. Numa segunda parte, aborda o panorama das diferentes correntes de pensamento filosófico da modernidade – e matriz aristotélica, kantiana e utilitarista –, identificando os reflexos de cada uma à interpretação e à construção das fontes normativas. Por fim, analisa o caso da decisão proferida liminarmente na Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada no Estado do Rio Grande do Sul, para afastar dois artigos de lei de um Decreto Municipal que restringia direitos individuais de circulação pública.

## Palavras-chave

interpretação jurídica; restrições; direitos subjetivos; pandemia.

---

<sup>250</sup> Doutora em Direito pela UFRGS. Professora de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Magistrada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.



# Legal Interpretation in Pandemic Times and the Limits of Civil Rights

**Maria Cláudia Cachapuz**

## **Abstract**

The text deals with the challenge of deciding correctly, through legal interpretation, in pandemic times. In the first part, it points out the need for care in advancing the arguments, precisely because of the possibility of stabilizing consolidated legal situations for the future. Recognizes that all the arguments adopted for a new exceptional reality hinders, as time went by, the return to what was considered to be legally stable before the exceptional situation and may, in reality, compromise the system's own coherence for the future. In a second part, it approaches the panorama of the different ways of philosophical thoughts in modern times – of Aristotelian, Kantian and utilitarian matrix -, identifying the reflexes of each one to the interpretation and construction of normative sources. Finally, it analyzes the case of the decision handed down preliminarily in one ADI of State of Rio Grande do Sul, to rule out two articles of law of Municipal Decree nº 6.300 that restricted civil rights of public circulation.

## **Keywords**

legal interpretation; limits; civil rights; pandemic times.

## Introdução

Interpretar e aplicar corretamente as normas jurídicas a uma determinada realidade fática imposta em sociedade é das atividades mais complexas reservadas ao operador do Direito na prática jurídica. Quando isso é proposto em período de excepcionalidade histórica, política, sanitária e também jurídica – porque existente um estado de pandemia em termos universais –, a tarefa se afigura ainda mais tormentosa ao intérprete. É que não se trata do estabelecimento de relações de interpretação puramente lógicas ou fundadas em suficiente pré-compreensão quanto a categorias e institutos que possam ser observados, de forma segura, ao estabelecimento de um marco de significados ao texto<sup>251</sup> do qual se parte à interpretação. Há, desde logo, incertezas fáticas e jurídicas a serem consideradas frente aos desafios de aplicação impostos e, em regra, uma ausência significativa de espaço e tempo para a organização e construção de juízos deontológicos seguros. Portanto, decidir em tempos de pandemia é uma atividade de risco considerável.

Isso, no entanto, não autoriza o intérprete a abandonar o compromisso de busca de uma solução jurídica com pretensão de correção em nome de uma discricionariedade oportuna. Também não é momento para que o enfrentamento dos problemas com repercussões jurídicas seja feito de forma meramente retórica. Como refere Atienza, não pode se tratar da pretensão de simples persuasão a um auditório<sup>252</sup> de forma a convencê-lo, a partir de determinadas variáveis, acerca de uma determinada realidade. Deve antes traduzir o compromisso de construção racional a partir de determinadas condições explícitas de enfoque, apontando quais elementos e quais critérios se tornam relevantes para identificar aquilo que é próprio à interpretação do caso e aquilo que adquire relevância para o estudo que se pretende desenvolver – inclusive numa perspectiva temporal e em caráter precário. Até porque, toda a argumentação efetuada, mesmo que justificada por uma urgência específica, vincula para futuro e, como bem apontado por

---

<sup>251</sup> GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

<sup>252</sup> ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 111.

Habermas, passa a condicionar o alcance de novas “margens de decisão”<sup>253</sup> a partir da experiência concreta.

O desafio de interpretar-se em tempos de pandemia, por consequência, exige do intérprete que tenha claro que as funções típicas aos enunciados dogmáticos devem ser testadas exaustivamente, seja para a construção da realidade normativa nova, seja para a aplicação distintiva feita à situação excepcional proposta a exame. Assim, quando se contrapõe uma situação de progresso do argumento frente ao que se tem por estável pelo ordenamento jurídico, é necessário que o intérprete compreenda que o avanço desse argumento – que pode significar, inclusive, situação de retrocesso a liberdades ou a situações de igualdade no plano jurídico –, em termos gerais, condiciona para futuro as decisões que venham a ser tomadas para casos assemelhados, exigindo, em caso de retorno à normalidade, um trabalho de descarga argumentativa suficiente para a reconstrução da situação de estabilidade jurídica antes existente. Ou seja, toda a argumentação adotada, para fins de interpretação, a uma realidade excepcional nova acaba por dificultar, conforme a passagem do tempo, o próprio retorno ao que se tinha como estável em termos jurídicos antes da situação de excepcionalidade e pode, em realidade, comprometer a própria coerência do sistema jurídico para futuro.

### **1. Sobre fontes e restrições subjetivas**

Não por outra razão é fundamental que se tenha como claro que o sistema jurídico não se constrói para situações de instabilidade jurídica. Todo o esqueleto de observação à legitimação do Direito, a partir de fontes normativas, tem por escopo gerar segurança jurídica, e não o contrário. Moreso e Vilajosana, ao tratarem de distinguir e classificar as diversas concepções do Direito, apontam que descabe se compreender que toda a discussão quanto a modelos de fontes jurídicas vise apenas ao estabelecimento de determinadas etiquetas fundadas em disputas filosóficas. Antes disso, deve se traduzir como “análisis crítico de los

---

<sup>253</sup> HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 18.

argumentos que son usados en la defensa de las respectivas tesis"<sup>254</sup>.

Em termos mais amplos, corresponde ao que Gottlieb Fichte referiu ser a gênese crítica em relação à origem da linguagem e ao desenvolvimento de uma capacidade linguística ao ser humano. Para o autor, quando se pretende estudar sobre a origem de uma língua formal, não se pode recorrer a simples hipóteses ou a ilações discricionárias a partir do que se poderia, sob circunstâncias especiais, ter como fonte originária de uma determinada língua. Principalmente, quando existente, nessa pretensão de análise, a extração de probabilidades investigativas a respeito de propriedades específicas de um determinado fenômeno social: "Hay que deducir de la naturaleza de la razón humana la necesidad de este descubrimiento"<sup>255</sup>.

Daí a lógica construída por Aguiló quando destaca que, na perspectiva da interpretação, a ideia das fontes "está en el centro del problema de la identificación del derecho"<sup>256</sup>, na medida em que permite identificar não apenas aquilo que é característico ao Direito, como aquilo que diz respeito à sua forma especial de tornar distinto o que é jurídico. Reconhece que há perspectivas diferenciadas de onde parte o intérprete para compreender o fenômeno jurídico – inclusive para momentos de excepcionalidade –, seja porque valora de forma distinta o que é fonte jurídica, seja porque nem mesmo identifica como existente um caráter definitivo ao que efetivamente se caracterize como elemento distintivo da juridicidade do fenômeno social. Por isso, ao buscar um esquema distintivo das fontes, Aguiló refere que a origem do Direito corresponde, no mínimo, a três tipos de discursos ou enfoques diferentes:

El primero es un discurso do tipo explicativo que trata de presentar los fenómenos jurídicos como una especie dentro de los fenómenos sociales y que ha entendido la pregunta por el origen del derecho en el sentido de las `causas sociales` que explican la génesis de los fenómenos jurídicos. El segundo es un discurso de tipo justificativo donde por origen se entiende no

---

<sup>254</sup> MORESO, J.J.; VILAJOSANA, J.M.. Introducción a la teoría del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2004, p.192.

<sup>255</sup> FICHTE, J.G. Sobre la capacidad lingüística y el origen de la lengua. Madrid: Tecnos, 1996, p. 11.

<sup>256</sup> AGUILÓ REGLA, Josep. Fuentes del derecho. In: LAGIER, Daniel (Org.) Conceptos básicos del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 151.

las causas que explican, sino los 'fundamentos de la obligatoriedad' del derecho: por qué obliga el derecho? De donde proviene su obligatoriedad? Aquí el derecho se presenta no tanto como una especie dentro de los fenómenos sociales, cuanto dentro de otros fenómenos prácticos, especialmente la moral. Y el tercer tipo de discurso, que podríamos llamar sistemático, ha tendido a afirmar el carácter autónomo de los fenómenos jurídicos; y así, frente a los otros dos discursos, ha venido a sostener el origen jurídico de los fenómenos jurídicos. Según este enfoque, es un tipo de orden normativo que se autorregula: contiene normas jurídicas que regulan la producción de otras normas jurídicas<sup>257</sup>.

Isto representa observar, como explicitado por Aguiló, que tem razão Alf Ross ao afirmar que, dentre as fontes do Direito, deve se agregar a compreensão de que é também fonte o "conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que este basa su decisión"<sup>258</sup>. E se isso é igualmente possível, não há dúvida de que se poderia questionar quanto a um evidente relativismo em relação à unidade do sistema jurídico e à própria identificação autônoma do Direito como Ciência Jurídica – o que torna ainda mais complexa a relação de interpretação em tempos de pandemia.

O debate proposto quanto a uma relativização das fontes, todavia, não afasta a unidade do sistema jurídico ou o seu sentido de integração, mas antes o confirma numa medida distinta. Ou seja, permite que se confirme, por meio da justificação racional oferecida a cada teste proposto pela situação de estudo do caso – e sempre numa dimensão prática, voltada ao caso –, a própria razão de ser do sistema jurídico em termos ideais. Quando se tratar da análise de um caso considerado fácil, o sistema das fontes jurídicas confirma a solução numa atividade coordenada pelo exercício da subsunção, oferecendo uma resposta potente desde logo. Quando a perspectiva de análise é a partir da proposta de um caso considerado difícil ou complexo - próprio a uma situação distintiva de excepcionalidade e a título precário, como em situações de pandemia - o sistema, aparentemente insuficiente para dar respostas, deve ser confirmado pela

---

<sup>257</sup> AGUILÓ REGLA, Josep. Fuentes del derecho. In: LAGIER, Daniel (Org.) Conceptos básicos del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 150.

<sup>258</sup> ROSS, Alf. El concepto de validez y otros ensayos. México D.F.: Fontamara, 2014, p. 75.

racionalidade apresentada pelo intérprete a partir de mecanismos de controle internos e externos que autorizem a escolha de uma resposta correta entre tantas que se apresentem para o caso. Portanto, confirma a própria segurança de aplicação do sistema jurídico por meio de um modelo de fontes: “Pues las fuentes son, en este sentido, las razones relevantes que quien decide puede alegar en favor de la decisión considerada correcta”<sup>259</sup>. A questão que segue em aberto, por consequência, é relativa à atividade de saber como construir esta racionalidade em tempos de pandemia ou de excepcionalidade e em que medida ela se configura no próprio sistema ou com o auxílio de elementos externos. E, sendo esta a hipótese, saber que elementos são esses e a forma como o intérprete, ao identificá-los, posiciona-se, racionalmente, para garantir correção à escolha de uma solução jurídica para o caso concreto, confirmando a própria unidade e integração do sistema jurídico.

Para se chegar a tal compreensão, não basta, contudo, apenas reconhecer a aproximação do direito à moral por meio da fundamentação de decisões práticas. Como aponta Alexy, “se podría opinar que si bien quien entra en discusiones sobre la corrección de sus expresiones plantea esta pretensión, se puede sin embargo perfectamente expresar opiniones morales sin esta pretensión”<sup>260</sup>. Fundamentos de ordem moral por si só, conforme determinadas condições, não necessariamente traduzirem a escolha racional correta. É necessário que, para além da adoção de um enfoque justificativo, como destacado em Aguiló<sup>261</sup>, haja um esclarecimento quanto à forma como de dará essa justificação em termos pragmáticos – o que, no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive se faz exigido na hipótese de reconhecimento de equivocidade por colisão de normas, obsevado o texto do enunciado normativo do parágrafo 2º do art. 489 do Código de Processo Civil.

---

<sup>259</sup> AGUILÓ REGLA, Josep. Fuentes del derecho. In: LAGIER, Daniel (Org.) Conceptos básicos del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 155.

<sup>260</sup> ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p.133.

<sup>261</sup>AGUILÓ REGLA, Josep. Fuentes del derecho. In: LAGIER, Daniel (Org.) Conceptos básicos del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 151.

O tema, em linhas gerais, é destacado por Jürgen Habermas<sup>262</sup> quando trata de esclarecer as distinções para a construção de um enfoque justificativo com base num discurso racional pragmático. Três seriam as matrizes filosóficas de fundo diferenciadoras à construção de tal discurso. A primeira, uma corrente de tradição aristotélica, em que pressuposta a ideia de que a faculdade do juízo teria de tomar o lugar da razão prática para integrar, desde logo, o conceito que se expõe à análise. Exige que a justificação racional se movimente dentro de um horizonte e de uma forma de vida aceitos a partir de um contexto valorativo - um valor extraído tanto das motivações dos envolvidos, como da realidade fática e das questões normativas pertinentes à situação de análise. O valor do que é "bom", do que "prudente", pressupondo um catálogo de virtudes, alcança um significado essencial. A busca do intérprete dirige-se ao exaurimento, a priori, do conteúdo de cada conceito, de forma que o fato jurídico possa ser analisado em referência a um universo desde logo conhecido, de forma abstrata e material, submetendo-se o particular a um contexto universal esgotado, ainda que externo ao sistema jurídico. E isto porque, segundo Sandel<sup>263</sup>, a justa distribuição dos bens encontra-se fundada em determinado télos ou propósito honorífico<sup>264</sup>.

Tal realidade é traduzida tanto numa pretensão de construção normativa, quanto na forma especial de interpretar-se o fenómeno jurídico. Como referido por Alexy, "no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido"<sup>265</sup>. Partindo-se de posições definitivas desde logo, pelo reconhecimento de que há limites suficientemente identificados quando da constituição de um conceito jurídico, o discurso aristotélico adota uma teoria interna de justificação racional, misturando o suporte fático normativo com a sua própria restrição. Assim, o que deveria ser reconhecido como possibilidade

---

<sup>262</sup> HABERMAS, Jürgen. Comentários à ética do discurso. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

<sup>263</sup> SANDEL, Michael J.. Justiça. O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p.235.

<sup>264</sup> SANDEL, Michael J.. Justiça. O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p.233.

<sup>265</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: CEPC, 2001, p. 269.

de restrição passa a ser compreendido como limite<sup>266</sup>. Não seria possível, conforme o enunciado normativo, restringir qualquer exercício de uma liberdade humana, tendo em vista o livre desenvolvimento da personalidade, quando não violados direitos de terceiros ou inexistente qualquer atentado à ordem constitucional ou à moral a partir de uma ótica aristotélica. Portanto, o que justificaria, com base numa teoria interna, uma restrição de liberdade não é o pressuposto da restrição a uma posição jurídica determinada, mas apenas a restrição aos bens que sejam objeto de proteção jurídica<sup>267</sup>.

A questão é diversa, seguindo-se o modelo de Habermas<sup>268</sup>, quando se parte de uma perspectiva de conhecimento do problema por uma compreensão filosófica de matriz kantiana. Por este enfoque, a razão prática coincide com a moralidade. Somente por meio de um conceito de autonomia a razão se une à vontade, como uma espécie de causalidade - decorrente do fato da razão em si -, em que a liberdade "qualifica esta causalidade como capacidade de agir, independentemente de causas estranhas que a determinem"<sup>269</sup>. Isto representa inferir que a liberdade é capaz de ser lei para si mesma, agindo apenas por máximas universalizáveis. O próprio contraste, segundo Sandel<sup>270</sup>, evidenciado entre autonomia e heteronomia em Kant. O que torna a construção de uma razão prática como um exercício não arbitrário - e, portanto, consistente a uma justificação racional -, é justamente a circunstância de que a moral impõe que se escolham máximas que - quando testadas de forma pragmática - possam, ao mesmo tempo, valer como universais.

É uma racionalidade, por consequência, que se ocupa com a promoção de um sentido de reconhecimento de autonomia permanente ao ser humano. E, aqui, no sentido de Habermas, algo que é distinto do conceito de liberdade.

---

<sup>266</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: CEPC, 2001, p. 269.

<sup>267</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: CEPC, 2001, p. 271.

<sup>268</sup> HABERMAS, Jürgen. Comentários à ética do discurso. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

<sup>269</sup> DUTRA, Delamar Volpato. Kant e Habermas. A reformulação discursiva da moral kantiana. Porto Alegre: Edipucrs, 2002, p. 42.

<sup>270</sup> SANDEL, Michael J.. Justiça. O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p.141.



Enquanto a liberdade é sempre subjetiva, porque fundada nas peculiaridades do indivíduo – suas “máximas de prudência, pelas preferências ou motivos racionais”<sup>271</sup> -, a autonomia é um conceito que pressupõe intersubjetividade, determinado por máximas aprovadas pelo teste da universalização.

Quanto à liberdade subjetiva, não é difícil imaginar que algumas pessoas possam gozar da liberdade e outras não, ou que algumas pessoas possam ser mais livres do que outras. A autonomia, ao contrário, não é um conceito distributivo e não pode ser alcançada individualmente. Nesse sentido enfático, uma pessoa só pode ser livre se todas as demais o forem igualmente. A ideia que quero sublinhar é a seguinte: com sua noção de autonomia Kant já introduz um conceito que só pode explicitar-se plenamente dentro de uma estrutura intersubjetivista<sup>272</sup>.

Esta nota de intersubjetividade é que, segundo Alexy, deve estar na base de compreensão de uma regulação jurídica dos comportamentos sociais partindo-se de posições não definitivas, mas apenas *prima facie*. Por isso a possibilidade de se afirmar que a polêmica entre a adoção de uma teoria interna ou externa de restrição a direitos subjetivos não é apenas relativa a uma questão teórica que importe à construção do conceito jurídico. De forma muito clara em relação ao problema da interpretação jurídica, Alexy refere existir estreitas conexões entre as teorias de restrições a direitos e os suportes normativos gerais do Direito: “Quien sostiene una teoría individualista del Estado y la sociedad, tenderá más a la teoría externa y aquél a quien le interese la posición de miembro o membrecía en una comunidad, tenderá a la teoría interna”<sup>273</sup>.

Tal flexibilidade, desde que bem compreendida pela tarefa da interpretação, é a conduta esperada do intérprete para efeito de aplicação de uma fundamentação racional na perspectiva de análise pragmática a um caso concreto. Algo que não se esgote no sistema e que, ao mesmo tempo, não se justifique em uma moralidade determinada por um universo previamente estabelecido e externo ao ordenamento jurídico. Portanto, não se falaria em

---

<sup>271</sup> HABERMAS, Jürgen. A ética da discussão e a questão da verdade. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 12.

<sup>272</sup> HABERMAS, Jürgen. A ética da discussão e a questão da verdade. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 13.

<sup>273</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: CEPC, 2001, p. 269.

racionalidade a decisões fundadas em concepções estritamente jusnaturalistas no Direito. O que sustenta a pretensão de correção pelo discurso é justamente a possibilidade de compatibilização entre a simultânea proteção de liberdades ou de posições jurídicas de igualdade e a garantia de segurança jurídica pela escolha racional de uma solução correta a todo o caso empírico proposto a uma análise jurídica.

Mas é ainda necessário e adequado que se distinga, dentre os discursos justificativos, aqueles fundados numa matriz de tradição empírica ou funcionalista. Ou seja, quando a razão prática é assimilada na sua porção estritamente pragmática e estratégica, reduzindo-se, no extremo, a interpretação jurídica ao exercício exclusivamente teleológico da atividade racional. Tal discurso teria como preocupação exclusiva a reprodução de uma visão estritamente funcionalista, permitindo espaço amplo para que se decida, no particular, de acordo com o fim da conduta em si - um determinado projeto estratégico de vida, por exemplo -, e não pelo teste das condições universais da premissa empírica proposta à discussão. Em tal tipo de discurso justificativo, a racionalidade não se apresenta desafiada por máximas universais desde logo e, portanto, se submete a uma discussão eminentemente pragmática sobre os fins pretendidos e o menor custo de alcance aos mesmos em face de um bem-estar previamente estabelecido.

Aqui, o problema em relação às fontes é ainda mais complexo que em relação a um discurso jusnaturalista, na medida em que a perspectiva da universalização nem é um objeto de teste específico a priori. Na base de uma teoria funcionalista, na melhor expectativa, estaria a pretensão de lidar com a “complexidade adequada” do sistema jurídico<sup>274</sup> a partir de uma perspectiva de superação de dificuldades – o que pode ser típico de um raciocínio, sob pressões empíricas diversas, em época de pandemia -, em que o foco do intérprete não aparece voltado a uma correção interna de decisões ou normas, e sim à análise das possibilidades oferecidas para enfrentamento das premissas estabelecidas em termos pragmáticos. A dimensão moral se vê acolhida pelo Direito não a partir de

---

<sup>274</sup> ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 131.

máximas universalizáveis, senão que a partir de máximas empíricas ponderadas por meio de um critério de utilidade.

A questão de fundo para o problema das fontes jurídicas, pela perspectiva de racionalização por um discurso de justificativa funcionalista, portanto, não diz respeito a um pressuposto de origem. Nem mesmo há um raciocínio de base voltado a isso. Na medida em que não há ao intérprete uma preocupação de regulação ideal – por critérios de verdade, fundamentação e justiça -, o sistema ocupa-se unicamente em esgotar-se dentro de sua própria dinâmica formal-pragmática, a partir de uma lógica de utilidade ao que é oferecido: “Puede trabajar sobre las limitaciones de cualquier sistema de discusión y mostrar las posibilidades de aumentar su utilidad mediante organizaciones alternativas del discurso”<sup>275</sup>.

Com tais distinções em relação às formas dos discursos justificativos possíveis à construção do sistema jurídico, é preciso identificar em que medida os elementos de conhecimento definitivo a priori e de otimização de resultados empíricos podem ter relevância em relação às condições jurídicas e fáticas do caso. Assim, por exemplo, quando reconhecida a possibilidade de enfrentamento do tema de colisão de princípios quando se está à frente da necessidade de restrição de liberdades em tempos de pandemia, porque estabelecida uma situação extraordinária de normatização para o caso. E, de regra, para situações emergenciais.

Quando se trata do estabelecimento de um modelo de fontes jurídicas a partir de uma visão discursiva do Direito, o enfoque justificativo e pragmático atinge um patamar distinto: Exige que se reconheça a necessidade de maior controle à construção da decisão judicial de forma que não reste a interpretação refém da discricionariedade da autoridade competente. Tal se observa, porque a atividade de interpretar impõe, paralelamente a uma justificação racional interna à decisão, um teste condicionado, de forma externa, a elementos de interpretação conectados à moral. É por isso que Alexy, com certa insistência, busca relacionar a questão das fontes jurídicas aos grupos de regras e formas de

---

<sup>275</sup> ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 131.

justificação externa à decisão judicial, de modo que, juntamente com as regras de direito positivo e com os enunciados empíricos, possa se reconhecer a relevância normativa de outras premissas que não são nem enunciados empíricos, nem regras de direito positivo<sup>276</sup>.

Partindo-se de um conceito de dogmática jurídica, como em Alexy, que relaciona o trabalho aplicado e dinâmico de justificação no Direito ao caráter estático e institucional de formação do sistema jurídico, é possível reconhecer funções bem específicas à Ciência Jurídica, condicionando o trabalho do intérprete a "(1) el análisis lógico de los conceptos jurídicos, (2) la reconducción de este análisis a un sistema, y (3) la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones jurídicas"<sup>277</sup>. O que se reconhece, ao conectar-se dogmática e interpretação na perspectiva das fontes jurídicas, é de que, na descrição do fenômeno jurídico como tal, não existe uma dissociação – mas antes, idêntica razão de interdependência - entre universalidade e particularidade. Ou seja, ao mesmo tempo em que se busca, abstratamente, universalizar, para fins institucionais, a experiência jurídica, conectando-a ao sistema jurídico como um todo, particulariza-se o que é próprio ao caso, recebendo-se a experiência concreta como elemento de correção a um ideal de conduta. Um exercício de interligação que não pode ser desprezado nem mesmo para situações excepcionais de análise interpretativa.

Ou seja, na perspectiva do discurso jurídico, a dogmática como fonte normativa do Direito resguarda uma relação complementar à interpretação, em termos de construção científica e racional do sistema, porque apresenta foco na busca da universalidade ao julgar, tornando imprescindível ao intérprete o dever de traduzir, com correção, o enunciado dogmático. Não se trata, portanto, de apenas alcançar uma razão prática a cada situação concreta submetida à apreciação jurídica – mesmo que se trate de uma situação singular de análise –, mas antes de possibilitar que toda a tradução dos enunciados dogmáticos imponha uma pretensão de correção frente ao caso concreto inclusive em

---

<sup>276</sup> ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 222.

<sup>277</sup> ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 243.

situações de pandemia, ainda que observadas determinadas particularidades do caso. Isto contribui de forma a não reduzir a dogmática ao conhecimento empírico e a permitir que, por meio da interpretação dos enunciados dogmáticos, alcance-se o consenso – orientado por premissas de segurança jurídica e de igualdade no espaço público - acerca do que venha a ser entendido pela doutrina como dogmático.

## **2. As restrições normativas e a ponderação para o caso**

O caso ilustrativo para o momento de pandemia é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>278</sup> ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para afastar dois artigos de lei (3º e 4º) do Decreto Municipal nº 6.300, de 05.08.2020, do município de Pelotas, no Estado do Rio Grande do Sul, Brasil. Neste, seguia ratificado o estado de calamidade pública em todo o território abrangido pela norma, mas determinava, de forma mais rígida que a prevista para o Estado membro, o fechamento total das atividades e a restrição de circulação (lockdown) de pessoas e veículos em quaisquer vias públicas do município.

No caso, restou apontada a plena possibilidade de autonomia do Município para regramento sobre a matéria, ainda que em caráter excepcional, ressaltadas as peculiaridades locais, estando a autoridade municipal legitimada a adotar medidas restritivas mais amplas que as indicadas pela União e pelo Estado, desde que mantida a coordenação e as diretrizes das medidas tomadas pelas outras unidades da federação mais abrangentes que o nível municipal, a fim de ver respeitado o âmbito da competência concorrente constitucional. No ponto, a ressalva à decisão proferida pelo STF na ADI nº 6.341/DF, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista, em face dos termos da Medida Provisória nº 926/2020<sup>279</sup>.

---

<sup>278</sup> TJRS, ADI 2020.1332.011-9 – Plantão Jurisdicional de 2º grau, decisão monocrática da Presidência, em 09.08.2020. Acesso, em 13.09.2020, em <http://www.tjrs.jus.br/static/2020/08/liminar-de-pelotas.pdf>.

<sup>279</sup> Consta na decisão do Plenário daquela Corte, que por maioria referendou medida cautelar em ação direta deferida pelo Exmo. Ministro Marco Aurélio (Relator), a seguinte parte, ora em destaque, retirada do Informativo STF nº 973/2020: “(...) Ressaltou que as providências tomadas pela União não afastam atos a serem praticados por estados, o Distrito Federal e municípios considerada a competência concorrente na forma do art. 23, inciso II, da CF(3). E, por fim, rejeitou a alegação de necessidade de reserva de lei complementar. (...) A Corte enfatizou que a emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial

O que, no entanto, de uma forma específica, embasou o argumento apresentado pelo Ministério Público, para fins de caracterização de uma inconstitucionalidade dos artigos apontados no decreto municipal, foi o fato de que toda a restrição a direitos subjetivos – e, por consequência específica, de direitos fundamentais na origem – só se justifica quando necessariamente (i) guardar uma concordância prática com a unidade da Constituição Federal e (ii) apresentar razões sérias e suficientes que justifiquem uma restrição máxima, como no caso de lockdown. A discussão proposta, portanto, teve por base compreender se é possível o reconhecimento de uma violação constitucional em situação de ausência de observância desta harmonia de agir entre os poderes - inobstante a autonomia de competência regulatória identificada em concreto – e identificar se é possível reconhecer excesso à restrição de liberdade imposta a direitos fundamentais, ainda que sob o reconhecimento, para o caso, de uma perspectiva de proteção aos próprios indivíduos.

O argumento da concordância prática, sustentado na tomada de decisão em termos constitucionais, deve ser compreendido não apenas em seu sentido estritamente formal. Como apontado na decisão, uma vez identificada competência autônoma à autoridade pública, o problema da concordância prática entre as normas emanadas de entes federados – inclusive frente ao tema da unidade da Constituição, que é central para o reconhecimento de legitimidade – é um problema de restrição a direitos fundamentais. E, por consequência, serve como parâmetro de regulação para o reconhecimento de eventuais excessos nas restrições impostas, exigindo ponderação. Ou seja, a

---

da Saúde (OMS), não implica, nem menos autoriza, a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do estado de direito democrático. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual e, sim, também para o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O estado de direito democrático garante também o direito de examinar as razões governamentais e o direito da cidadania de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante as emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais a serem observados pelas autoridades públicas. Esses agentes públicos devem sempre justificar as suas ações, e é a luz dessas ações que o controle dessas próprias ações pode ser exercido pelos demais Poderes e, evidentemente, por toda a sociedade. (...)”.

questão da concordância prática necessariamente deve restar alinhada com a ponderação em termos de colisão de liberdades, condicionando esta.

Isso representa dizer que é possível que a ponderação conduza a uma restrição máxima de liberdade, como pretendido pela autoridade municipal para uma situação considerada de emergência em época de pandemia. É o que decorre, de forma clara, da aplicação de um princípio de liberdade negativa em caráter amplo. Todavia, também é pressuposto de análise jusfundamental que essa restrição seja resultado de uma ponderação em que testadas, por razões sérias e suficientes, as condições fáticas e jurídicas do caso. Ou seja, só se legitima a ação da autoridade pública para situações máximas de restrição se - e somente se - as razões de restrição se justifiquem por uma ponderação suficiente que inclua, e resto, a própria observância à situação e concordância prática com as normas estabelecidas, de forma coordenada, para todo o sistema jurídico. Como acentuado em Alexy:

Una dogmática del Derecho es una serie de enunciados que se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, están entre sí en una relación de coherencia mutua, se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente y tiene contenido normativo<sup>280</sup>.

Há, na definição de Alexy, o compromisso assumido pelo intérprete em relação à argumentação jurídica, de forma que toda e qualquer interpretação no Direito – seja pelo legislador, em abstrato; seja pelo juiz, para o caso - tenha um alcance institucional e, simultaneamente, uma preocupação de tornar possível a correção de rumos na adoção de soluções jurídicas que se apresentem necessárias à resolução de conflitos reais, mesmo para períodos de instabilidade jurídica. Algo que se desdobra em funções próprias do exercício da interpretação por meio da análise das funções de estabilização, progresso, descarga, técnica, controle e heurística da própria dogmática<sup>281</sup>. Tais considerações acerca do âmbito de atuação das configurações e restrições a direitos permitem, ademais,

---

<sup>280</sup> ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 246.

<sup>281</sup> ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 255.

quando pressuposto o exame de um caso concreto, que se identifique que toda a solução extraída de uma ponderação realizada em face de um conflito de direitos fundamentais seja compreendida como o produto de uma restrição em concreto, e não como a consequência de uma subsunção à configuração, em abstrato, de um direito previamente definido em seu conteúdo. Disso se extrai, em termos interpretativos e com coerência suficiente à pretensão de reconhecimento de uma dimensão institucional ao sistema jurídico, a regra estabelecida para o caso. Esta, como resultado de uma ponderação efetuada de forma particular, não necessariamente configura enunciado dogmático suficiente para que seja utilizada genericamente como regra a toda e qualquer situação de conduta em termos análogos. Mas permite, pela própria analogia, que seja utilizada para o estabelecimento de um par de comparação em termos interpretativos, por meio de um exercício próprio de ponderação<sup>282</sup>. E, então, a responsabilidade da correta tomada de decisão, mesmo que estabelecida para situações de excepcionalidade jurídica, como na hipótese de estabelecimento de restrições em tempos de pandemia.

Não se despreza, ademais, a mesma racionalidade, para efeito de teste da universalidade, quando a restrição é proposta legislativamente – portanto, quando dirigida ao legislador, e não ao juiz. Mesmo comprometimento de descarga de argumentos em relação ao desafio da proteção de direitos gerais de liberdade e igualdade é exigido ao intérprete em abstrato, quando, na edição de lei infraconstitucional, reste evidenciada uma justa restrição – e, portanto, lícita - ao direito fundamental.

El criterio de no obstaculización de la realización del principio iusfundamental implica que siempre que sea necesaria (caso de derecho fundamental actual) o meramente posible (caso de derecho fundamental

---

<sup>282</sup> Na referência de Alexy, a analogia não deve ser desconsiderada como forma de argumento. No entanto, como se baseia em princípios de universalidade e de igualdade, exige que seja enfrentada toda a dificuldade típica de aplicação de um princípio de igualdade: “El establecimiento de la semejanza jurídicamente relevante no puede surgir únicamente de semejante análisis, (...) presupone valoración. Para la fundamentación de esta valoración son admisibles todos los argumentos posibles en el discurso jurídico” (ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 269).



potencial) una ponderación orientada por el principio de proporcionalidad, no debe suponerse una configuración, sino una restricción<sup>283</sup>.

Mas há ainda um pressuposto relevante para situações excepcionais a ser levado em consideração: O fato de que o caráter de razoabilidade ou mesmo de justiça acolhido para a edição de uma norma e para a tipificação de uma conduta - pelo estabelecimento de uma proibição, de um fazer obrigatório ou mesmo pelo estabelecimento de competências que atinjam o exercício de posições jurídico-civis, como no caso do município de Pelotas -, a partir do uso de argumentos jusfundamentais, não afasta a dimensão restritiva desta mesma norma, quando atinja um direito geral de liberdade ou de igualdade da pessoa<sup>284</sup>. A preocupação de Alexy, no ponto, é com a constatação de que qualquer limitação de um direito fundamental deve ser vista como parte da determinação de seu conteúdo. É que segundo Häberle, partindo de premissas distintas, "el legislador que limita los derechos fundamentales también los determina con ello en cuanto a su contenido y al revés"<sup>285</sup>.

A fragilidade de tal construção dogmática – ainda que limitada à perspectiva de análise da interpretação pelo legislador - restou previamente apontada pela crítica oferecida por Alexy, no sentido de que, para a adoção de uma teoria interna de restrições a direitos fundamentais, restaria sempre necessário um condicionamento do exame de qualquer restrição à hipótese de abuso de um direito, porque pressuposto um determinado conteúdo conformador de um direito previamente pelo sistema jurídico. Tal situação, aparentemente, permite ao intérprete do caso aceitar, de forma mais flexível, uma relativização à concepção material de um direito quando se trata de analisar um caso concreto – ainda que o exercício de interpretação se torne bastante dificultado, pela necessidade, na mesma medida, de configuração prévia do próprio conceito de abuso de direito. Mas trata-se de uma situação de construção argumentativa extremamente

---

<sup>283</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: CEPC, 2001, p. 328.

<sup>284</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: CEPC, 2001, p. 324.

<sup>285</sup> HÄBERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2003, p. 167.

dificultada quando o problema é de um suposto excesso por parte do legislador na configuração do tipo normativo, ao editar norma restritiva de um direito fundamental no âmbito infraconstitucional.

Quando se está frente a um conceito estreito de conformação e um conceito amplo de restrição de direitos, o equilíbrio, no exercício de argumentação, é alcançado pelo funcionamento do próprio sistema jurídico e das funções exigidas aos enunciados dogmáticos. Ou seja, aquilo que se vê configurado como um direito não necessita de justificação – como no caso das normas constitucionais. A restrição ao direito, de outra parte, tanto em abstrato como em concreto, exige argumentação necessária e suficiente para o desafio à garantia jusfundamental, ainda que seja para a edição de uma norma por via ordinária. É justamente a compreensão apontada por Carlos Bernal Pulido ao referir que, constitucionalmente, o Estado de Direito não pode se valer de quaisquer restrições a direitos fundamentais:

Sino sólo aquellas restricciones que sean idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo; necesarias, es decir, las más benignas entre los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en sentido estricto, es decir, aquéllas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los prejuicios que ella produce. De esta manera, el principio de proporcionalidad es la restricción de la restricción, el límite de los límites a los derechos fundamentales, el criterio que condiciona la validez de los límites que el Estado impone a los derechos fundamentales. <sup>286</sup>

Na hipótese, as razões de consideração apresentadas no decreto municipal - ainda que estabelecido este para uma temporalidade breve e determinada - restaram acolhidas no texto normativo de forma muito ampla e genérica, não permitindo a identificação, de pronto, das razões suficientes para uma mudança drástica de regulação de comportamentos sociais. E, portanto, com potencial restritivo a direitos subjetivos pelo excesso. E, nisso, um argumento de coerência e consistência das razões restritivas adotadas, restou como essencial para o caso, ao ponto de determinar que houvesse a adoção de uma interpretação conforme

---

<sup>286</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p.82.

a exigência de concordância prática com as demais normas dispostas por outras autoridades públicas no âmbito estadual e federal, afastando-se a constitucionalidade, por ponderação, para o caso.

## **Conclusões**

Reconhece-se não ser tarefa fácil ao intérprete jurídico trabalhar com o tema das fontes do Direito conectado à hipótese de restrição de posições jurídicas, sem que seja capaz de conferir-se ao debate proposto uma dimensão interpretativa. Há, como inicialmente referido, íntima conexão entre a adoção de um determinado modelo de fontes e a perspectiva de análise do intérprete acerca do sistema jurídico pressuposto. Daí a preocupação, a partir de um enfoque justificativo do Direito – portanto, pressupondo uma aproximação entre direito e moral -, com circunstâncias mais amplas de justificação do fenômeno jurídico que não esgotem a autonomia do Direito no simples reconhecimento de autoridade da lei.

A partir do discurso jurídico, que pressupõe argumentação e preocupação com o controle da construção do dever-ser por meio de uma pretensão de correção, as fontes jurídicas estão conectadas com o problema da fundamentação das decisões jurídicas, com as escolhas dos cânones de interpretação para o caso, com as cargas de argumentação adotadas em concreto e mesmo com as funções dos enunciados dogmáticos na medida em que estes possam interferir na estabilização ou no progresso do sistema jurídico. Falar em um modelo pragmático de fontes jurídicas é, necessariamente, falar em método jurídico fundado em premissas de racionalidade, em alcance dogmático pela interpretação, em equivocidade inerente ao sistema. É, portanto, reconhecer a permanente oportunidade de abertura do próprio modelo ao confronto entre o que é universal e particular, de forma a proporcionar-se o permanente desafio do estável pela situação nova e peculiar, desde que propostas razões suficientes para a construção de uma argumentação distinta.

Como no caso em análise, é estritamente relevante testar-se a normatividade descrita para o caso excepcional frente às peculiaridades das hipóteses de aplicação que se impõem em situação de pandemia. E o exemplo

do texto do decreto municipal ora enfrentado bem espelha essa dificuldade interpretativa.

Volta-se, portanto, a dar razão a Aguiló<sup>287</sup> quando sustenta que o tema das fontes traduz-se por certa complexidade, a começar, porque tanto se refere ao problema da origem do ordenamento jurídico, vinculado ao conceito de direito, como se dirige à questão da origem das normas jurídicas, relacionada à produção normativa. É discussão que exige do aplicador do Direito exercício de interpretação, compreendendo que a descrição do fenômeno jurídico e de suas restrições encontra-se intimamente relacionada à descrição da estrutura do sistema jurídico – pelo seu reconhecimento como um saber autônomo - e à forma como o intérprete traduz o próprio Direito, mesmo em hipóteses distintivas e excepcionais como as de pandemia.

### Referências bibliográficas

AGUILÓ REGLA, Josep. Fuentes del derecho. In: LAGIER, Daniel (Org.) *Conceptos básicos del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. 2. ed. Madrid: CEPC, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001.

ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

DUTRA, Delamar Volpato. *Kant e Habermas. A reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.

FICHTE, J.G. *Sobre la capacidad lingüística y el origen de la lengua*. Madrid: Tecnos, 1996.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

---

<sup>287</sup> AGUILÓ REGLA, Josep. *Fuentes del derecho*. In: LAGIER, Daniel (Org.) *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 32.

HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MORESO, J. J.; VILAJOSANA, J. M.. Introducción a la teoría del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2004.

PULIDO, Carlos Bernal. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

ROSS, Alf. El concepto de validez y otros ensayos. México D.F.: Fontamara, 2014.

SANDEL, Michael J.. Justiça. O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

# Acórdãos Do Tribunal Constitucional

**Acórdão n.º 72/2021**

**Processo n.º 1458/2017**

**Plenário**

**Relator: Conselheiro José António Teles Pereira**

**(Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro)**

Acordam, em Plenário, no Tribunal Constitucional

## I – A Causa

1. O Ex.<sup>mo</sup> Procurador-Geral Adjunto, representante do Ministério Público junto deste Tribunal (doravante referido como o recorrente), interpôs a fls. 2046/2047 o presente recurso para o Plenário, nos termos do artigo 79.º-D, n.º 1, da Lei do Tribunal Constitucional (LTC), na sequência da prolação pela 3.ª Secção do Acórdão n.º 134/2020 (fls. 2007/2041). Este aresto, com efeito, divergindo de múltiplos pronunciamentos decisórios anteriores do Tribunal [designadamente dos Acórdãos n.ºs 641/2016, 421/2017, 694/2017, 90/2018 e 178/2018 (referimos aqui os indicados pelo recorrente no requerimento de interposição)] “[julgou] inconstitucional a norma incriminatória constante do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal [lenocínio], por violação dos artigos 18.º, n.º 2, e 27.º, n.º 1, da Constituição, conjugadamente [...]”.

1.1. Admitido o recurso a fls. 2048, foi este motivado pelo recorrente a fls. 2050/2051, remetendo para o teor das contra-alegações que havia apresentado, neste mesmo processo, na fase que antecedeu a prolação do Acórdão n.º 134/2020 (tratou-se, nesse enquadramento processual, de recurso interposto nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, decorrente de uma decisão de não acolhimento da questão de inconstitucionalidade suscitada pelo ora recorrido).

O Ministério Público, nessas contra-alegações, recordando jurisprudência reiteradamente proferida pelo Tribunal Constitucional nos últimos 16 anos, na sequência do Acórdão n.º 144/2004, concluíra que “[a] norma do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, na redação da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, na qual se prevê e pune o crime de lenocínio, não viola o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, não sendo, por isso, inconstitucional”.

O ora recorrido não respondeu à motivação do recurso do Ministério Público.

1.2. O relator originário do processo apresentou memorando propondo a decisão do recurso no sentido afirmado no Acórdão recorrido. Todavia, na discussão travada no plenário, apurou-se um sentido decisório contrário ao Acórdão n.º 134/2020, transferindo-se o relato da posição do Tribunal para o primeiro juiz integrante da maioria de decisão formada no plenário, seguindo a ordem de precedências para o presente ano (artigo 79.º-D, n.º 5, da LTC).

Cumpra, pois, apreciar e decidir o recurso.

## II – Fundamentação

2. Está em causa, nos presentes autos, a questão da inconstitucionalidade da norma incriminatória do lenocínio contida no artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal (“[q]uem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer, ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos.”). No Acórdão recorrido, foi proferida decisão no sentido da sua inconstitucionalidade, por oposição a outras decisões do Tribunal Constitucional (Acórdãos n.ºs 694/2017, 90/2018, 178/2018, entre muitos outros, adiante referidos), nos quais a mesma norma não foi julgada desconforme à Constituição.

A questão da inconstitucionalidade da referida norma penal (e, anteriormente, da norma correspondente do artigo 170.º, n.º 1, do mesmo Código, na numeração anterior à Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro; estando em causa, fundamentalmente, a descrição típica do lenocínio introduzida pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro) foi já apreciada pelo Tribunal Constitucional, num número particularmente expressivo de arestos, numa linha decisória iniciada com a prolação do Acórdão n.º 144/2004 – posteriormente a este, v., designadamente, os Acórdãos n.ºs 196/2004, 303/2004, 170/2006, 396/2007, 522/2007, 591/2007, 141/2010, 559/2011, 605/2011, 654/2011, 203/2012, 149/2014, 641/2016, 421/2017, 694/2017, 90/2018, 178/2018, 160/2020 e 589/2020 –, sendo todas essas decisões no sentido da não inconstitucionalidade e, recentemente, no Acórdão n.º 134/2020 (trata-se da decisão aqui recorrida), no sentido da inconstitucionalidade.

Destina-se o presente recurso, precisamente, a superar a apontada divergência, sendo o recorrente, pois, face aos termos do artigo 79.º-D, n.º 1, da LTC, parte legítima.

2.1. No Acórdão n.º 144/2004 – verdadeiramente a decisão matriz desta problemática na jurisprudência constitucional (que podemos definir como a constitucionalidade da incriminação do lenocínio, na descrição típica introduzida pela Lei n.º 65/98) –, o Tribunal decidiu não julgar inconstitucional a norma (ao tempo) constante do artigo 170.º, n.º 1, do Código Penal (“[q]uem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de

prostituição ou a prática de atos sexuais de relevo é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos” (a autonomização da prática de atos sexuais de relevo, “caiu” do tipo do lenocínio com a reforma do Código Penal corporizada na Lei n.º 59/2007, sendo intuitivo que a materialidade subjacente ao trecho suprimido não deixava de estar contida no conceito de prostituição)].

Importa recordar, nos seus traços mais expressivos, os fundamentos dessa decisão do Tribunal de há 16 anos:

“[...]”

5. O ponto de vista que a recorrente apresenta ao Tribunal Constitucional consubstancia-se no seguinte:

– os bens jurídicos protegidos pela norma em crise são, em primeira linha, ‘sentimentalismos transpessoais’, valores de ordem moral e não bens pessoais como a liberdade e autodeterminação sexual;

– não sendo a prostituição em si punível, incriminar-se a atividade comercial ou lucrativa que tem por base a prostituição ou ‘atos similares’ corresponde a privar os cidadãos de exercer uma atividade profissional por imposição de regras morais.

A pergunta a que importa responder é, portanto, a de saber se fere alguma norma ou princípio constitucional a incriminação das condutas que constituem a factualidade típica do artigo 170.º.

6. Não se terá, aqui, de responder à questão geral sobre se o Direito Penal pode, constitucionalmente, tutelar bens meramente morais, questão que não pode ser resolvida sem o esclarecimento prévio do que se entende por bens puramente morais e que não pode deixar de tomar em consideração que há valores e bens tidos como morais e que relevam, inequivocamente, no campo do Direito. A relação entre o Direito e a Moral ou o Ethos tem sido objeto de uma controvérsia muito importante, sendo uma das questões fundamentais da Filosofia do Direito. Com efeito, desde a tradição liberal radicada em Stuart Mill (*On liberty*, 1859) ou mesmo do pensamento de Kant (*Metaphysik der Sitten*, 1797), em que o Direito se situa apenas no plano do dano ou do prejuízo dos interesses ou da violação dos deveres (externos) para com os outros até às concepções de uma total fusão entre o Direito e a Moral, em que se reconhece que o Direito tem legitimidade para impor coletivamente valores morais (assim, por exemplo, no pensamento anglo-saxónico, Patrick Devlin, em *The Enforcement of Morals*, 1965, em nome da manutenção da identidade da sociedade), tem-se mantido acesa a discussão. Apesar das duas posições extremas – a da separação absoluta entre o Direito e a Moral e a da total coincidência entre Direito e Moral – é amplamente aceite que o Direito e a Moral, embora a partir de perspectivas diferentes, fazem parte de uma unidade mais vasta (assim, Arthur Kaufmann, *Recht und Sittlichkeit*, 1964, p. 9, e, de modo introdutório à



questão, J. Batista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 1990, p. 59 e ss.).

Assim, tanto quem procure em valores morais a legitimação do Direito, como quem acentue a distinção entre Moral e Direito, reconhecerá, inevitavelmente, que existem bens e valores que participam das duas ordens normativas [partindo de concepções diversas sobre o Direito, mas coincidindo neste último ponto, cf. Radbruch, *Filosofia do Direito* [...]; e Kelsen, *Teoria Pura do Direito* [...]] – este último, apesar da separação radical entre Direito e Moral, não deixa de reconhecer que o Direito pode tutelar valores morais, sem que, por isso, Direito e Moral se confundam; também Hart o reconhece em “*Positivism and the Separation of Law and Morals*”, *Harvard Law Review*, 1958; ver ainda, do mesmo autor, *Conceito de Direito* [...]]. Mesmo as posições mais favoráveis à autonomia do Direito não negam que possam existir valores morais tutelados também pelo Direito, segundo a lógica deste e, por força dos seus critérios (sobre toda a problemática da relação entre a Moral e o Direito, veja-se, por exemplo, Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1997, Kurt Seelmann, *Rechtsphilosophie*, 1994). Porém, questão prévia a tal problemática e decisiva no presente caso, é a de saber se a norma do artigo 170.º, n.º 1, do Código Penal apenas protege valores que nada tenham a ver com direitos e bens consagrados constitucionalmente, não suscetíveis de proteção pelo Direito, segundo a Constituição portuguesa.

Ora, a resposta a esta última questão é negativa, na medida em que subjacente à norma do artigo 170.º, n.º 1, está inevitavelmente uma perspetiva fundamentada na História, na Cultura e nas análises sobre a Sociedade segundo a qual as situações de prostituição relativamente às quais existe um aproveitamento económico por terceiros são situações cujo significado é o da exploração da pessoa prostituída (cf., sobre a prostituição, nas suas várias dimensões, mas caracterizando-o como ‘fenómeno social total’ e, depreende-se, um fenómeno de exclusão, José Martins Bravo da Costa, ‘O crime de lenocínio. Harmonizar o Direito, compatibilizar a Constituição’, em *Revista de Ciência Criminal*, ano 12, n.º 3, 2002, p. 211 e ss.; do mesmo autor e Lurdes Barata Alves, *Prostituição 2001 – O Masculino e o Feminino de Rua*, 2001). Tal perspetiva não resulta de preconceitos morais, mas do reconhecimento de que uma Ordem Jurídica orientada por valores de Justiça e assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade de ação, situações e atividades cujo ‘princípio’ seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física, seja a sexual), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem. A isto nos impele, desde logo, o artigo 1.º da Constituição, ao fundamentar o Estado Português na igual dignidade da pessoa humana. E é nesta linha de orientação que Portugal ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Lei n.º 23/80, em D.R., I Série, de 26 de julho de 1980), bem como, em 1991 a Convenção para a Supressão do Tráfico de

Pessoas e de Exploração da Prostituição de Outrem (D.R., I Série, de 10 de outubro de 1991).

É claro que a esta perspetiva preside uma certa ideia cultural e histórica da pessoa e uma certa ideia do valor da sexualidade, bem como o reconhecimento do valor científico das análises empíricas que retratam o 'mundo da prostituição' (e note-se que neste terreno tem sido longo o percurso que conduziu o pensamento sociológico desde a caracterização da prostituição como anormalidade ou doença – assim, C. Lombroso e G. Ferro, *La femme criminelle et la prostituée*, 1896, e, no caso português, os estudos de Tovar de Lemos, *A prostituição. Estudo anthropologico da prostituta portuguesa*, 1908, e, sobre as concepções da ciência acerca da prostituição no início do século, cf. Maria Rita Lino Garnel, 'A loucura da prostituição', em *Themis*, ano III, n.º 5, 2002, p. 295 e ss. – até ao reconhecimento de que as prostitutas são vítimas de exploração e produto de uma certa exclusão social). Mas tal horizonte de compreensão dos bens relevantes é sempre associado a ideias de autonomia e liberdade, valores da pessoa que estão diretamente em causa nas condutas que favorecem, organizam ou meramente se aproveitam da prostituição.

Não se concebe, assim, uma mera proteção de sentimentalismos ou de uma ordem moral convencional particular ou mesmo dominante, que não esteja relacionada, intrinsecamente, com os valores da liberdade e da integridade moral das pessoas que se prostituem, valores esses protegidos pelo Direito enquanto aspetos de uma convivência social orientada por deveres de proteção para com pessoas em estado de carência social. A intervenção do Direito Penal neste domínio tem, portanto, um significado diferente de uma mera tutela jurídica de uma perspetiva moral, sem correspondência necessária com valores essenciais do Direito e com as suas finalidades específicas num Estado de Direito. O significado que é assumido pelo legislador penal é, antes, o da proteção da liberdade e de uma 'autonomia para a dignidade' das pessoas que se prostituem. Não está, conseqüentemente, em causa qualquer aspeto de liberdade de consciência que seja tutelado pelo artigo 41.º, n.º 1, da Constituição, pois a liberdade de consciência não integra uma dimensão de liberdade de se aproveitar das carências alheias ou de lucrar com a utilização da sexualidade alheia. Por outro lado, nesta perspetiva, é irrelevante que a prostituição não seja proibida. Na realidade, ainda que se entenda que a prostituição possa ser, num certo sentido, uma expressão da livre disponibilidade da sexualidade individual, o certo é que o aproveitamento económico por terceiros não deixa de poder exprimir já uma interferência, que comporta riscos intoleráveis, dados os contextos sociais da prostituição, na autonomia e liberdade do agente que se prostitui (colocando-o em perigo), na medida em que corresponda à utilização de uma dimensão especificamente íntima do outro não para os fins dele próprio, mas para fins de terceiros. Aliás, existem outros casos, na Ordem Jurídica portuguesa, em que o autor de uma conduta não é incriminado e são incriminados os terceiros participantes, como acontece, por exemplo, com o auxílio ao suicídio (artigo 135.º do Código Penal) ou com a

incriminação da divulgação de pornografia infantil [artigo 172.º, n.º 3, alínea e), do Código Penal], sempre com fundamento na perspectiva de que a autonomia de uma pessoa ou o seu consentimento em determinados atos não justifica, sem mais, o comportamento do que auxilie, instigue ou facilite esse comportamento. É que relativamente ao relacionamento com os outros há deveres de respeito que ultrapassam o mero não interferir com a sua autonomia, há deveres de respeito e de solidariedade que derivam do princípio da dignidade da pessoa humana.

7. Por outro lado, que uma certa "atividade profissional" que tenha por objeto a específica negação deste tipo de valores seja proibida (neste caso, incriminada) não ofende, de modo algum, a Constituição. A liberdade de exercício de profissão ou de atividade económica tem obviamente, como limites e enquadramento, valores e direitos diretamente associados à proteção da autonomia e da dignidade de outro ser humano (artigos 471.º, n.º 1, e 61.º, n.º 1, da Constituição). Por isso estão particularmente condicionadas, como objeto de trabalho ou de empresa, atividades que possam afetar a vida, a saúde e a integridade moral dos cidadãos [artigo 59.º, n.º 1, alíneas b) e c), ou n.º 2, alínea c), da Constituição]. Não está assim, de todo em causa a violação do artigo 47.º, n.º 1, da Constituição. Nem também tem relevância impeditiva desta conclusão a aceitação de perspectivas como a que aflora no pronunciamento do Tribunal de Justiça das Comunidades (sentença de 20 de novembro de 2001, Processo n.º [C-268/99]), segundo a qual a prostituição pode ser encarada como atividade económica na qualidade de trabalho autónomo (cf., em sentido crítico, aliás, Massimo Luciani, 'Il lavoro autonomo de la prostituta', em Quaderni Costituzionali, anno XXII, n.º 2, Giugno 2002, p. 398 e ss.). Com efeito, aí apenas se considerou que a permissão de atividade das pessoas que se prostituem nos Estados membros da Comunidade impede uma discriminação quanto à autorização de permanência num Estado da União Europeia, daí não decorrendo qualquer consequência para a licitude das atividades de favorecimento à prostituição.

8. As considerações antecedentes não implicam, obviamente, que haja um dever constitucional de incriminar as condutas previstas no artigo 170.º, n.º 1, do Código Penal. Corresponde, porém, a citada incriminação a uma opção de política criminal (note-se que tal opção, quanto às suas fronteiras, é passível de discussão no plano de opções de política criminal – veja-se Anabela Rodrigues, Comentário Conimbricense, I, 1999, p. 518 e ss.), justificada, sobretudo, pela normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social, das pessoas que se dedicam à prostituição, fazendo desta um modo de subsistência. O facto de a disposição legal não exigir, expressamente, como elemento do tipo uma concreta relação de exploração não significa que a prevenção desta não seja a motivação fundamental da incriminação a partir do qual o aproveitamento económico da prostituição de quem fomenta, favoreça ou facilite a mesma exprima, tipicamente, um modo social de exploração de uma situação de carência e desproteção social.

Tal opção tem o sentido de evitar já o risco de tais situações de exploração, risco considerado elevado e não aceitável, e é justificada pela prevenção dessas situações, concluindo-se pelos estudos empíricos que tal risco é elevado e existe, efetivamente, no nosso país, na medida em que as situações de prostituição estão associadas a carências sociais elevadas (sobre a realidade sociológica da prostituição cf., por exemplo, Almiro Simões Rodrigues, 'Prostituição: – Que conceito? – Que realidade?', em *Infância e Juventude*, [...] n.º 2, 1984, p. 7 e ss., e José Martins Barra da Costa e Lurdes Barata Alves, *Prostituição 2001...*, ob.cit., supra) não é tal opção inadequada ou desproporcional ao fim de proteger bens jurídicos pessoais relacionados com a autonomia e a liberdade. Ancora-se esta solução legal num ponto de vista que tem ainda amparo num princípio de ofensividade, à luz de um entendimento compatível com o Estado de Direito democrático, nos termos do qual se verificaria uma opção de política criminal baseada numa certa perceção do dano ou do perigo de certo dano associada à violação de deveres para com outrem – deveres de não aproveitamento e exploração económica de pessoas em estado de carência social [cf., com interesse para a questão da construção do conceito de dano nesta área e independentemente da posição sobre a pornografia aí defendida, matéria que não tem relevância no contexto do presente acórdão, Catherine Mackinnen, *Pornography: On Morality in and Politics*, em *Toward a Feminist Theory of State*, 1989, que defende a incriminação da pornografia em face da sua ofensividade contra a imagem da mulher e a construção da respetiva identidade como pessoa. Também sobre tal lógica de construção do dano, cf. Sandra E. Marshall, 'Feminism, Pornography and the Civil Law', em *Recht und Moral* (org. Heike Jung e outros), 1991, p. 383 e ss., defendendo a autora que, na pornografia, o dano consistiria na negação da humanidade da mulher, sendo relevante para o tema do presente Acórdão a perspetiva de que 'a perda da autonomia não é um assunto meramente subjetivo ... a autonomia é negada mesmo que não se reconheça. Aqui pode ser traçado um paralelo com a escravatura ... A própria condição da escravatura requer que o escravo não se veja a si próprio como alguém que possui ou a quem falta autonomia ... Isto pode ser formulado dizendo que uma tal pessoa não se pode ver a si própria completamente. Como item da propriedade não possui um em si mesma']. O entendimento subjacente à lei penal radica, em suma, na proteção por meios penais contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência, proteção diretamente fundada no princípio da dignidade da pessoa humana. Questão diversa que não está suscitada nos presentes autos é a que se relaciona com a possibilidade processual de contraprova do perigo que serve de fundamento à incriminação em casos como o presente ou ainda, naturalmente, com a prova associada à aplicação dos critérios de censura de culpa do agente e da atenuação ou eventual exclusão de culpabilidade, em face das circunstâncias concretas do caso.

9. Em face do exposto, não se pode considerar que estejam violados pela norma em crise quaisquer normas ou princípios constitucionais.

[...]" (sublinhados acrescentados).

2.1.1. Em texto doutrinário posterior à prolação desta decisão (que ocorreu em 10/03/2004), a sua relatora, Conselheira Maria Fernanda Palma, em expressa alusão ao Acórdão n.º 144/2004 – adiantando um debate que, quanto a este, ganharia expressão na jurisprudência do Tribunal (a partir de um voto divergente constante do Acórdão n.º 396/2007, cfr. item 2.2.1., infra) –, referiu o seguinte:

"[...]

A discussão sobre se a defesa de uma certa moralidade pode, em nome da coesão social inspirada na moralidade dominante, justificar a intervenção do Direito Penal ou, pelo contrário, não a pode justificar em função do pluralismo ideológico e da liberdade de opção tem de ser travada, porém, tomando em conta a repercussão de certas condutas contrárias à moralidade dominante na interação social e o próprio conceito de bem jurídico. Na análise desta questão devem considerar-se, para além das perspetivas ideológicas que tradicionalmente contrapõem os pontos de vista mais liberais aos conservadores, todas as perspetivas científicas acerca do condicionamento da autonomia de pessoas sem maturidade física e emocional através [, designadamente,] da imposição de estereótipos. Se radicalizássemos o ponto de vista liberal, teríamos de rejeitar que o Direito Penal pudesse intervir em toda a área da sexualidade entre adultos e, provavelmente, excluiríamos qualquer proteção penal de pessoas que são submetidas a enormes condicionamentos na sua autonomia sexual, apesar de persistir o livre consentimento formal, como sucede, por exemplo, no crime de lenocínio entre adultos.

[...]" (Maria Fernanda Palma, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra, 2006, pp. 77/78).

E, em nota de rodapé a este trecho (nota 69, pp. 77/78), aludindo à obra de John Stuart Mill, *On Liberty*, "como paradigma do pensamento liberal", acrescentava a Autora a seguinte observação:

"[...]

Stuart Mill infere da liberdade individual a liberdade de procurar e de dar conselho, mas não já a licitude da conduta de quem, profissionalmente ou com finalidade lucrativa, contribua para condutas autolesivas (abrindo casas de jogo, traficando drogas ou explorando a prostituição...). Neste ponto, Stuart Mill concebe argumentos a favor de posições opostas: se o jogo, o consumo de drogas e a prostituição são lícitos, parece não ter sentido, em certa perspetiva, passarem a ser ilícitos só por causa da dedicação profissional ou da atividade lucrativa (é esta, afinal, a tese derrotada, a propósito do lenocínio, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 144/2004); no entanto, o facto de o Estado permitir

condutas autolesivas em nome de um princípio da liberdade individual não significa que deixe de ter opinião sobre elas e que deva estimulá-las – deixando abrir casas de jogo, permitindo o tráfico de drogas ou admitindo o lenocínio. No fundo, é esta diferenciação, reconhecida por Stuart Mill, que explica, por exemplo, a descriminalização do consumo (Lei 30/2000, de 29 de novembro), em contraste com a severa punição do tráfico de droga (Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro) na Ordem Jurídica portuguesa.

[...]" (sublinhado acrescentado).

2.2. Como antes dissemos, diversos acórdãos, no seguimento do Acórdão n.º 144/2004, se pronunciaram sobre idêntica questão, nem sempre por unanimidade. Assim, se o juízo de não inconstitucionalidade foi (tal como no Acórdão n.º 144/2004) unânime nos acórdãos n.ºs 196/2004, 303/2004, 170/2006, 591/2007, 141/2010, 559/2011, 605/2011, 203/2012, 149/2014, 178/2018, 160/2020 e 589/2020, o mesmo já foi maioritário nos acórdãos n.ºs 396/2007, 522/2007, 654/2011, 641/2016, 421/2017, 694/2017 e 90/2018 e, como vimos, no Acórdão ora recorrido afirmou-se, por maioria, o juízo inverso: o de desconformidade à Constituição.

Importa, pois, indicar as razões das divergências que foram emergindo nas decisões do Tribunal Constitucional sobre a questão da inconstitucionalidade da norma incriminadora do lenocínio, divergências essas que podemos situar em quatro momentos principais: no Acórdão n.º 396/2007 (com declaração de voto retomada, por remissão, no Acórdão n.º 522/2007); no Acórdão n.º 654/2011; no Acórdão n.º 641/2016 (com declarações de voto retomadas, por remissão, nos Acórdãos n.ºs 421/2017, 694/2017 e 90/2018); e, por fim, no Acórdão n.º 134/2020, que constitui objeto do presente recurso.

2.2.1. No Acórdão n.º 396/2007, divergiu a Senhora Conselheira Maria João Antunes, opondo à posição da maioria a seguinte declaração de voto (que retomou no Acórdão n.º 522/2007):

"[...]

Votei vencida por entender que o artigo 170.º, n.º 1, do Código Penal, na redação dada pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, é inconstitucional, por violação do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

A Lei n.º 65/98 alterou a estrutura típica do crime de lenocínio, previsto no artigo 170.º do Código Penal, eliminando a exigência típica da 'exploração numa situação de abandono ou necessidade', ao arrepio de uma evolução legislativa, em matéria de crimes sexuais, que se inscreve num paradigma de intervenção mínima do direito penal, o ramo do direito que afeta, mais diretamente, o direito à liberdade (artigo 27.º, n.ºs 1 e 2, da CRP). Num paradigma em que a intervenção é apenas a necessária para a tutela de bens jurídicos (não da moral), que não obtêm proteção suficiente e adequada através de outros meios de política social.

Com eliminação daquela exigência típica, o legislador incrimina comportamentos para além dos que ofendem o bem jurídico da liberdade sexual, relativamente aos quais não pode ser afirmada a necessidade de restrição do direito à liberdade, enquanto direito necessariamente implicado na punição (artigos 18.º, n.º 2, e 27.º, n.ºs 1 e 2, da CRP).

Como se escreveu no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 211/95 [...] 'o que justifica a inclusão de certas situações no direito penal é a subordinação a uma lógica de estrita necessidade das restrições de direitos e interesses que decorrem da aplicação de penas públicas (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição). E é também ainda a censurabilidade imanente de certas condutas, isto é, prévia à normatização jurídica, que as torna aptas a um juízo de censura pessoal.

Em suma, é, desde logo, a exigência de dignidade punitiva prévia das condutas, enquanto expressão de uma elevada gravidade ética e merecimento de culpa (artigo 1.º da Constituição, do qual decorre a proteção da essencial dignidade da pessoa humana), que se exprime no princípio constitucional da necessidade das penas (e não só da subsidiariedade do direito penal e da máxima restrição das penas que pressupõem apenas, em sentido estrito, a ineficácia de outro meio jurídico' (cf., ainda, no sentido de o artigo 18.º, n.º 2, ser critério para aferir da legitimidade constitucional das incriminações, os Acórdãos n.ºs 634/93, 650/93, [...], e 958/96, [...]).

[...]" (sublinhados acrescentados).

2.2.2. No Acórdão n.º 654/2011, divergiu da afirmação de não inconstitucionalidade o Senhor Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro, através da seguinte declaração de voto:

"[...]

1. Por confronto com a versão original do Código Penal de 1982, a incriminação do lenocínio, no que releva para a questão de constitucionalidade em juízo, resultou ampliada pela alteração introduzida com a Lei n.º 65/98, de 2 de setembro. Na referida versão de 1982, constava (artigo 215.º, n.º 1, alínea b)), como elemento do tipo, a exploração, pelo agente, de uma 'situação de abandono ou de extrema necessidade económica' das pessoas dedicadas ao exercício da prostituição. A reforma de 1995 (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março) já alargou um pouco essa previsão, na medida em que se contentou com a exploração de 'situações de abandono ou de necessidade económica' (artigo 170.º, n.º 1). O legislador de 1998 abandonou, pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, qualquer exigência quanto ao aproveitamento de uma situação de vulnerabilidade daquelas pessoas, suprimindo, pura e simplesmente, o segmento que a exprimia.

2. Como é orientação constante deste Tribunal – cfr., entre muitos outros, os Acórdãos n.ºs 426/91, 634/93, 650/93 e 311/95 – a incriminação de certas condutas,

na medida em que implica uma restrição dos direitos fundamentais à liberdade e/ou de propriedade, tem que ser justificada perante o princípio da proporcionalidade expresso naquela norma. Por força da sua repercussão negativa no âmbito de proteção destes direitos, a imposição de uma pena fica imediatamente sujeita à 'restrição das restrições' enunciada no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, devendo «limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos».

É, pois, como refração direta do princípio da proporcionalidade que o princípio da necessidade das penas, consensualmente apontado pela moderna penalística, corresponde a uma ineliminável exigência constitucional.

Este princípio postula, não apenas uma intervenção mínima ou de ultima ratio do direito penal, só atuante, pressuposta a sua adequação, na falta ou ineficácia de instrumentos de proteção de outro tipo – cfr., por último, o Acórdão n.º 75/2010 –, mas, antes do mais, a suficiente dignidade do bem jurídico tutelado, capaz de justificar o merecimento de punição, em caso de afetação.

De forma que, neste contexto valorativo, o primeiro passo a dar, para aferir da legitimidade constitucional da incriminação do lenocínio, é o da identificação precisa de bem jurídico-penal que ela visa tutelar.

3. O tratamento jurídico-penal dos crimes na esfera sexual evoluiu fortemente nas últimas décadas, como reflexo de alterações significativas nos padrões de conduta e nas conceções ético-sociais, neste domínio.

Pode dizer-se que o elemento polarizador dessa evolução foi o franco acolhimento, também neste campo, da ideia valorativa da autonomia individual e do livre desenvolvimento da personalidade, em medida sem paralelo no passado. Essa mudança – porventura uma verdadeira 'mudança de paradigma' – traduziu-se, por um lado, num recuo na criminalização de condutas livremente assumidas por pessoas com maturidade e autonomia decisórias, e, por outro, num alargamento de incriminações, em resultado de uma consciência mais afinada dos deveres de respeito pela integridade moral e pela autodeterminação dos outros.

A nível da nossa legislação, e para além de reestruturações e reconfigurações de alguns tipos, sobressai, como manifestação impressiva da orientação atual, um novo enquadramento sistemático. Na versão inicial do Código Penal de 1982, estes crimes figuravam no Título III ('Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade'), Capítulo I ('Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida em sociedade'). Em 1995, os crimes sexuais foram transferidos para o título respeitante aos crimes contra as pessoas, sendo aí objeto de um capítulo autónomo. É neste capítulo que se insere a norma incriminadora do lenocínio, na secção respeitante aos 'crimes contra a liberdade sexual'.



Em face desta localização, dir-se-ia que é este o bem jurídico protegido pelo artigo 170.º, n.º 1, do CP. Mas esta conclusão revela-se algo apressada, pois não tem qualquer respaldo na estrutura tipológica da norma incriminadora. De facto, com a eliminação, na revisão de 1998, do segmento que estabelecia, como elemento do tipo, a exploração da vulnerabilidade situacional, em razão de abandono ou necessidade económica, da pessoa que se prostitui, desapareceu qualquer conexão com a proteção da vontade livre dessa pessoa. Essa conexão consta apenas do n.º 2 (de modo diversificado, consoante as previsões), como elemento de uma forma qualificada de crime de lenocínio, sujeita a uma moldura penal agravada.

E, nisso, a norma do n.º 1 do artigo 170.º contrasta fortemente com todas as outras disposições de tutela da liberdade sexual. Em todas elas está presente, como elemento definidor do tipo legal de crime, o exercício de violência, coação, ou, pelo menos constrangimento sobre a vontade da vítima, ou então, no caso da fraude sexual, de indução em erro, também ela obstativa de genuína expressão volitiva, por parte de quem é enganado.

Atendendo à configuração tipológica, ganha fundamento a ideia de que criminalizada é a atividade profissional ou com fins lucrativos de proxenetismo, em si mesma, em quaisquer circunstâncias, sem se exigir um encaminhamento para a prostituição imputável ao aproveitamento de condições situacionais tipicamente geradoras de défices de autonomia da vontade.

A valoração, pela doutrina, deste novo dado legislativo foi, de uma forma geral, fortemente crítica – cfr., por todos, Figueiredo Dias, 'O 'direito penal do bem jurídico' como princípio constitucional...', XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa, Coimbra, 2009, 31 s., 39, para quem, «tendo o legislador ordinário eliminado a exigência de que o favorecimento da prostituição se ligasse à 'exploração de situações de abandono ou de necessidade económica', eliminou a referência do comportamento ao bem jurídico da liberdade e da autodeterminação sexual e tornou-se infiel ao princípio do direito penal do bem jurídico», «surgindo a incriminação – pode ler-se em Direito penal. Parte geral, I, 2.ª ed., Coimbra, 2007. p. 124 – referida à tutela de puras situações tidas pelo legislador como imorais»; Anabela Rodrigues, 'Anotação ao art. 170.º', Comentário comimbricense do Código Penal. Parte especial, I, Coimbra, 1999, p. 519, para quem a incriminação do lenocínio visa «proteger bens jurídicos transpersonalistas de étimo moralista por via do direito penal – o que se tem hoje por ilegítimo».

4. Na jurisprudência constitucional, tem vingado uma posição eclética, que procura conjugar, como razão da incriminação, o interesse geral da sociedade e a tutela de um bem pessoal.

[...]

Para justificar que faz parte da teleologia da norma a tutela da 'autonomia para a dignidade', [o Acórdão n.º 144/2004] invoca a 'normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social das pessoas que se dedicam à prostituição'. A carência de tutela penal estaria, de certo modo, *in re ipsa*, na 'necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência', necessidade que, segundo padrões de tipicidade e de normalidade social, é explorada por aqueles que fomentam, favorecem ou facilitam o exercício da prostituição. Daí o concluir-se que «o facto de a disposição legal não exigir, expressamente, como elemento do tipo uma concreta relação de exploração não significa que a prevenção desta não seja a motivação fundamental da incriminação a partir da qual o aproveitamento económico da prostituição de quem fomenta, favoreça ou facilite a mesma exprima, tipicamente, um modo social de exploração de uma situação de carência e desproteção social».

Mas, sem contestar esses índices de normalidade, a verdade é que, não sendo a prostituição um fenómeno de expressão uniforme, com a eliminação daquela exigência o legislador não evita consequências de sobreinclusão, do ponto de vista da necessidade de tutela da liberdade sexual da pessoa que se prostitui. Não excluindo do âmbito da incriminação os casos em que não se comprove o aproveitamento de uma especial situação de fragilidade, quanto às condições de uma real autonomia decisória, de alguém que possa ser considerado 'vítima' dessa conduta, 'o legislador incrimina comportamentos para além dos que ofendem o bem jurídico da liberdade sexual', como se sustenta na declaração de voto da Conselheira Maria João Antunes, anexa ao Acórdão n.º 396/2007.

Compreende-se cabalmente que, estando em causa a disponibilização, mediante uma contrapartida monetária, de uma dimensão íntima da personalidade, para satisfação sexual de outro e com obtenção de ganhos (também) por um terceiro, o legislador penal seja aqui particularmente exigente quanto às garantias de uma decisão livre, não requerendo, no âmbito do n.º 1 do artigo 170.º, as formas qualificadas de perturbação da autonomia presentes nos outros tipos de crimes sexuais. Ainda se compreenderá que o aproveitamento objetivo de situações de desamparo seja o bastante, sem exigência de formas individualizadas de 'pressão' sobre a vontade da vítima (contra, Anabela Rodrigues, *ob. cit.*, p. 519-520). Mas já fica por explicar, à luz da necessidade de tutela da liberdade sexual, porque é que é dispensável a comprovação de qualquer ofensa, ainda que apenas situativamente indiciada, desse bem jurídico.

Essa constatação torna ineliminável, de acordo com o princípio da necessidade da intervenção penal, a busca de um outro bem jurídico-penal, para justificar a incriminação.

O Acórdão n.º 144/2004 [...] faz apelo direto à dignidade da pessoa humana, para validar jurídico-constitucionalmente (e não como 'mera proteção de

sentimentalismos ou de uma ordem moral convencional') a incriminação do lenocínio.

A dignidade da pessoa humana é a mais basilar ideia regulativa de toda a ordem jurídica. No plano constitucional, é-lhe reconhecida a natureza de um dos dois fundamentos do Estado português (artigo 1.º da CRP). Nessa qualidade, é fonte primária da disciplina da atuação dos poderes públicos para com as pessoas, nela radicando, não só como limite, mas também como tarefa, valorações constitutivas de princípios constitucionais, de direitos fundamentais de defesa, bem como de pretensões a prestações, no quadro dos direitos económicos, sociais e culturais.

Em todas estas irradiações normativas, consensualmente admitidas, a ideia da dignidade da pessoa humana tem operado normalmente como produtora de sentido fundante e de conteúdos para direitos expressamente consagrados.

Mas não se exclui que, em veste integrativa, dela possa resultar o reconhecimento de direitos não especificamente previstos. Assim aconteceu com o direito a um mínimo de existência, na sua vertente positiva de direito a prestações públicas garantidoras da sobrevivência, em situações de necessidade, o qual, pelo Acórdão n.º 509/2002, foi imediatamente fundado na dignidade da pessoa humana.

Em todas estas projeções, a dignidade da pessoa humana tem um alcance prescritivo que leva ao reconhecimento de posições jurídico-subjetivas constitucionalmente tuteladas. E ainda que não constituindo um sistema fechado, do extenso e diversificado catálogo de direitos fundamentais é possível inferir uma unidade de sentido, como consagração de um conjunto articulado de valores constitucionais atinentes à pessoa humana. Daí que a excepcional fundamentação direta e exclusiva de certa solução tuteladora de uma pretensão subjetiva em exigências postuladas pela dignidade da pessoa humana, sem passar pela mediação concretizadora de uma regra de proteção de um concreto bem jurídico, se possa ainda mover estritamente dentro do universo axiológico-normativo da Constituição.

É em direção de certo modo oposta a esta que a ideia foi mobilizada pelo Acórdão n.º 144/2004, não como fundamento de um direito contra o Estado, mas como fundamento do exercício do poder punitivo do Estado, em compressão de direitos fundamentais. O que logo suscita a questão de saber se da dignidade da pessoa humana são inferíveis, para os particulares, imposições de conduta penalmente sancionáveis, mesmo quando o incumprimento não ofende qualquer bem específico. O que, noutras palavras, se interroga é se tem acolhimento constitucional um padrão objetivo de dignidade não conexas com a liberdade e a integridade da personalidade de outrem, em termos tais que leve a conferir-lhe valor legitimante da incriminação de uma conduta lesiva, no relacionamento interpessoal.

Esta última nota é indispensável para uma definição rigorosa daquilo que está em questão. Na verdade, não se trata apenas de negar garantia jurídica à atividade de lenocínio, o que a coloca fora do âmbito de proteção constitucional da liberdade de profissão e da liberdade de iniciativa económica privada. Para além da ineficácia vinculativa de contratos, neste âmbito, por essa via facilmente se justificam, *prima facie* (sem necessidade de ponderações, em concreto), medidas restritivas da liberdade de ação, como, por exemplo, certas medidas de polícia ou a proibição de publicidade.

Para justificar soluções deste tipo, basta considerar (corretamente) que a atividade de proxenetismo não é abrangida pelo âmbito de proteção de nenhuma das normas constitucionais garantidoras da liberdade de ação. Mas, mais do que isso, do que aqui se trata é de saber se ela preenche o conceito material de crime, com as restrições daí decorrentes para direitos fundamentais do agente. Não se questiona se essa atividade merece ou não proteção constitucional; o que se questiona é se ela é causa legítima de afetação, através da ação punitiva do Estado, de bens protegidos.

Por isso mesmo, não se revela conclusiva a ideia, em si mesma de justiça inatacável, de que 'a autonomia de uma pessoa ou o seu consentimento em determinados atos não justifica, sem mais, o comportamento do que auxilie, instigue ou facilite esse comportamento' (Acórdão n.º 144/2004). É bem verdade que a tolerância perante o próprio que desenvolve uma conduta vista pelo Estado e pela sociedade como um mal, em função do respeito pela liberdade individual, não tem necessariamente que se estender ao terceiro que promove essa conduta, retirando daí ganhos pecuniários. 'Tal como, em geral, as ações que afetam outros', essa intervenção de um terceiro deve estar sujeita a 'controlo social' (Stuart Mill, *On Liberty*, ed. de 1978, Indianapolis/Cambridge, p. 97). Mas este entendimento deixa intocada a questão posta, no ponto decisivo de saber se é constitucionalmente legítimo que esse controlo se exerça (também) por meios penais.

No caso, já argumentativamente apontado (Maria Fernanda Palma, *Direito constitucional penal*, Coimbra, 2006, p. 78, n. 69), da 'severa punição do tráfico de droga', por contraste com a descriminalização do consumo, a legitimidade daquela punição é incontroversa, justamente porque é certo que o tráfico possibilita e potencia a afetação de bens pessoais dos consumidores, com proteção constitucional.

[...]

Ora, não parece sustentável que a ideia geral e abstrata de dignidade da pessoa, desvinculada de qualquer dimensão garantística da autodeterminação de quem se prostitui, conserve ainda um conteúdo constitucionalmente determinado, capaz de validar a restrição a direitos fundamentais que a criminalização representa.

Como vimos, a densificação e concretização jurídico-positiva dessa ideia, na ordem constitucional, são levadas a cabo pela consagração de direitos de defesa e de direitos sociais, cobrindo a dupla dimensão negativa e positiva da dignidade da pessoa. Por esse todo normativo é possível dar substância à posição constitucional de igual reconhecimento e respeito de que cada pessoa, individualmente considerada, como ser único e diferenciado, goza.

Mas falham de todo indicações normativas precisas, no plano constitucional, para fazer decorrer da dignidade da pessoa humana obrigações negativas de conduta, criminalmente sancionáveis, não impostas pela tutela de bens pessoais de outra pessoa.

[...]

Deste modo, a paradoxal objetivação, no plano das relações intersubjetivas, do atributo pessoal da dignidade, impositiva de deveres não correlacionados com o necessário respeito pela concreta autoconformação da personalidade do outro, não é feita a partir de dados da própria Constituição, mas de uma ideia prévia e exógena a ela, com base na moral comum.

Não se afigura, assim, que a intervenção do direito penal, neste domínio, vise 'salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos', como exige o n.º 2 do artigo 18.º da CRP. Ela decorre, antes, da tutela dos 'bons costumes', conceito que, embora radique noutros complexos normativos e não se mostre concretizável por inferências retiradas da Constituição portuguesa – que, aliás, ao invés de outras leis fundamentais, não lhe faz qualquer referência –, é elevado a padrão constitucional, como fator de legitimação de uma incriminação e, logo, de restrições a direitos fundamentais do agente do crime.

[...]

Está fora de qualquer dúvida de que a proteção da liberdade sexual das pessoas está entre os fundamentos, não só 'ético-sociais', como também jurídico-constitucionais, da 'vida em sociedade' (para utilizarmos a epígrafe da versão inicial do Código Penal de 1982). O que se contesta é que uma certa conceção de ordem moral (ainda que generalizadamente aceite no meio social) constitua, em si mesma, uma dimensão da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, justificando a sua aplicação autónoma no âmbito criminal, sem conexão com a tutela de um bem constitucionalmente definido e protegido.

Há que concluir que a caracterização legal do crime de lenocínio, ao dispensar, após a revisão de 1998, como elemento estrutural do tipo, o aproveitamento pelo agente de uma situação de abandono social ou de carência económica da vítima, ultrapassa, com ofensa ao princípio da proporcionalidade, o que seria justificado pela função tutelar de um específico bem jurídico-penal.

[...]” (sublinhados acrescentados).

2.2.3. No Acórdão n.º 641/2016, divergiram o Senhor Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro e o Senhor Conselheiro Presidente Manuel da Costa Andrade. O primeiro fê-lo apondo à decisão a seguinte declaração de voto (que retomou, por remissão, no Acórdão n.º 694/2017):

“[...]”

Votei vencido por entender que a norma do n.º 1 do artigo 169.º do Código Penal, na redação dada pela Lei n.ºs 65/98, de 2 de setembro, é inconstitucional, por violação do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

A Reforma de 1998 – Lei n.º 65/98 –, ao suprimir do elemento do tipo legal de lenocínio a «exploração de situações de abandono ou de necessidade económica» tornou indefinido o bem jurídico por ele tutelado: a liberdade sexual da pessoa que se prostitui?; a moral sexual?; uma determinada conceção de vida?; a paz social?

A questão da identificação do bem jurídico que a norma visa proteger suscitou na doutrina e na jurisprudência divergências interpretativas que não deixarão de persistir enquanto não houver uma reformulação do preceito. É que a supressão daquela exigência típica também eliminou a ligação do comportamento ao bem jurídico da liberdade e da autodeterminação sexual, com a conseqüente incriminação de comportamentos que vão além dos que ofendem esse bem jurídico e relativamente aos quais não se pode afirmar a necessidade de restrição do direito à liberdade (cfr. votos de vencido nos Acórdãos n.º 396/2007 e 654/2011, cuja fundamentação acompanho).

De modo que só fazendo uma interpretação restritiva da norma, no sentido de se aplicar apenas aos casos em que a vítima se encontra numa situação de necessidade económica e social, é possível afirmar que o tipo legal para proteger o bem jurídico da liberdade sexual. Simplesmente, não pode considerar-se que a letra da lei é mais ampla que o seu espírito quando foi o próprio legislador que quis eliminar do texto da lei aquela exigência. Se o fez para proteção de outros bens jurídicos, não o deveria deixar inserido no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

E não é no valor da dignidade da pessoa humana que se pode encontrar o bem jurídico-constitucional digno de proteção penal. Como refere Figueiredo Dias, não é «essa a natureza do princípio, como não é essa a função de que surge investido em matéria penal; antes sim a de se erguer como veto inultrapassável a qualquer atividade do Estado que não respeite aquela dignidade essencial e, deste modo, antes que como fundamento, como limite de toda a intervenção estadual» (O 'direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional implícito', in, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 145, pág. 260).

Portanto, admitindo que a conduta de quem, profissionalmente, ou com intenção lucrativa, fomenta, favorece ou facilita o exercício de prostituição por pessoa que se encontra numa situação de necessidade económica e social necessita de tutela penal, com entendo, então só a introdução desse último elemento no tipo legal colocará o preceito em conformidade com a Constituição.

[...]” (sublinhados acrescentados).

Por sua vez, o Senhor Conselheiro Presidente Manuel da Costa Andrade divergiu da maioria formada no Acórdão n.º 641/2016 mediante a declaração de voto que ora se transcreve (que retomou, por remissão, nos Acórdãos n.os 421/2017, 694/2017 e 90/2018):

“[...]

Votei vencido por estar convencido de que a norma de incriminação e punição do lenocínio constante do n.º 1 do artigo 169.º do Código Penal é contrária à Constituição, por violação do disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República. E é assim porquanto a incriminação da conduta típica não está preordenada à salvaguarda – menos ainda é para tanto necessária – de quaisquer ‘direitos ou interesses constitucionalmente protegidos’. Ou dito em linguagem da doutrina penal, não é necessária à proteção de qualquer bem jurídico. Bem jurídico que não se descortina na pertinente área de tutela típica. Noutra perspetiva, estamos perante uma manifestação concreta dos chamados ‘crimes sem vítima’, no sentido criminológico do termo, na linha da E. Shur (victimless crimes ou crimes without victims. Cf. Edwin Schur, Crimes Without Victims: Deviant Behavior and Public Policy, Prentice Hall inc.1965).

É seguramente assim a partir da reforma de 1998. Que inter alia eliminou o inciso –‘exploração de situação de abandono ou de necessidade económica’ – constante da versão originária (de 1982/1995). E deste modo abriu deliberadamente mão do momento da factualidade típica que associava a infração à ofensa à liberdade sexual e deixou atrás de si uma incriminação exclusivamente votada à punição de ‘quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar’ uma prática em si mesma irrelevante e indiferente para o direito penal – a prostituição. Assim, o afastamento da liberdade sexual da área de proteção da norma deixa apenas em campo a prevenção ou repressão do pecado, um exercício de moralismo atávico, com que o direito penal do Estado de Direito da sociedade secularizada e democrática dos nossos dias nada pode ter a ver.

Uma consideração das coisas contra a qual não pode pertinentemente invocar-se a ideia de obviar a perigos contra a dignidade ou a autonomia das pessoas – homens ou mulheres – envolvidas na prostituição. Na certeza de que a incriminação é que pode, ela própria, configurar um atentado perverso à dignidade ou autonomia das pessoas. Que sendo adultas, esclarecidas e livres – no fundo a situação típica pressuposta pela incriminação – devem poder legitimamente

escolher conduzir a sua vida tanto à sombra da 'virtude' como do 'pecado'. Uma escolha insindicável, que devem poder levar à prática, inteiramente resguardados contra a intromissão do direito penal. De outro modo e acolhendo-nos à síntese de Figueiredo Dias, 'teríamos uma situação absolutamente anormal e incompreensível: a de o direito penal, pretendendo tutelar o bem jurídico da eminente dignidade (sexual) da pessoa, sacrificá-lo ou violá-lo justamente em nome daquela dignidade. Pois é claro que pertence à liberdade da vontade da pessoa dedicar-se ou não ao exercício da prostituição. O que colocaria o Estado (detentor do jus puniendi) na mais contraditória e perversa das situações: a de sacrificar a integridade pessoal invocando como legitimação o propósito de a tutelar!' (Figueiredo Dias, 'O 'direito penal do bem jurídico' como princípio jurídico-constitucional implícito', RLJ, ano 145.º, maio-junho de 2016, p. 261). Nesta linha não podemos acompanhar o entendimento que a este propósito vem sendo sistematicamente sufragado pelo TC. Que tem procurado apoiar a legitimação material da incriminação na sua relação 'com os valores da liberdade e da integridade moral das pessoas que se prostituem', como se sustenta, entre outros, no Acórdão n.º 144/2004 (no mesmo sentido, Acórdãos n.ºs 170/2006, 396/2007, 141/2010, 559/2011, 203/2012, 149/2014). Explicitando que a 'intervenção do Direito Penal neste domínio tem, portanto, um significado diferente de uma mera tutela jurídica de uma perspetiva moral, sem correspondência necessária com valores essenciais do Direito e com as suas finalidades específicas num Estado de Direito. O significado que é assumido pelo legislador penal é, antes, o da proteção da liberdade e de uma 'autonomia para a dignidade' das pessoas que se prostituem'. Uma consideração das coisas que é posta em crise quando confrontada com o recorte típico da incriminação. Que pune os factos mesmo nas constelações fácticas em que as pessoas que se prostituem, sendo maiores, o fazem com toda a liberdade e autonomia. O que obriga o TC a acolher-se a uma insustentável razão de paternalismo. Argumentando que "ainda que se entenda que a prostituição possa ser, num certo sentido, uma expressão de livre disponibilidade da sexualidade individual, o certo é que o aproveitamento económico por terceiros não deixa de poder exprimir já uma interferência que comporta riscos intoleráveis, dados os contextos sociais da prostituição, na autonomia e liberdade do agente que se prostitui (colocando-o em perigo), na medida em que corresponda à utilização de uma dimensão especificamente íntima do outro não para fins dele próprio, mas para fins de terceiro" (id. ibid). Para além desta (suposta) tutela da autonomia e da liberdade – contra o (efetivo) sacrifício da autonomia e da liberdade –, sobra ainda a ideia de prevenção do risco de exploração. Assim e ainda nos termos do mesmo acórdão: 'o facto de a exploração legal não exigir, expressamente, como elemento do tipo uma concreta relação de exploração não significa que a prevenção desta não seja a motivação fundamental da incriminação a partir do qual o aproveitamento económico da prostituição de quem fomenta, favoreça ou facilite a mesma exprima, tipicamente, um modo social de exploração de uma situação de carência e desproteção social' (ibid). Em vez de uma incriminação preordenada à tutela da autonomia e da liberdade sexual,



teríamos então uma infração, concebida como crime de perigo abstrato e apostada em obviar ao perigo de um 'modo social de exploração de uma situação de carência e desproteção social'. Bem podendo, por isso, acontecer que a prevenção do perigo abstrato de uma forma desviante de comportamento ou de condução da vida se faça à custa do sacrifício da liberdade e da autonomia sexual. Afinal de contas, à custa do sacrifício do único bem jurídico em nome do qual o legislador pode incriminar comportamentos humanos relacionados com a vida sexual das pessoas.

É por isso que não posso acompanhar o entendimento de que a norma constante do artigo 169.º do Código Penal na versão vigente satisfaz as exigências de que a Constituição da República faz depender a legitimação material da criminalização.

[...]” (sublinhados acrescentados).

2.2.4. As apontadas divergências atingiram, por fim, um último desenvolvimento na decisão ora recorrida – Acórdão n.º 134/2020 –, que se pronunciou no sentido da inconstitucionalidade da norma incriminadora do lenocínio, ali se afirmando o seguinte:

“[...]

6. Num Estado de direito democrático, o legislador ordinário dispõe inerentemente de uma grande liberdade para a definição das normas jurídicas que disciplinam a vida social. Em razão da legitimidade que para esse efeito lhe é atribuída pela comunidade, é inequivocamente a si que compete definir, entre tantas outras matérias, as condutas cuja prática atrai uma sanção penal e o exato recorte dessas condutas. No entanto, esta intervenção criminalizante está sujeita a certas limitações constitucionais, encontrando no princípio do direito penal do bem jurídico (à semelhança do que, embora com variações, se verifica em vários outros ordenamentos jurídicos) um primeiro e fundamental constrangimento. Manifestação específica do imperativo de proporcionalidade a que transversalmente se subordina a restrição de direitos fundamentais, este princípio perfila-se como uma barreira ao excesso – seja ele arbitrário ou apenas inadvertido – na restrição do direito à liberdade pela via penal, proibindo toda a criminalização que não possa ser justificada em nome de outros direitos ou interesses constitucionalmente consagrados.

Ainda que, considerada a representatividade de que a atuação do legislador ordinário se reveste – em especial quando ela se exprima, como aqui necessariamente acontece, através de lei formal (lex stricta) –, a criminalização de uma conduta possa sempre supor-se exprimir o que em determinado momento constitua um sentimento de censura ético-jurídica dominante na sua comunidade, é indispensável que essa conduta se mostre ofensiva – e suficientemente ofensiva – para um bem jurídico com dignidade constitucional. De facto, se à criminalização

de uma conduta é inerente a restrição de um direito consagrado na Constituição (o direito à liberdade, consagrado no seu artigo 27.º) e se, conseqüentemente, a lei só pode restringir esse direito na medida necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses consagrados na Constituição (nos termos do seu artigo 18.º, n.º 2), a conclusão que se impõe é a de que a lei só pode criminalizar uma conduta na medida necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses consagrados na Constituição.

Por outro lado, constituindo a restrição do direito à liberdade a consequência jurídica mais drástica de entre as que o ordenamento jurídico português admite, justifica-se que os limites da atuação legislativa que se traduza em sancionar uma dada conduta com essa consequência sejam entendidos como manifestações especialmente intensas do princípio da proporcionalidade. Não porque envolvam qualquer variação estrutural desse princípio: trata-se, ainda aqui, essencialmente de procurar as linhas a partir das quais o parâmetro constitucional se opõe e impõe à vontade da maioria democraticamente organizada. Antes porque permitem que logo à partida se assuma que os juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito em que o mesmo se desdobra só serão positivos quando a favor dessa restrição militem nítidas exigências de proteção de outros direitos fundamentais, podendo neste sentido considerar-se que a margem de liberdade do legislador ordinário na criminalização de condutas é menos ampla do que o é na generalidade da sua atuação.

Daí que se justifique uma designação própria – ‘princípio do direito penal do bem jurídico’ (vd. sobretudo Jorge de Figueiredo Dias, ‘O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional – Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações’, XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Coimbra Editora, 2009, p. 31 ss.) –, designação essa cujo alcance, portanto, não será apenas o de operar uma especificação temática do princípio da proporcionalidade para as matérias penais (e, mais particularmente, para a criminalização de condutas), mas o de denotar desde logo que essa especificação se funda no reconhecimento de uma suficiente autonomia taxonómica ao princípio do direito penal do bem jurídico, que o individualiza dentro do reino da proporcionalidade a que pertence. É essa autonomia que explica a utilização de conceitos também próprios no contexto do juízo de proporcionalidade que este princípio requer: fala-se aí de ‘dignidade de tutela penal’ para significar a exigência de que exista um bem jurídico-constitucional que a norma incriminatória seja adequada a tutelar; de ‘carência de tutela penal’, ou de ‘subsidiariedade da intervenção penal’, para exprimir a exigência de que essa norma seja necessária para realizar essa tutela. Continua em qualquer caso geralmente a falar-se aí de ‘proporcionalidade em sentido estrito’ para significar o exercício de ponderação dos direitos ou conjuntos de direitos que, vencidos os dois testes anteriores, se vejam em conflito. Mas também aqui, ou talvez até sobretudo aqui, avultam as especificidades

desta matéria, porque, conforme referido, um daqueles conjuntos integra necessariamente o direito à liberdade.

Por fim, importa notar que, se a prática de certas condutas, de que é exemplo paradigmático a conduta de homicídio, não corresponde ao exercício de qualquer direito fundamental – caso em que a restrição do direito à liberdade, além de inerente à criminalização, tende a constituir o seu único efeito –, muitos (ou mesmo uma grande parte dos) tipos legais de crime previstos no nosso ordenamento jurídico-penal coenvolvem, pelo menos *prima facie*, uma restrição de outros direitos fundamentais. É disso exemplo o crime de difamação previsto no artigo 180.º do Código Penal, de que decorrem limites ao exercício das liberdades de expressão e de imprensa. Nestes casos, um juízo positivo de proporcionalidade tenderá a ser mais difícil do que em geral, na medida em que aí estejam de facto em causa, ao lado do direito à liberdade e no mesmo prato da balança que ele, outros direitos fundamentais ainda. No outro prato de balança terá de estar, não apenas um direito ou interesse constitucionalmente protegido, mas, nas palavras do Acórdão n.º 99/2002, «um direito ou bem constitucional de primeira importância».

O princípio do direito penal do bem jurídico constitui – pode dizer-se com segurança – um elemento sólido da jurisprudência deste Tribunal Constitucional (cf., por exemplo, e embora nem todos prolatados no sentido da inconstitucionalidade, os Acórdãos n.ºs 25/84, 85/88, 426/91, 527/95, 288/98, 604/99, 312/2000, 516/2000, 99/2002, 337/2002, 617/2006, 75/2010, 377/2015). Não se divisam, nem aí nem na doutrina nacional, sintomas consideráveis de uma tendência para a preterição do princípio do bem jurídico como referência matricial do conceito material de crime em favor de outros como o da proteção do ordenamento jurídico ou o da proteção da vigência da norma (cf. novamente Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*, p. 40), nem razões bastantes para que as críticas que lhe podem plausivelmente ser apontadas sejam vistas como insuperáveis (cf. e.g. Maria João Antunes, *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*, Almedina, 2019, p. 43 ss.; José de Faria Costa, 'Sobre o objeto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito não iliberal', *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 142, n.º 3978 (2013), p. 158 ss.). Contudo, naturalmente, a existência de consenso em torno deste princípio não impede a existência de dissenso quanto à questão de saber se uma dada conduta se mostra ou não ofensiva – e suficientemente ofensiva – para algum bem jurídico com dignidade constitucional. É o que se verifica em relação à conduta criminalizada no artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, cuja fiscalização é solicitada nos presentes autos.

7. O Tribunal Constitucional tem respondido a essa questão afirmativamente – ou seja, no sentido de que a conduta atualmente prevista no n.º 1 do artigo 169.º do Código Penal se mostra suficientemente ofensiva para direitos e interesses constitucionalmente consagrados para que se não exponha a inconstitucionalidade no confronto com o parâmetro do artigo 18.º, n.º 2, da Lei Fundamental. Foi sempre

assim desde a primeira vez em que sobre aquela norma foi chamado a pronunciar-se, no Acórdão n.º 144/2004 [...].

[...]

8. O entendimento foi reiterado pelo Tribunal Constitucional v.g. nos Acórdãos n.ºs 196/2004, 303/2004, 170/2006, 396/2007, 522/2007, 591/2007, 141/2010, 559/2011, 605/2011, 654/2011, 203/2012, 149/2014, 641/2016, 421/2017, 694/2017, 90/2018 e 178/2018. Se nestas decisões se reiterou o sentido decisório acolhido no Acórdão n.º 144/2004, é aí também discernível um certo desígnio de reconciliação desse veredito de não inconstitucionalidade com o princípio do direito penal do bem jurídico, que na fundamentação daquele Acórdão desempenhara um papel discreto. Não que aí tenha sido exatamente renegado: a consideração dispensada ao princípio é visível na parte da fundamentação onde se procura afastar a ideia de que este tipo legal de crime mais não faz do que tutelar «sentimentalismos» ou «uma ordem moral convencional particular» e se procura antes atribuir-lhe a tutela de valores mais concretos, como a «liberdade» e «uma 'autonomia para a dignidade' das pessoas que se prostituem». No entanto, ao concluir-se que o «significado que é assumido pelo legislador penal» com este tipo legal de crime é o da «proteção por meios penais contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência», proteção essa que seria «diretamente fundada no princípio da dignidade da pessoa humana», acaba por admitir-se ao princípio do direito penal do bem jurídico uma maleabilidade tal que dificilmente poderia deixar de conduzir a um considerável esvaziamento – ou, pelo menos, a uma problemática indefinição – do seu conteúdo prescritivo: qualquer norma incriminatória poderia justificar-se, praticamente sem ulterior especificação normativa, em nome da proteção da dignidade da pessoa humana ínsita no artigo 1.º da Constituição.

A ideia de que pode ver-se no princípio da dignidade da pessoa humana um bem jurídico capaz de assegurar a proporcionalidade da restrição da liberdade inerente à criminalização de uma conduta, ou de que esse princípio pode de algum outro modo autónomo sustentar a criminalização de uma conduta, é, porém, uma ideia que suscita sérias reservas. Desde logo, de um ponto de vista sistemático, porque ele surge consagrado na nossa Constituição enquanto princípio fundamental, e não – como noutras Constituições – enquanto direito fundamental. Depois, nos planos literal e teleológico, porque o elevado grau de abstração que o caracteriza tende a impedi-lo de desempenhar adequadamente funções prescritivas concretas. Na síntese constante do Relatório da Delegação Portuguesa à 9.ª Conferência Trilateral (Itália, Espanha e Portugal), 'O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional', 2007, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), p. 2 –, «com o alcance que lhe é dado pela Constituição – de critério último de legitimidade do poder político estadual – o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por ter um conteúdo de tal modo amplo (idêntico afinal de contas a um dos elementos constantes da tradição do Estado de direito) que não chega a ter densidade

suficiente para ser fundamento direto de posições jurídicas subjetivas»). Conclui-se aí: «O que nele se contém é por isso, e ao mesmo tempo, algo mais e algo menos do que um direito. Quando muito o princípio confere ao sistema constitucional de direitos fundamentais unidade e coerência de sentido, ajudando as tarefas práticas da sua interpretação e integração. O que se lhe não pode pedir é que ele seja tomado, em si mesmo, como fonte de um outro e autónomo direito (fundamental).» Esta perspetiva – como ali igualmente se expõe – reúne consenso doutrinário e tem recebido acolhimento reiterado na nossa jurisprudência constitucional desde os seus primórdios (vd. logo o Acórdão n.º 6/84), ainda que com alguns desvios, em todo o caso bem circunscritos.

Se o princípio da dignidade da pessoa humana não pode geralmente fundamentar direitos subjetivos de modo direto e autónomo, mais dificilmente ainda poderá fundamentar, desse modo direto e autónomo, restrições a esses mesmos direitos. O seu elevado grau de abstração prejudica a sua utilização tanto para um efeito como para o outro, mas a segunda apresenta-se ainda como uma utilização contra libertate, o que por si só suscita fundadas dúvidas teleológicas e axiológicas. Pode então dizer-se que a abstração do princípio da dignidade da pessoa humana o impede, em via de regra, de ser visto como fonte de prescrições precisas – de «soluções jurídicas concretas», nas palavras do Acórdão n.º 105/90 –, sejam elas favoráveis ou desfavoráveis de um prisma individual, mas especialmente as segundas. Decerto que a criminalização de uma conduta almeja ela própria a produzir efeitos benignos, mas a beneficiária destes efeitos, mesmo quando se trate da proteção de direitos e interesses de natureza eminentemente pessoal, é a comunidade como um todo. Não tem o princípio da dignidade da pessoa humana como desígnio fundamental, justamente, impedir a instrumentalização do indivíduo para a consecução de finalidades comunitárias, ainda que presumivelmente louváveis? Isto mesmo faz com que o princípio da dignidade da pessoa humana «não deva constituir fundamento de validade constitucional de uma incriminação como a constante do atual art. 169.º, mas possa pelo contrário, ao menos em certas circunstâncias, ser legitimamente invocado como fundamento da sua inconstitucionalidade» (Jorge de Figueiredo Dias, op. cit., p. 41).

Mesmo deixando de parte esse e outros relevantes problemas (por exemplo, de legalidade criminal) suscitados por uma criminalização autonomamente filiada num princípio tão abstrato como o da dignidade da pessoa humana – paradigmático, na verdade, da categoria dos 'conceitos essencialmente contestados' –, e mantendo-nos antes num estrito horizonte de proporcionalidade, como poderá, pois, fazer-se decorrer diretamente de um tal princípio, que não de alguma sua concretização tangível, uma concreta e garantida restrição de direitos fundamentais? Como afirma Manuel da Costa Andrade, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*, Coimbra Editora, 1996, p. 13, se «a dignidade humana é a verdadeira realidade numenal protegida pelo direito penal», ela é-o forçosamente «sob a forma e sub nomine dos bens jurídico-penais de índole pessoal», as únicas

«mostrações ou cintilações fenomenológicas acessíveis à racionalidade jurídica». Sem a referência de um direito ou interesse específico, é a própria avaliação da proporcionalidade que fica inviabilizada, por nada haver num dos pratos da balança que seja minimamente mensurável.

[...]

9. [O] Acórdão n.º 178/2018, confirmando a Decisão Sumária n.º 129/2018, acrescentou aos argumentos acima expostos alguns dados empíricos relevantes:

«(...) Neste sentido, corroborando as conclusões dos Acórdãos citados, estudos sobre prostituição (...) demonstram que cerca de 75% a 90% das mulheres prostituídas foram vítimas de agressões físicas ou abuso sexual na infância, no seio da sua própria família e a maioria das pessoas prostituídas, de ambos os sexos, foi iniciada na prostituição por terceiros quando era menor de idade, havendo prova empírica suficiente de que a vitimação por abuso sexual na infância ou na adolescência contribuiu, de forma significativa, para a sua entrada na prostituição. Aproximadamente 90% das mulheres inquiridas indicou que gostava de deixar a prostituição, mas que tinha medo de ser rejeitada e de não ter emprego (...). Um outro estudo revelou que 62% das mulheres na prostituição relataram terem sido vítimas de violação e 68% apresentam sintomas de stress pós-traumático tal como as vítimas de tortura (...), sendo consensual entre os estudos feitos o elevado risco de violência e de morte das mulheres prostituídas (...).

Por outro lado, o fenómeno da prostituição, nas últimas décadas, passou a estar ligado ao tráfico de mulheres e de meninas para exploração sexual, um dos negócios mais rentáveis do mundo e que criou a chamada “escravatura” dos tempos modernos, sendo a linha de fronteira entre serviços sexuais prestados com consentimento e prostituição forçada ténue e muito difícil de provar. A prostituição é hoje considerada uma forma de violência contra as mulheres integrada no conceito de violência de género, que atinge de forma desproporcionada as mulheres só pelo facto de o serem (Lobby Europeu de Mulheres, Resolução do Parlamento Europeu, de 5 de abril de 2011). Para além destas considerações, a prostituição é uma instituição patriarcal que promove na sociedade a ideia de que o dinheiro permite aos homens o uso do corpo das mulheres como objeto sexual, propriedade dos homens, constituindo uma violação da dignidade humana de todas as mulheres e um obstáculo à construção de uma sociedade baseada na igualdade de género, tarefa fundamental do Estado imposta constitucionalmente no artigo 9.º, alínea h), da CRP.

A incriminação das condutas previstas no artigo 169.º, n.º 1, da CRP corresponde, neste contexto, a uma opção de política criminal justificada pela normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social das pessoas prostituídas, que dependem desta atividade para sobreviverem, surgindo a prostituição, em regra,

não como uma escolha sua baseada na liberdade e na autonomia, mas como a continuidade do seu percurso de abandono, pobreza e vitimação por abuso sexual na infância.

(...)

[E]sta norma visa combater um fenómeno invisível na sociedade e que se traduz na exploração das pessoas prostituídas, que prestam um consentimento meramente formal à atividade da prostituição, mas que não vivem em estruturas económico-sociais que lhes permitam tomar decisões em liberdade, por pobreza, desemprego e percursos de vida marcados pela violência e pelo abandono desde uma idade muito jovem. Por outro lado, o fenómeno da prostituição, nos últimos trinta anos, mudou muito, verificando-se uma estrita ligação entre a prostituição e o tráfico de pessoas, o qual atinge dimensões crescentes, inimagináveis há algumas décadas atrás. Verificou-se também que o sistema não tem instrumentos para distinguir, na prática, a ténue linha que separa o consentimento da pessoa para a prática de atos de prostituição das situações de tráfico e prostituição forçada. As leis que criminalizam o uso do serviço sem o consentimento da vítima enfrentam dificuldades sérias na sua implementação e o sistema não consegue aplicá-las efetivamente (...). Neste contexto de política criminal, o desaparecimento do requisito da «exploração de um estado de necessidade ou de abandono» situa-se dentro da margem de liberdade de conformação do legislador democrático e visa, não a tutela de qualquer moral, mas a proteção de direitos fundamentais das pessoas à autonomia, à integridade pessoal, ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade (artigos 1.º, 25.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1, da CRP).

A prostituição é uma questão que preocupa os Estados, por estar associada ao tráfico de pessoas e implicar uma violação de direitos humanos de um número cada vez mais elevado de pessoas, na sua maioria mulheres e crianças migrantes (traficadas de países subdesenvolvidos para países desenvolvidos), impedindo a estas pessoas o acesso à cidadania, à liberdade, à igualdade de direitos, e à autonomia na condução da sua vida. As pessoas são utilizadas como fonte de lucro para outrem, através de uma atividade que é hoje designada como a escravatura dos tempos modernos, tratando-se a prostituição de um dos negócios mais rentáveis do mundo, movimentando cerca de \$186.00 bilhões por ano e envolvendo cerca de 40-42 milhões de pessoas, 90% das quais dependentes de outrem e 75% das quais têm idades compreendidas entre 13 e 25 anos (...). Segundo estatísticas dos Estados membros da EU, cerca de 60% a 90% das pessoas prostituídas são vítimas de crimes de tráfico (...).

(...)

Existe consenso entre os Estados membros da UE de que o tráfico de pessoas e a exploração sexual devem ser erradicados, [existindo dados estatísticos] segundo os quais, em 2008, 90% das pessoas prostituídas eram mulheres e a maioria das

mulheres prostituídas eram migrantes, principalmente da Europa de Leste). Segundo o mesmo estudo do Parlamento Europeu, está a «ganhar apoio crescente a conceção que entende que o negócio da prostituição não pode ser legitimado, por violar os princípios ínsitos na Carta dos Direitos Fundamentais, entre os quais se encontra o princípio da igualdade» (...).

No quadro social e jurídico descrito, dada a complexidade da definição dos instrumentos legais adequados à proteção das pessoas prostituídas e ao combate ao tráfico, não pode deixar de se entender que está dentro da margem de liberdade do legislador democrático consagrar o modelo de criminalização do lenocínio, nos moldes em que o faz o artigo 169.º, n.º 1, do CP, que não padece assim de qualquer vício de inconstitucionalidade material, por violação do princípio da proporcionalidade ínsito no artigo 18.º, n.º 2, da CRP.»

10. Todavia, nem os argumentos de natureza normativa nem os de natureza empírica acima apresentados são capazes de afastar a circunstância de que, na sua configuração atual, o tipo legal de crime do lenocínio simples abrange mais hipóteses do que aquelas que, à luz daqueles mesmos argumentos, se justificaria que abrangesse. Naturalmente, a linha de entendimento segundo a qual este tipo legal de crime é inconstitucional não questiona que «a liberdade, designadamente a liberdade sexual» (Acórdão n.º 421/2017) constitua um direito constitucionalmente protegido para os efeitos do princípio da proporcionalidade decorrente do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, nem que possa existir uma «normal associação», empiricamente comprovável, «entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social, das pessoas que se dedicam à prostituição, fazendo desta um modo de subsistência» (Acórdão n.º 144/2004, reiterado v.g. pelo Acórdão n.º 178/2018). O ponto essencial para a linha que afirma a inconstitucionalidade – ou, pelo menos, o mínimo denominador comum aos vários entendimentos que nela se inscrevem – é o de que é ilegítimo, em nome dessa tendencial associação e a fim de garantir a punição de todos os casos em que ela efetivamente se materialize, criminalizar hipóteses em que isso manifestamente não ocorre.

Mais longe vão Anabela Miranda Rodrigues / Sónia Fidalgo, 'Artigo 169.º', Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª ed. (CCCP-I), p. 798 s., para quem «[n]em mesmo a exigência que se fazia na versão do CP de 1995 quanto à verificação do elemento típico 'exploração de situações de abandono ou de necessidade económica' justificava [a] incriminação», pois «de vontade deficiente na decisão não se pode falar logo, só pelo facto de a pessoa estar em situação de abandono ou de necessidade económica». Procurando novamente um denominador comum mínimo, terá pelo menos de concordar-se que o papel que era desempenhado pela exigência típica de que haja exploração de uma situação de abandono ou necessidade económica da pessoa que se prostitui não foi substituído pelo que é agora desempenhado pela exigência típica de que a



pessoa que favorece, fomenta ou facilita a prostituição o faça profissionalmente ou motivado pelo lucro. Esta exigência, que antes surgia prevista como elemento qualificativo do tipo legal de base e agora faz parte dele, não tem a virtualidade de cingir o âmbito desta norma incriminatória a hipóteses em que existe uma exploração da pessoa que se prostitui, o elemento mínimo para que possa falar-se de um perigo para a liberdade sexual. Na verdade, essa exigência nada diz sobre a pessoa que se prostitui, senão sobre aquela que contribui para que a mesma se prostitua, não se afigurando de todo evidente a existência de um nexo entre o caráter profissional ou lucrativo desta atuação e a debilidade de quem se prostitui. Além disso, a natureza profissional ou o intuito lucrativo da atuação da pessoa que favorece a prostituição não impede o estabelecimento de relações sinalagmáticas com a pessoa que se prostitui. O/A proprietário/a do alojamento que o explora a fim de que aí tenha lugar a prática de prostituição tanto poderá estar, desse passo, a facilitar, fomentar ou favorecer a prostituição de uma pessoa que se encontre numa situação de vulnerabilidade como a de uma pessoa que não se encontre numa tal situação e que tenha, antes e ainda assim, decidido prostituir-se, por exemplo por ver nisso um modo de obter um nível mais satisfatório de rendimento financeiro. Em nenhum de tais casos poderá também dar-se como adquirido ou sequer como significativamente mais provável, a partir do caráter profissional e/ou da intenção lucrativa do/a dono/a da pensão, que a sua ação tenha caráter exploratório, desde logo quando o valor cobrado for um valor normal, idêntico ao que é cobrado a qualquer cliente (na mesma linha, vd. o exemplo formulado por Carlota Pizarro de Almeida, 'O crime de lenocínio no artigo 170.º, n.º 1, do Código Penal (Anotação ao Acórdão TC n.º 144/04)', Jurisprudência Constitucional n.º 7 (2005), p. 34).

Importa notar que a liberdade sexual de uma pessoa inclui a decisão de praticar atos sexuais com outra em razão de se encontrar (objetivamente) ou sentir (subjektivamente) ameaçada por um mal importante não imputável a esta segunda pessoa, cuja conduta, por conseguinte, mesmo que praticada com consciência daquela circunstância, não merece censura penal. Como afirma Pedro Caeiro, 'Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica (em apreciação no Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias)', 2019, in [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt), neste ponto acompanhando Tatjana Hörnle,  
'The new German law on sexual assault and sexual harassment', *German Law Journal* 18, n.º 6 (2017), p. 1323 ss.: «Aí, é crucial distinguir o que deve ser incriminado e aquilo que pertence ainda à auto-organização (ainda que condicionada) da vida sexual. Como bem discorre Tatjana Hörnle, "it is a part of positive sexual freedom to use sexuality not only for pleasure or love, but also in an instrumental way as a means to avert an expected disadvantage"». Daí, no fundo, que seja hoje relativamente incontroversa, entre nós, a falta de dignidade penal da prostituição propriamente dita, assim como do recurso à prostituição, independentemente de a pessoa que se

prostitui o fazer em virtude de uma situação de vulnerabilidade em que se encontre ou de qualquer outra razão, como aquela, já referida, de esta pessoa procurar nisso um rendimento financeiro suplementar relativamente àquele que seria já suficiente para que de uma situação de necessidade económica se não pudesse falar.

[...]

12. Na doutrina, mesmo quem se pronuncia pela não inconstitucionalidade tende a basear essa conclusão numa interpretação restritiva do tipo legal de crime de lenocínio simples, de modo a considerá-lo aplicável apenas a situações em que exista exploração de uma situação de vulnerabilidade de quem se prostitui. É disso exemplo Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 3.ª ed., 2015, p. 673. É também o caso de Inês Ferreira Leite, 'A Tutela Penal da Liberdade Sexual', *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 21, n.º 1 (2011), p. 82, para quem, «mais importante do que construir o bem jurídico tutelado em torno de uma interpretação acrítica do tipo penal, será reconstruir o tipo penal em função de uma interpretação valorativa da incriminação, tendo como farol a verificação da lesão ou da colocação em perigo da liberdade sexual».

Porém, não se afigura possível, quer em face da sua letra, quer da sua história, quer, ainda, de considerações de índole sistemática, interpretar este tipo legal de crime no sentido de o mesmo exigir que tenha havido exploração de uma situação de vulnerabilidade da pessoa que se prostitui: essa exigência não só não consta do n.º 1 do artigo 169.º como foi assumidamente retirada dele pelo legislador e deslocada para a alínea d) do n.º 2 do mesmo preceito – ainda que em termos algo reconfigurados, visto bastar agora que tenha havido aproveitamento (não sendo já necessário que tenha havido exploração) de uma circunstância de especial vulnerabilidade da vítima –, passando portanto a constituir elemento qualificativo de um tipo legal de base que se pretendeu subsistir sem ele. Pela impossibilidade de interpretar o tipo legal daquele modo restritivo conclui também, v.g., Augusto Silva Dias, *op. cit.*, p. 124 s. Deste modo, não poderia acolher-se uma interpretação dessa natureza sem que isso representasse uma denegação da intencionalidade normativa imprimida a esse tipo legal de crime pelo legislador, aqui sim em iminente ingerência na sua liberdade de conformação. A jurisprudência deste Tribunal, de resto, tem sempre suposto uma interpretação deste tipo legal de crime no sentido de o seu âmbito não estar cingido a hipóteses em que haja exploração de uma situação de vulnerabilidade de quem se prostitui, tendo inclusivamente explicitado já que o mesmo abrange casos de exercício de prostituição por «pessoa auto determinada» (Acórdão n.º 294/2004). Simplesmente, tem concluído pela não inconstitucionalidade do tipo legal assim interpretado.

13. Se o Tribunal Constitucional tem entendido ser esse o único sentido normativo possível de extrair do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, e se tem

entendido que esse tipo legal de crime visa ainda a proteção do bem jurídico «liberdade sexual», então é forçoso concluir que o Tribunal o concebe como um crime de perigo abstrato, técnica criminalizadora que, no entender também já expresso pelo Tribunal, apesar de envolver uma significativa antecipação da tutela de bens jurídicos, não se expõe necessariamente a inconstitucionalidade, na medida em que, *inter alia*, efetivamente se ligue ainda à proteção de bens jurídicos (vd. por exemplo os Acórdãos n.ºs 426/91, 246/96, 7/99 e 95/2001). O tipo legal de crime de lenocínio simples abrange situações em que não existe perigo concreto de lesão da liberdade sexual de quem se prostitui, mas isso seria ainda justificável pelo facto de à conduta típica ser inerente um perigo abstrato de lesão desse bem jurídico: a já referida «normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social». É este, pois, atualmente, o ponto essencial do debate.

Contudo, o entendimento aqui acolhido é o de que nem mesmo entendido nesses termos este tipo legal de crime deixa de expor-se a um juízo de inconstitucionalidade, pelas razões que em seguida se apresentam.

Em primeiro lugar pode questionar-se a solidez daquela premissa, bem como a necessidade de recurso à via da criminalização no confronto com outras medidas aptas a alcançar o mesmo objetivo com menor restrição de direitos fundamentais, designadamente a pura descriminalização do lenocínio e a regulamentação da prostituição, no plausível pressuposto de que «os riscos que [com o crime de lenocínio] se querem esconjurar (em todo o caso sempre existentes em algum grau) resultam mais da incriminação da atividade em causa (e assim da natureza 'subterrânea', clandestina, para que é remetida) do que dela mesma» (Pedro Soares de Albergaria/Pedro Mendes Lima, *op. cit.*, p. 238; já Anabela Miranda Rodrigues/Sónia Fidalgo, *op. cit.*, p. 799).

Admitindo que aquela «normal associação» existe, deve em qualquer caso questionar-se se ela permite sustentar um tipo legal de crime com uma estrutura de perigo abstrato. Conforme expõe a este respeito Carlota Pizarro de Almeida, *op. cit.*, p. 31 ss.: «A mera associação (incidindo sobre regularidades estatísticas) pode servir de fundamento a uma presunção, mas não é suficiente para a criação de crimes de perigo. (...) Há uma diferença de fundo entre esta situação e os crimes de perigo abstrato: nestes últimos, o agente só é punível se realizar (efetiva e dolosamente) a atividade de que cuida a incriminação – a qual consiste num início do *iter criminis* que levará (ou levaria) presumivelmente (com base na experiência) à concretização do perigo e eventualmente da lesão (numa relação vertical, de causalidade); no primeiro caso, induz-se, a partir de certos indícios, a verificação (concomitante, mas numa relação apenas horizontal, de coincidência) da conduta proibida e que não se logra provar. Ora em direito penal, como é para todos evidente, não pode haver lugar a presunções sobre a prática do facto proibido (e menos ainda inelidíveis, como seria o caso), pois tal hipótese colide frontalmente

com o princípio da presunção de inocência.» É esta, de resto, a única visão consentânea com o fundamento da admissibilidade genérica do recurso aos crimes de perigo abstrato: o de constituir uma técnica criminalizadora necessária a um direito penal «adequado à sociedade do risco» (Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*, p. 38). Baseada numa mera associação, que não num autêntico nexo causal de perigosidade, a norma incriminatória perde o seu referente teleológico, expondo-se à crítica de que «pune o que não consegue provar por não conseguir provar o que quer punir» (Pedro Soares de Albergaria / Pedro Mendes Lima, *op. cit.*, p. 209). Desse modo – pode acrescentar-se –, a norma conforma-se com a eventualidade de punir também, pelo menos em parte, o que não quer sequer punir, razão pela qual pode duvidar-se que um tipo legal de crime com estas características traduza sequer uma vontade da maioria.

Por outro lado, a configuração de uma norma como crime de perigo abstrato traz consigo particulares exigências no plano da tipicidade – é dizer, da determinabilidade da conduta proibida. Como o Tribunal Constitucional já em várias ocasiões sustentou (e.g., nos Acórdãos n.ºs 20/91 e 426/91), é crucial que o bem jurídico tutelado possa ser claramente identificado e que a conduta típica seja descrita de forma especialmente precisa. Relativamente à norma em apreço, até poderia considerar-se que a mesma satisfaz ambas as exigências: quanto à primeira, embora o bem jurídico pretensamente tutelado não seja absolutamente consensual, é de conceder que existem elementos suficientes para se concluir estar em causa a liberdade sexual; quanto à segunda, embora o tipo legal faça uso de elementos subjetivos e normativos, é relativamente indiscutível o seu âmbito de incidência. O que falha redondamente na norma é o facto de dela não emergir uma possibilidade de conjugação suficientemente robusta entre a primeira e a segunda exigências. Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias/Maria João Antunes, 'Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato', in *Estudos em Homenagem ao Senhor Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro – Vol. I*, Almedina, 2019, p. 157: «Por um lado, a conduta que tem aptidão para colocar em perigo os bens jurídicos dignos de pena – a conduta de exploração de uma situação de carência e desproteção social – não está tipicamente formulada; por outro, a conduta típica descrita não tem aptidão para colocar em perigo os bens jurídicos identificados pela jurisprudência constitucional.» De facto, como os autores notam, é a própria jurisprudência constitucional que tem reconhecido que o perigo pressuposto por este tipo legal de crime não é verdadeiramente o perigo de lesão da liberdade sexual, ou de qualquer outro direito titulado pela pessoa que se prostitui (à autonomia, à integridade pessoal, ao livre desenvolvimento da personalidade), mas o perigo de exploração de uma situação de especial vulnerabilidade em que a mesma se encontra. Ou seja, o perigo de verificação do elemento típico que o legislador retirou do tipo legal. Dá disto exemplo o Acórdão n.º 641/2016, quando aí se afirma que «a ofensividade que legitima a intervenção penal assenta numa perspetiva fundada de que as situações de prostituição,

relativamente às quais existe promoção e aproveitamento económico por terceiros, comportam um risco elevado e não aceitável de exploração de uma situação de carência e desproteção social», acompanhado pelo Acórdão n.º 90/2018, onde se afirma: «não se pressupõe que as situações de prostituição estejam necessariamente associadas a carências sociais elevadas e que qualquer comportamento de fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição comporta uma exploração da necessidade económica ou social do agente que se prostitui, mas antes que tais situações comportam um risco elevado e não aceitável de exploração de uma situação de carência e desproteção social» [...].

É certo que ambos os arestos referem que essa exploração «interfer[e] com – colocando em perigo – a autonomia e liberdade do agente que se prostitui». O facto é que essa exploração não faz parte do tipo legal e está já, portanto, ela própria, a ser pressuposta. A feição que o problema afinal assume é, então, a seguinte: a única linha de entendimento capaz de ainda relacionar este tipo legal de crime com a tutela de bens jurídicos (sc., aquela segundo a qual ele constitui um crime de perigo abstrato destinado a tutelar a liberdade sexual de quem se prostitui) assenta, em última análise, num perigo de verificação de um elemento que não consta desse tipo legal de crime (sc., a exploração de uma situação de vulnerabilidade dessas pessoas). Portanto, assim interpretado, o tipo legal de crime envolve duas presunções (não deve tentar evitar-se o termo, pois nos crimes de perigo abstrato é de presunções que se trata: cf. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*, 3.ª ed., 2019, Gestlegal, p. 360), uma das quais, além de frágil (cf. supra, o ponto 10), se suporta ainda na outra, podendo neste sentido dizer-se estarmos perante um crime de perigo duplamente abstrato. Talvez mais exatamente: de um crime de perigo abstrato elevado ao quadrado, em que: (i) a base é a presunção de que a exploração de uma situação de vulnerabilidade de quem prostitui encerra tipicamente um perigo para a sua liberdade sexual; e (ii) o expoente é a presunção de que a conduta de quem, profissionalmente ou com intuito lucrativo, fomenta, favoreça ou facilite a exercício de prostituição encerra tipicamente um perigo de exploração de uma situação de vulnerabilidade de quem se prostitui. Em resultado desse processo de exponenciação, o âmbito da proibição é muito mais extenso do que aquele que, considerado o bem jurídico que se procura tutelar, seria o seu âmbito natural. Entre este âmbito natural e aquele âmbito exponenciado está um conjunto indiferenciado de condutas que decerto incluirá situações em que há perigo concreto de lesão ou até dano do bem jurídico, mas isto constituirá uma pura contingência, pois nada há no tipo legal de crime que cuide realmente de direcioná-lo para a punição desses casos. É um dos aspetos que o separa de tipos legais como o da condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, previsto no artigo 292.º do Código Penal, em que o perigo de lesão é imanente a toda e qualquer das condutas abrangidas pela norma incriminatória e, por isso, resguarda o tipo legal de

crime do argumento de que não é necessária uma intervenção penal tão antecipada.

14. Nos tipos legais de crime que almejam a tutela da liberdade sexual, o assentimento – mais especificamente, o acordo – do portador concreto do bem jurídico não se limita a traçar uma fronteira entre comportamentos ofensivos e comportamentos inócuos para o bem jurídico, nem uma fronteira entre ofensas intoleráveis e ofensas transigíveis ao bem jurídico, mas uma fronteira entre comportamentos ofensivos do bem jurídico e comportamentos potencialmente necessários à satisfação do bem jurídico (vd. Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, Coimbra Editora, 1991, p. 362 ss. et passim). Por isso que a prática de atos sexuais entre adultos sem o acordo de um deles constitua uma conduta que indiscutivelmente reclama a intervenção do direito penal, mas que a prática de tais atos de forma consensual seja, mais do que lícita, uma expressão igualmente indiscutível desse mesmo bem jurídico.

Isso significa que esses tipos legais envolvem, que têm sempre latente, um potencial efeito restritivo sobre o próprio bem jurídico que justifica a sua existência. Esta conceção dualista do assentimento ou da concordância do portador concreto do bem jurídico – conceção que se mantém incontrovertida – pode, aliás, ser invocada em abono da interpretação restritiva acima referida (no ponto 12), segundo a qual o tipo legal de crime do lenocínio simples continua a pressupor a exploração de uma situação de especial vulnerabilidade de quem se prostitui. Contudo, as mesmas razões então indicadas permanecem aqui válidas: essa afigura-se uma interpretação contra legem, sendo antes forçoso concluir que o legislador pretendeu de facto criminalizar, quando praticada profissionalmente ou com intuito lucrativo, a conduta de fomentar, facilitar ou favorecer a prostituição independentemente de a pessoa que se prostitui ter oferecido o seu acordo à prática dos atos sexuais em que a mesma se traduz. De resto, como já se referiu, a própria exigência de que haja exploração de uma situação de vulnerabilidade da pessoa que se prostitui continua a não pressupor o acordo dessa pessoa à prática de tais atos, pelo que, neste específico ponto, não há diferença sensível entre a vigente redação deste tipo legal de crime e aquela que a precedeu, a qual estabelecia já um crime de perigo abstrato. A diferença é, essa sim, que a redação precedente procurava estabelecer umnexo causal entre a conduta típica e a ofensa ao bem jurídico – se ele era ou não suficiente para assegurar a sua constitucionalidade é questão que aqui não releva, pois não é essa a norma sob fiscalização –, enquanto a redação atual resiste a qualquer tentativa de identificação de umnexo dessa natureza (nos termos explanados supra, no ponto 13).

Já se disse que o recurso à técnica do perigo abstrato na criminalização de comportamentos não está, por princípio, constitucionalmente vedado. O ponto que

se procura agora fazer é o de que os crimes de perigo abstrato, já de si adstritos a especiais condições constitucionais quando comparados com os crimes de dano e os crimes de perigo concreto – onde a ofensa ao bem jurídico é, respetivamente, certa ou mais próxima – são ainda mais difíceis de sustentar quando estejam em causa bens jurídicos suscetíveis de acordo, como a liberdade sexual. Se o acordo do portador, mais do que tornar lícita a conduta do terceiro, a convoca à realização do bem jurídico, o legislador, ao criminalizar um comportamento em nome de um bem jurídico dessa natureza através de uma presunção, está a conformar-se com uma dada probabilidade de restringir o direito à liberdade do terceiro em nome de um direito que não sofreu perigo concreto e, além disso, com uma equivalente probabilidade de restringir o exercício desse mesmo direito por parte do seu portador. Conforme afirma Augusto Silva Dias, op. cit., p. 123, em termos que ajudam a ilustrar esta perspetiva: «Descrições típicas abrangentes que não explicitam suficientemente de que modo as condutas provocam a perda ou redução do valor da integridade pessoal para o seu titular (...), acabam por misturar casos de coisificação com casos de objetivação voluntária do próprio ser humano, isto é, casos de negação da identidade pessoal com situações de exercício normal dessa liberdade.»

Importa notar que o lenocínio apresenta, neste ponto, uma relevante particularidade em relação a outros crimes destinados a tutelar a liberdade sexual: o seu objeto direto ou imediato não é a própria prática dos atos sexuais em que se traduz a prostituição, mas o ato de fomentar, facilitar ou favorecer essa prática. Por essa razão, não se afigura necessariamente de concluir que este tipo legal de crime comporte uma restrição desproporcional da liberdade sexual de quem se prostitui: o tipo legal não veda essa prática, embora limite as condições em que a mesma pode ser desenvolvida, designadamente a possibilidade de associação de quem se prostitui a uma pessoa ou organização de pessoas que fomente, facilite ou favoreça essa prática. Porém, se não se perder de vista que o único desígnio constitucionalmente legítimo deste tipo legal de crime seria o de tutelar a liberdade sexual de quem se prostitui, e que a sua estrutura é a de uma presunção (melhor, de uma cadeia de presunções) segundo a qual essa pessoa não prestou o seu acordo àquela prática, a perspetiva exposta não deixa de se lhe aplicar: o fundamento último do tipo legal não deixa de ser a tutela de um direito que, em face da conduta tipicamente descrita, pode plausivelmente ter sido exercido pelo seu portador.

A criação de crimes de perigo abstrato em nome da tutela da liberdade sexual, ou de outro bem jurídico suscetível de acordo, não está terminantemente excluída em termos constitucionais. Contudo, quando o nexos entre a factualidade típica e o bem jurídico tutelado ou pretensamente tutelado for débil, como se concluiu ser aqui o caso (supra, ponto 13), então, a circunstância de esse bem jurídico ser um bem jurídico suscetível de acordo empresta ainda força suplementar à conclusão – já decorrente, sem mais, daquela debilidade – de que o tipo legal de crime comporta uma restrição desproporcional do direito à liberdade (consagrado

no artigo 27.º da Constituição) de quem, ainda que profissionalmente ou com intuito lucrativo, facilite, fomente ou favoreça a prática da prostituição por outra pessoa. Desenvolvendo-se aquela conduta dentro de um espaço em que, perante o recorte típico da norma incriminatória, a livre disposição do bem jurídico por parte de quem se prostitui se mostra plausível, a sua criminalização não pode deixar de considerar-se desproporcional.

Pode conceder-se que esta norma incriminatória seja adequada a tutelar a liberdade sexual, no sentido de que esta constitui um bem jurídico digno de pena e de que a conduta tipicamente descrita é objetivamente apta a abranger situações em que essa liberdade foi exposta a um perigo concreto de lesão. No entanto, a norma não resiste ao teste da necessidade: a extrema fragilidade do nexo entre a conduta que aí é descrita e o único bem jurídico que a norma poderia tutelar, acrescida do facto de a mesma abranger situações em que há até um exercício da liberdade sexual por parte de quem se prostitui, não permitem a conclusão de que tal norma seja necessária para tutelar esse direito. Mesmo persistindo na via da criminalização, o legislador poderia empreender essa tutela com significativamente menor restrição do direito à liberdade, através de um recorte típico que, podendo porventura ainda configurar-se como crime de perigo abstrato, apresente um autêntico nexo de perigosidade típica entre conduta e bem jurídico. Poderia então ainda discutir-se a proporcionalidade em sentido estrito da norma, mas pelo menos estar-se-ia já num contexto de verdadeiro conflito de direitos e interesses constitucionais. Pelo contrário, a vigente norma incriminatória restringe um direito (à liberdade) em nome de um outro (à liberdade sexual) que pode plausivelmente não ter sido colocado em perigo concreto e ter até sido livremente exercido pelo seu titular, circunstância em que não há, portanto, carência de tutela penal.

Importa apenas acrescentar que esta conclusão não aproveita diretamente a outros tipos legais de crime configurados como crimes de perigo abstrato e destinados a tutelar a liberdade e a autodeterminação sexuais, como a divulgação, ou a detenção com vista à divulgação, de material pornográfico em que sejam utilizados menores, previstas e punidas no artigo 176.º, n.º 1, alíneas c) e d), do Código Penal. Sem encetar um exercício de comparação mais exaustivo e, novamente, sem exprimir qualquer consideração sobre a constitucionalidade de tais normas, pois não são elas as normas sob fiscalização, bastará notar que, ali, a utilização dos menores nos materiais em causa é criminalmente proibida (cf. a alínea b) do mesmo preceito), ao contrário do que acontece com a prostituição; depois, e porque de menores se trata, que essa utilização nunca poderia considerar-se resultante de um exercício de liberdade sexual, razão pela qual, desde logo, se está aqui antes no domínio dos crimes contra a autodeterminação sexual.

[...]" (sublinhados acrescentados).

2.2.5. Em suma, as posições no sentido da inconstitucionalidade da norma contida no artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal têm assentado na afirmação da



perda de conexão com um bem jurídico suficientemente definido, a partir das alterações introduzidas na norma incriminadora pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro. Ao eliminar-se o elemento típico de exploração numa situação de abandono ou necessidade, já não estaria em causa a proteção da liberdade sexual e, por outro lado, a dignidade da pessoa humana seria mobilizável em termos vagos, não oferecendo suporte bastante à incriminação. Não se afigurando viável considerar uma interpretação do preceito mais restritiva do que a sua letra consente, restaria apenas, então, a injustificada criminalização da mera atividade de proxenetismo, a tutela por via penal de interesses morais ou de bons costumes, a evitação “do pecado”, que poderia manifestar-se até com sinal contrário ao da liberdade individual das pessoas que a norma visou proteger. Os possíveis comportamentos atentatórios da dignidade humana estariam fora do tipo, sem poderem considerarse necessária ou mesmo razoavelmente pressupostos na ação expressamente proibida, o que, especialmente estando em causa um comportamento passível de acordo, não consentiria uma construção constitucionalmente conforme de um crime de perigo abstrato, já de si particularmente exigente.

Não é esta, todavia, a única perspetiva a partir da qual pode ser olhada a norma sub *judice*.

2.3. Como é sabido, outras decisões do Tribunal Constitucional, em expressiva maioria, têm adotado uma orientação no sentido da não inconstitucionalidade da norma sub *judice*. Atravessa este entendimento uma ideia – a sua ideia fulcral – de que “[...] a ofensividade que legitima a intervenção penal assenta numa perspetiva fundada de que as situações de prostituição, relativamente às quais existe promoção e aproveitamento económico por terceiros, comportam um risco elevado e não aceitável de exploração de uma situação de carência e desproteção social, interferindo com – colocando em perigo – a autonomia e liberdade do agente que se prostitui” [Acórdão n.º 641/2016, sublinhado acrescentado; esta decisão viria a ser referida pelo Tribunal Constitucional italiano na Sentenza 141/2019, de 06/03/2019, enquanto abonação da conformidade constitucional da criminalização, nesse caso decorrente da chamada *legge Merlim*, das condutas de facilitação e de intermediação (construídas em torno dos conceitos de recrutamento e de favorecimento) ao exercício da prostituição, empreendidas por terceiro (cfr., quanto às referências ao Acórdão n.º 641/2016, os pontos 4.5. e 6.2. das Considerações de Direito da Sentenza)].

Existe, em tais casos – e corresponde ao entendimento deste Tribunal desde a decisão de 2004 –, uma genérica e preponderante apetência da ação descrita no tipo para o desencadear de eventos ou criar situações cujo desvalor (cuja danosidade), causalmente conexionado, imediata ou mediatamente, com o exercício da prostituição, o legislador quis antagonizar, através do instrumento de atuação do Estado correspondente à perseguição criminal, sendo certo que a opção por essa via ocorre num quadro racionalmente compreensível de valoração

das potencialidades desvaliosas da realidade social envolvida (precursora, desencadeada ou propiciada) no conjunto de situações correspondentes ao fomento, favorecimento ou facilitação do exercício da prostituição, por parte de alguém, que não o próprio agente do crime, num quadro de atividade profissional ou de um exercício com intenção lucrativa.

E vale esta opção na intencionalidade que lhe subjaz, independentemente do tratamento legal conferido na nossa Ordem Jurídica aos atos de prostituição, em si mesmos considerados, concretamente à subtração destes a qualquer tipo de perseguição sancionatória, através de uma política usualmente qualificada – e que corresponde à realidade portuguesa – como abolicionista, por oposição a uma política proibicionista ou a um enquadramento legal de tolerância regulamentadora (v. a caracterização destas opções legais, nas suas diversas gradações, em Peter Marneffe, *Liberalism and Prostitution*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 28/30).

Com efeito, o abolicionismo, referido à prática da prostituição, caracteriza um conjunto de políticas públicas que excluem a criminalização da venda de serviços sexuais, em si mesma considerada, e das atividades, exercidas pelo próprio agente da venda, diretamente relacionadas com esta, como seja a solicitação ou a oferta em si mesma. Essa opção não descarta, todavia – conforme demonstra a prática assumidamente abolicionista de diversos países (ibidem) –, sancionar (mesmo até criminalizar) a compra de serviços sexuais ou os comportamentos de terceiros (dos “clientes”) comumente utilizados para a obtenção desses serviços. É o que sucede, por exemplo, com a lei britânica sancionando o chamado *kerb crawling* [v. <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/kerb-crawling>] e, na Suécia, desde 1999, com a aprovação da designada Lei *Kvinnofrid* [v. a entrada *prostitution in Sweden*, na Wikipedia, [https://en.wikipedia.org/wiki/Prostitution\\_in\\_Sweden](https://en.wikipedia.org/wiki/Prostitution_in_Sweden), consultada em 19/01/2021], que não proíbe a oferta de serviços sexuais mediante contrapartida remunerada, criminalizando, porém, o cliente e toda a atividade de gestão de um negócio de aproveitamento económico da prostituição (que envolva o contributo de qualquer pessoa diversa daquela que se prostitui), e a atividade remunerada de agenciamento para o exercício da prostituição [a opção de criminalização do cliente e das condutas paralelas de facilitação ou aproveitamento por terceiros, foi considerada pelo Conseil Constitutionnel francês (Decisão n.º 2018-761, de 01/02/2019) conforme à Constituição].

No contexto geral da opção abolicionista, emprega-se o expressão abolição permissiva (*permissive abolition*, em contraposição a *impermissive abolition*, que sinaliza a perseguição sancionatória do cliente, Peter Marneffe, *Liberalism and Prostitution*, cit, p. 29) para referenciar, no quadro geral de uma política abolicionista, a opção por políticas públicas de não repressão sancionatória ou criminalização, tanto da oferta como da aquisição e

procura de serviços sexuais (a prostituição que só envolve o par individualizado formado pelo agente da oferta e o agente da procura), criminalizando-se, todavia, no conjunto de políticas designadas como abolição permissiva, as atividades intimamente relacionadas com o aproveitamento económico por terceiros do negócio da prostituição, como paradigmaticamente o são a gestão de bordéis, os negócios do tipo clubes ou bares de alterne, que comportem ligação à atividade de prostituição, e mesmo a simples intermediação, com o objetivo de lucro, no negócio da prostituição travada entre os polos originários (quem se prostitui e o cliente).

2.3.1. Não estando, manifestamente, em causa “[...] saber se a incriminação do lenocínio, nos moldes em que se encontra prevista, traduz a melhor opção ao nível da política criminal” (disse-se no Acórdão n.º 421/2017, retomando uma asserção já presente no Acórdão n.º 144/2004, cfr. o respetivo item 8) – constitui tal incriminação uma opção de quem está democraticamente legitimado para efeito da tomada dessas opções –, importa notar que “[...] o critério da necessidade de tutela penal, enquanto decorrência do princípio da proporcionalidade, na dimensão acolhida no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, foi sempre apreciado pela jurisprudência constitucional proferida sobre a incriminação do lenocínio”, o que não impediu que se concluísse pela “[...] legitimação material da norma incriminadora constante do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, na redação conferida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, à luz do princípio da proporcionalidade” (Acórdão n.º 694/2017).

Este entendimento foi reiterado, por último, nos Acórdãos n.ºs 90/2018 e 178/2018, para além de diversas decisões sumárias (v., designadamente, as Decisões Sumárias n.ºs 375/2016, 359/2017, 737/2017, 129/2018 e 519/2018) e “não espelha o imobilismo” que, por vezes, se pretende assinar-lhe em algumas decisões de recusa indutoras de muitos dos recursos apreciados (v. o Acórdão n.º 160/2020). Pelo contrário, resulta esse entendimento de viva discussão de argumentos de sinal contrário, atrás referida, a qual, simplesmente, não conduziu a uma alteração do sentido das decisões, que se reforçaram com novos fundamentos.

Com efeito, no Acórdão n.º 178/2018, pode ler-se:

“[...]”

Em relação à constitucionalidade da norma constante do artigo 169.º, n.º 1, do CP, nos termos da qual «Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição», alega uma vez mais o recorrente que o facto de a norma não exigir como requisito da incriminação «a exploração de situações de abandono ou de necessidade económica», implicaria uma violação, na sua perspetiva, do princípio da proporcionalidade, ínsito no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, por não estar o legislador a tutelar a liberdade sexual das pessoas prostituídas, mas sim uma determinada moral

social, que não competiria ao direito penal proteger, de acordo com o princípio da intervenção mínima ou da ultima ratio, invocando a seu favor os argumentos aduzidos nos votos de vencido à jurisprudência dominante neste Tribunal, que tem proferido um juízo negativo de inconstitucionalidade em relação à norma impugnada.

Os argumentos referidos nos votos de vencido incidem sobre a ausência de um bem jurídico com dignidade penal, que se traduzisse na proteção de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, e no entendimento, segundo o qual a norma prevê um crime sem vítima, que visaria apenas a prevenção ou a repressão do moralismo ou de sentimentos religiosos, e que traduziria um paternalismo do legislador, que seria até suscetível de ofender a liberdade das pessoas que, de livre vontade, se quisessem prostituir.

Contudo, como tem sido reafirmado pela jurisprudência dominante no Tribunal Constitucional, esta norma visa combater um fenómeno invisível na sociedade e que se traduz na exploração das pessoas prostituídas, que prestam um consentimento meramente formal à atividade da prostituição, mas que não vivem em estruturas económico-sociais que lhes permitam tomar decisões em liberdade, por pobreza, desemprego e percursos de vida marcados pela violência e pelo abandono desde uma idade muito jovem. Por outro lado, o fenómeno da prostituição, nos últimos trinta anos, mudou muito, verificando-se uma estrita ligação entre a prostituição e o tráfico de pessoas, o qual atinge dimensões crescentes, inimagináveis há algumas décadas. Verificou-se também que o sistema não tem instrumentos para distinguir, na prática, a ténue linha que separa o consentimento da pessoa para a prática de atos de prostituição das situações de tráfico e prostituição forçada. As leis que criminalizam o uso do serviço sem o consentimento da vítima enfrentam dificuldades sérias na sua implementação e o sistema não consegue aplicá-las efetivamente (cf. Sexual exploitation and its impact on gender equality, European Parliament, 2014, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOLFEM\\_M\\_ET\(2014\)493040\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOLFEM_M_ET(2014)493040_EN.pdf)). Neste contexto de política criminal, o desaparecimento do requisito da «exploração de um estado de necessidade ou de abandono» situa-se dentro da margem de liberdade de conformação do legislador democrático e visa, não a tutela de qualquer moral, mas a proteção de direitos fundamentais das pessoas à autonomia, à integridade pessoal, ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade (artigos 1.º, 25.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1, da CRP).

A prostituição é uma questão que preocupa os Estados, por estar associada ao tráfico de pessoas e implicar uma violação de direitos humanos de um número cada vez mais elevado de pessoas, na sua maioria mulheres e crianças migrantes (traficadas de países subdesenvolvidos para países desenvolvidos), impedindo a estas pessoas o acesso à cidadania, à liberdade, à igualdade de direitos, e à autonomia na condução da sua vida. As pessoas são utilizadas como fonte de lucro

para outrem, através de uma atividade que é hoje designada como a escravatura dos tempos modernos, tratando-se a prostituição de um dos negócios mais rentáveis do mundo, movimentando cerca de \$186.00 bilhões por ano e envolvendo cerca de 40-42 milhões de pessoas, 90% das quais dependentes de outrem e 75% das quais têm idades compreendidas entre 13 e 25 anos (cf. *Sexual exploitation and its impact on gender equality*, European Parliament, 2014 – um estudo pedido ou encomendado pela Comissão do PE relativa aos Direitos das Mulheres e à Igualdade de Género). Segundo estatísticas dos Estados membros da EU, cerca de 60% a 90% das pessoas prostituídas são vítimas de crimes de tráfico (Ibidem).

Desde 1979, que as Nações Unidas têm por objetivo combater todas as formas de tráfico das mulheres e de exploração da prostituição das mulheres, conforme consta do artigo 6.º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW).

A regulação jurídica e penal desta matéria encontra-se em evolução nos países da UE, visando a definição de políticas fortes de combate à exploração sexual e a elaboração de convenções e diretivas dirigidas ao alargamento da incriminação e ao aumento das penas quando a pessoa prostituída é menor de idade (Diretiva 2011/93/UE) ou vítima de tráfico (Convenção do Conselho da Europa contra o tráfico de seres humanos, de 2005, e as Diretivas 2011/36/UE e 2012/29/UE).

Os legisladores europeus aderiram a modelos diversos em matéria de prostituição: o modelo liberal da regulação da atividade como trabalho sexual (em vigor na Alemanha e na Holanda, mas ineficaz no combate ao tráfico, tendo provocado o aumento do mesmo, com indivíduos condenados por tráfico a pedirem licenciamento para o negócio da prostituição, sem qualquer melhoria das condições de trabalho das pessoas prostituídas e descida dos níveis de violência); o modelo abolicionista, em vigor na Suécia, na Noruega, na Islândia, na França e na Irlanda do Norte, que criminaliza todas as atividades relacionadas com a prostituição, inclusive o comprador de sexo, mas não as pessoas prostituídas (recomendado pelo Parlamento Europeu, na “Resolução de 26 de fevereiro de 2014, sobre a exploração sexual e a prostituição e o seu impacto na igualdade dos géneros”, por ter contribuído para a diminuição do tráfico de pessoas e da prostituição, bem como para uma alteração de mentalidades, normas e valores da população em relação à prostituição), e o modelo em vigor em Portugal, e noutros países europeus, que pune o lenocínio, de uma forma mais ou menos alargada, encontrando-se Portugal entre os países que prescindem, na definição do âmbito da incriminação, do requisito típico da exploração de um estado de necessidade e que pune, no artigo 160.º, n.º 6, do CP, quem, tendo conhecimento do crime de tráfico, utiliza, mediante pagamento ou outra contrapartida, os serviços da vítima.

Existe consenso entre os Estados membros da UE de que o tráfico de pessoas e a exploração sexual devem ser erradicados, afirmando-se no estudo

«Sexual exploitation and prostitution and its impact on gender equality», de 2014, atrás citado, p. 9, que «A prostituição e a exploração sexual são assuntos altamente genderizados, com mulheres e meninas, na maioria dos casos, a vender o seu corpo, por coação ou com consentimento, e homens e rapazes a pagar por este serviço» (sobre dados estatísticos, na Holanda, vide TAMPEP, 2009, Netherlands Country Report, citado no estudo do Parlamento Europeu, p. 37, segundo os quais, em 2008, 90% das pessoas prostituídas eram mulheres e a maioria das mulheres prostituídas eram migrantes, principalmente da Europa de Leste). Segundo o mesmo estudo do Parlamento Europeu, está a «ganhar apoio crescente a conceção que entende que o negócio da prostituição não pode ser legitimado, por violar os princípios ínsitos na Carta dos Direitos Fundamentais, entre os quais se encontra o princípio da igualdade» (Ibidem, p. 9).

No quadro social e jurídico descrito, dada a complexidade da definição dos instrumentos legais adequados à proteção das pessoas prostituídas e ao combate ao tráfico, não pode deixar de se entender que está dentro da margem de liberdade do legislador democrático consagrar o modelo de criminalização do lenocínio, nos moldes em que o faz o artigo 169.º, n.º 1, do CP, que não padece assim de qualquer vício de inconstitucionalidade material, por violação do princípio da proporcionalidade ínsito no artigo 18.º, n.º 2, da CRP.

[...]" (sublinhados acrescentados).

Sendo certo que os fundamentos transcritos assentam em determinadas pressuposições, não é menos certo que, como se faz notar no Acórdão n.º 90/2018:

"[...]

[N]ão se pressupõe que as situações de prostituição estejam necessariamente associadas a carências sociais elevadas e que qualquer comportamento de fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição comport[e] uma exploração da necessidade económica ou social do agente que se prostitui, mas antes que tais situações comportam um risco elevado e não aceitável de exploração de uma situação de carência e desproteção social, colocando em perigo a autonomia e liberdade do agente que se prostitui.

[...]

Por outro lado, [...] a jurisprudência constitucional acima referida [...] apreciou o critério da necessidade de tutela penal, enquanto decorrência do princípio da proporcionalidade, na dimensão acolhida no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição.

No entanto, e conforme se salienta no Acórdão n.º 694/2017, em que o Tribunal Constitucional se pronunciou sobre esta matéria, tal apreciação não se «deve confundir, porém, com o controlo da bondade das opções que o legislador democrático, no âmbito da sua margem de conformação, tome na concretização

do respetivo programa político criminal, mormente quanto à inadequação ou insuficiência para a tutela do bem jurídico em proteção de meios não penais de controlo social a constituir – a decisão recorrida, pressupondo a manutenção da proibição do lenocínio, aponta a ‘via contraordenacional mínima em sede de regulação administrativa da atividade’ –, questão que não incumbe a este Tribunal apreciar».

[...]" (sublinhados acrescentados).

De onde resulta, em suma, uma liberdade, com amplitude muito considerável, do legislador – desde sempre sublinhada, neste exato contexto, pelo Tribunal (de novo remetemos para o item 8 do Acórdão n.º 144/2004) – em punir ou não punir os comportamentos, neste âmbito, com o que nisso vai implicado em termos de não proibição constitucional da solução adotada. Por outras palavras, “[d]ecidir se o risco implicado para a autonomia do agente que se prostitui deve ser considerado como um perigo a prevenir pela via da incriminação da exploração profissional ou com fins lucrativos da pessoa que se prostitui, é [...] uma opção que cabe dentro do poder de definição da política criminal que pertence ao legislador” (Acórdão n.º 421/2017).

2.4. É que existe uma diferença substancial entre a mera atividade de prostituição (não punida), e a (outra) atividade que a fomenta, favorece ou facilita, deslocando a segunda do campo da mera liberdade individual para uma constelação de relações sociais muito mais complexas, e desligadas das circunstâncias referenciáveis à individualização do ato de prostituição, que é inevitavelmente próxima – demasiado próxima – de movimentos, nacional e internacionalmente organizados, cujo resultado (aqui referimo-nos ao resultado da atividade dos referidos movimentos organizados num plano superior ao de cada “empresário”), quase invariavelmente, corresponde à perpetuação de situações de diminuição da liberdade e de sujeição a um poder de facto que, as mais das vezes, escapa a qualquer controlo, visto que se exerce fora de relações formalizadas ou declaradas, as quais, uma vez iniciadas, são difíceis de quebrar ou interromper, tendendo a perpetuar-se enquanto se mantiver a respetiva “utilidade comercial”.

Com tal proximidade se gera um risco socialmente inaceitável, que não exorbita o âmbito de proteção da norma, nem dele é sequer periférico, porque se trata de um risco conatural ao proxenetismo, cujo empresário – como o de qualquer outro negócio – tende a organizar-se de modo a potenciar o lucro (criando redes ou procurando redes já estabelecidas, que lhe propiciem economias de escala, maximizando o controlo da atividade – insiste-se – fora de mecanismos de controlo efetivo, que pura e simplesmente não existem no nosso país), objetivo ao qual, mais tarde ou mais cedo, dificilmente escapará (o dano d) a vontade e (d) a liberdade das pessoas que se prostituem.

Mesmo que a expressão exploração esteja fora do tipo – e, como tal, não seja facto a provar in concreto – o risco da sua materialização é suficientemente forte para conter a norma dentro dos limites da proporcionalidade e, em particular, da necessidade da intervenção penal.

2.5. É o sentido da linha decisória a este respeito assumida, e diversas vezes reiterada, pelo Tribunal Constitucional desde 2004, num entendimento geral desta questão que ora cumpre, em oposição ao Acórdão recorrido, afirmar de novo.

### III – Decisão

3. Em face do exposto, decide-se:

a) Não julgar inconstitucional a norma incriminatória constante do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal;

b) Revogar o Acórdão n.º 134/2020, proferido nos presentes autos; e, consequentemente,

c) Julgar improcedente o recurso originariamente interposto.

3.1. Custas pelo recorrente nessa impugnação inicial (o recorrido no recurso para o Plenário), por ter decaído globalmente neste processo, em função do resultado do presente recurso, na pretensão impugnatória que dirigiu ao Tribunal Constitucional (artigo 84.º, n.º 2, da LTC), fixando-se a taxa de justiça em 25 unidades de conta, ponderados os critérios estabelecidos no artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de outubro (cfr. o artigo 6.º, n.º 1, do mesmo diploma).

Lisboa, 27 de janeiro de 2021 – José António Teles Pereira – Maria José Rangel de Mesquita – Assunção Raimundo (vencida: junto declaração de voto) – João Pedro Caupers – Pedro Machete – Joana Fernandes Costa (vencida nos termos da fundamentação constante do acórdão recorrido, que subscrevi) – Gonçalo de Almeida Ribeiro (vencido, nos termos da fundamentação do acórdão n.º 134/2020 – o acórdão recorrido -, que subscrevi).

O relator atesta os votos de conformidade ao presente Acórdão do Conselheiro Fernando Vaz Ventura, da Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros e da Conselheira Mariana Canotilho, atestando igualmente o voto de vencido do Senhor Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro – cujos termos são os seguintes: “vencido nos termos da fundamentação do Acórdão recorrido” – e o voto de vencido do Senhor Conselheiro Presidente, Manuel da Costa Andrade – cujos termos são os seguintes: “vencido nos termos da declaração de voto junta ao Acórdão n.º 641/2016”.



O relator atesta igualmente o voto de conformidade do Conselheiro José João Abrantes.

José Teles Pereira

#### Declaração de voto

Votei vencida o presente acórdão, por entender que a reforma de 1998, ao deixar cair do respetivo tipo legal o elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”, elimina o inciso que, claramente, enquadrava o lenocínio como um crime de ofensa à liberdade sexual e autodeterminação da pessoa, nesse caso, vítima da conduta de aproveitamento económico da prostituição. Na versão até então vigente, esse aproveitamento económico quando a vítima se encontrava em estado de necessidade, constituía um comportamento lesivo e ofensivo por colocar em perigo a autonomia e liberdade do agente que se prostitui.

Enquanto opção de política criminal, a atual redação assume que as situações de prostituição, relativamente às quais existe promoção e aproveitamento económico por terceiros, comportam um risco elevado e não aceitável de exploração de uma situação de carência e desproteção social, interferindo – colocando em perigo – a autonomia e liberdade de agente que se prostitui. Foi essa posição que este Tribunal tem sufragado e que o acórdão mais uma vez assimilou.

No entanto, muito embora se compreenda a preocupação que subjaz a essa posição, entendo que o crime, tal como hoje se encontra desenhado, enquanto crime de perigo abstrato, se afasta dos critérios legitimadores da incriminação.

A conceção que hoje subjaz à norma, limitada que estaria por força do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição e, em especial, do princípio da dignidade penal do bem jurídico e da necessidade penal, parte de uma premissa não demonstrada e que o legislador expressamente afastou do respetivo tipo legal – o risco ou perigo de lesão da autonomia de vontade do agente que se prostitui e da sua liberdade sexual –, ou, mais concretamente, a situação de especial vulnerabilidade em que a “vítima” se encontra.

Porém, e como chama a atenção o acórdão fundamento, “quando o nexo entre a factualidade típica e o bem jurídico tutelado ou pretensamente tutelado for débil, (...) a circunstância de esse bem jurídico ser um bem jurídico suscetível de acordo empresta força suplementar à conclusão de que o tipo legal de crime comporta uma restrição desproporcional do direito à liberdade (consagrado no artigo 27.º da Constituição) de quem, ainda que profissionalmente ou com intuito lucrativo, facilite, fomente ou favoreça a prática da prostituição por outra pessoa”. O mesmo sucederá, porventura, em todas as situações em que se não verifique essa exploração da necessidade económica (ou de vulnerabilidade) do agente que se prostitui.

Nesta linha de raciocínio, entendo que a conduta tipicamente descrita não resiste ao teste da necessidade, dada a fragilidade do nexo entre a conduta que é descrita e o bem jurídico que a norma pretende tutelar. Por outro lado, neste contexto, o apelo direto à dignidade da pessoa humana, enquanto princípio prescritivo, tanto impõe uma especial atenção para a necessidade de tutela de situações de especial vulnerabilidade, como impõe uma especial consideração pela própria liberdade e autodeterminação sexual do agente que se prostitui. E, nesse sentido, a norma de incriminação afetará, de forma desproporcional, o direito ao exercício dessa liberdade, em violação dos artigos 18.º, n.º 2, e 27.º, n.º 1, da Constituição, o que legitima um juízo de inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal.

Maria Assunção Raimundo

## **Acórdão nº 87/2022**

**Processo n.º 1123/2020**

**1ª Secção**

**Relator: Conselheiro José João Abrantes**

Acordam na 1.ª Secção do Tribunal Constitucional

I – A Causa

1. A., ora Recorrida, apresentou, junto do Juízo de Instrução Criminal de Sintra, ao abrigo do artigo 220.º, n.º 1, alíneas c) e d), do Código de Processo Penal, um pedido de habeas corpus, tendo em vista a sua restituição à liberdade, por se encontrar privada desta por imposição das autoridades de saúde, que lhe determinaram que se mantivesse em isolamento profilático, por um período de catorze (14) dias, por ser considerada contacto de alto risco com pessoa infetada com a doença Covid-19.

1.1.1. No requerimento da providência de habeas corpus, a Recorrida alegou o seguinte:

“[...]”

Factos:

1 Em 21 de Novembro, a requerente foi notificada pela COLABORADORA DA SAÚDE PÚBLICA MAFRA, Dentista ACES OESTE SUL Dra B., das medidas de isolamento e quarentena:

Não pode sair de casa ATÉ DIA 27/11/2020, A AVALIAR CASO A CASO.

Os seus dados de identificação (nome, morada, contato telefónico, nº de identificação, telefone e data de início e fim de quarentena/isolamento) serão entregues diariamente às Forças de Segurança Pública. (documento 1)

2.A requerente encontra-se saudável e sem quaisquer sintomas de Covid 19, tendo mesmo realizado teste, tendo o resultado NÃO DETECTÁVEL (documento 2)

3.A requerente encontra-se, contra sua vontade, impedida de sair de casa.

4.A requerente encontra-se, contra sua vontade, impedida de exercer o direito ao trabalho.

Direito:

Resulta dos factos provados que a requerente se encontra privada da sua liberdade, sendo obrigada a permanecer na sua residência, sem poder sair, contra a sua vontade, por via de mera comunicação de um mero funcionário administrativo do Estado.

O direito à liberdade é um dos direitos fundamentais inalienáveis dos cidadãos, encontrando-se, desde logo, consagrado no artigo 27.º, n.º 1, da Constituição.

A nível internacional, encontramos a tutela do direito à liberdade no artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no artigo 9.º, n.º 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos e no artigo 3.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Tratando-se de direito inalienável, não se reveste, porém, da natureza de absoluto, cedendo, portanto, face a determinados interesses da mesma ordem de grandeza constitucional, sendo forçoso, a este propósito, fazer menção à regra prevista no n.º 2 do artigo 27.º da Constituição, nos termos do qual "Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, anão ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei, cora pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança".

As exceções a esta regra encontram-se taxativamente elencadas nas alíneas a) a h) do n.º 3 do mesmo artigo, dizendo as mesmas, respeito ao processo criminal, ao processo disciplinar militar, à proteção de menores, a medidas de polícia e a questões de saúde mental, prevendo-se sempre uma intervenção jurisdicional.

Pelo contrário, e voltando ao caso que nos ocupa, estamos aqui perante uma autêntica privação da liberdade pessoal e física ordenada por funcionário administrativo do Estado, com a possibilidade de execução coerciva por agentes de polícia, à margem de qualquer respaldo constitucional e de qualquer intervenção jurisdicional.

O confinamento obrigatório tem vindo a ser previsto em dois tipos de diplomas, ora por resolução do Conselho de Ministros em sede de situação de alerta, contingência ou calamidade, ora por decreto do Conselho de Ministros regulamentador do estado de emergência.

Sucedem, porém, que nem as matérias referentes ao estado de emergência e à proteção civil se encontram no catálogo de exceções constante do artigo 27.º, n.º 3, da Constituição, nem resoluções ou decretos do Conselho de Ministros podem regular sobre direitos, liberdades e garantias [artigos 165.º, n.º 1, alínea b), e 198.º, n.º 1, alínea b)]

Mostra-se, pois, evidente carecer em absoluto o funcionário administrativo que determinou o confinamento de qualquer competência ou legitimidade para o efeito, sendo certo tratar-se materialmente de uma detenção, e tampouco estar em causa qualquer facto que legalmente possa dar lugar a qualquer privação da liberdade.

Por consequência, estamos perante uma verdadeira detenção, ordenada por entidade incompetente e por facto por que a lei não admite a privação da liberdade de qualquer pessoa.

Dispõe o artigo 31.º, n.º 1, da Constituição, que "Haverá habeas corpus contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal, a requerer perante o tribunal competente."

Regulando sobre o habeas corpus em virtude de detenção ilegal, dispõe, por sua vez, o artigo 220.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, da seguinte forma:

"Os detidos à ordem de qualquer autoridade podem requerer ao juiz de instrução da área onde se encontrarem que ordene a sua imediata apresentação judicial, com algum dos seguintes fundamentos:

- a) Estar excedido o prazo para entrega ao poder judicial;
- b) Manter-se a detenção fora dos locais legalmente permitidos;
- c) Ter sido a detenção efetuada ou ordenada por entidade incompetente;
- d) Ser a detenção motivada ou ordenada por facto pelo qual a lei não permite."

Subsumindo-se o presente caso nas alíneas c) e d) acima transcritas, deve ser concedido o habeas corpus, sendo o requerente imediatamente devolvido à liberdade.

Termos em que requer a V. Exa. dignem ordenar a sua imediata apresentação judicial, concedendo a final o habeas corpus, com a consequente devolução do requerente à liberdade." (cfr. fls. 4 a 7).

1.1.2. Admitido liminarmente o requerimento, o Ministério Público respondeu nos seguintes termos:

“A questão que aqui se coloca, assente que a Requerente se encontra privada da sua liberdade (desde o passado dia 21 de novembro até à presente data), e, conseqüentemente, podendo socorrer-se do presente instituto do habeas corpus, reconduz-se a saber se existe ou não fundamento legal para esta privação da liberdade. Ora, a fim de não alongar a decisão a tomar sobre a situação em apreço, o Ministério Público, desde já, requer que se indefira o requerido tomando em consideração a legislação vigente, nomeadamente e desde logo, o Decreto do Presidente da República n.º 59A/2020 - Diário da República n.º 227/2020, 1.º Suplemento, Série I de 2020-11-20 e o Decreto n.º 9/2020 - Diário da República n.º 227-A/2020, Série I de 2020-11-21 149103950 da PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS que regulamenta a aplicação do estado de emergência decretado pelo Presidente da República, no qual é disposto no Artigo 3.º, alínea b) (Confinamento obrigatório)

1 - Ficam em confinamento obrigatório, em estabelecimento de saúde, no domicílio ou, não sendo aí possível, noutra local definido pelas autoridades competentes:

- a) Os doentes com Covid-19 e os infetados com SARS-Cov-2;
- b) Os cidadãos relativamente a quem a autoridade de saúde ou outros profissionais de saúde tenham determinado a vigilância ativa.”

1.1.3. Notificada para o efeito, a autoridade de saúde não prestou qualquer informação.

1.1.4. Em 3/12/2020, foi proferida decisão (i) a rejeitar a aplicação do artigo 3.º do Decreto do Governo n.º 9/2020, de 21 de novembro, por sofrer de inconstitucionalidade orgânica, atenta a violação dos artigos 18.º, 19.º, n.º 7, 112.º, e 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição, e, em consequência, (ii) a conceder a providência requerida, ordenando a restituição da Recorrida à liberdade.

A aludida decisão estribou-se nos seguintes fundamentos de direito:

“[...]”

No caso vertente vem A. requerer a sua libertação por ter sido obrigada a permanecer na sua residência, contra a sua vontade, na sequência da comunicação de uma profissional de saúde, com a advertência de que estaria sob vigilância das forças policiais. A questão a resolver consiste em saber se a requerente se encontra privada da liberdade e a confirmar-se, apreciar a legalidade dessa privação.

A resolução da questão convoca-nos, desde logo, para a Lei Fundamental e o primeiro dos seus preceitos que consagra a dignidade da pessoa humana como a referência axial de todo o sistema de direitos fundamentais: "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária." (artigo 1.º).

A par deste, o artigo 27.º que sob a epígrafe "Direito à liberdade e à segurança" dispõe que:

1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.

2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.

Excetuam-se deste princípio os casos de privação da liberdade determinada nas seguintes condições:

a) Detenção em flagrante delito;

b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;

c) Prisão, detenção ou outra medida coativa sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;

d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;

e) Sujeição de um menor a medidas de proteção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;

f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente;

g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;

h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.

(...)

No caso vertente resulta provado que a requerente está impossibilitada de sair de casa e sujeita a vigilância policial sendo que não tem sintomas da doença Covid-19 e que apresentou resultado "Não detetável" quando sujeita a teste (Coronavírus SARS-CoV-2 e Sarbecovírus SARS-COV)".

A situação em que a requerente se encontra, desde 21 de novembro de 2020, impossibilitada de sair de sua casa e sob vigilância policial não difere da de um cidadão a quem tenha sido aplicada uma medida de coação de obrigação de permanência na habitação (artigo 201.º do C.P.P.) o que pressupõe, para além dos demais pressupostos de aplicação das medidas de coação, que sobre ele recaiam fortes indícios da prática de crime doloso, a que corresponda a pena de prisão de máximo superior a 3 anos.

Porém, diversamente do que aconteceria a quem fosse imposta tal medida de coação, à requerente não lhe foram dados a conhecer os motivos da ordem que a obrigou a permanecer em casa nem o seu fundamento legal, os direitos e deveres processuais que a lei lhe reconhece, designadamente o direito ao acesso ao direito e aos tribunais, para defesa dos seus direitos - com consagração constitucional (artigo 20.º) - nomeado defensor e sindicada a privação da liberdade por intervenção judicial, direitos que a lei reconhece a um arguido sobre quem recaem fortes suspeitas da prática de crime (cfr. artigos 58.º, 61.º, 63.º, 141.º n.º4 e 201.º do Código de Processo Penal e 20.º da Constituição da República Portuguesa).

A factualidade provada permite concluir que a requerente que se encontra saudável, sem evidência científica de que seja portadora de doença contagiosa está impedida de sair de casa e sujeita a vigilância policial pelo que não subsistem dúvidas de que está privada da liberdade sem conhecer os fundamentos dessa decisão.

A decisão que a privou da liberdade não encontra apoio nas exceções previstas no n.º 3 do Artigo 27.º da Constituição pelo que facilmente se conclui que, em circunstâncias de normalidade a privação da liberdade com o fundamento e nos termos em que foi efetuada, seria ilegal por clara violação do princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade.

Acontece, porém, que não são tempos de normalidade aqueles em que vivemos.

Com efeito, face à crise epidemiológica e sua evolução o Presidente da República procedeu em 6 de novembro de 2020 à declaração do estado de emergência que veio a renovar em 20 de novembro pelo Decreto n.º 594/2020 em execução do qual foi publicado o Decreto do Governo n.º 9/2020, de 21 de novembro, publicado no Diário da República, 1.ª Série n.º 227-A, de 20 de novembro de 2020, que no seu artigo 3.º sob a epígrafe "Confinamento obrigatório" estipulou que:

"1- Ficam em confinamento obrigatório, em estabelecimento de saúde, no domicílio ou, não sendo aí possível, noutra local definido pelas autoridades competentes:

a) Os doentes com COVID-19 e os infetados com SARS-Cov-2;

b) Os cidadãos relativamente a quem a autoridade de saúde ou outros profissionais de saúde tenham determinado a vigilância ativa"

Numa primeira análise diríamos que restrição da liberdade em que se traduz o confinamento imposto à requerente estaria legitimada porque efetuada a coberto do artigo 3.º do Decreto do governo.

Vejamos se assim pode ser, tomando por referência, uma vez mais, a Lei Fundamental.

A restrição dos direitos, liberdades e garantias só pode ter lugar nos casos expressamente previstos na Constituição, em estado de sítio ou de emergência declarados na forma prevista na Constituição (artigo 18.º da CRP).

"O estado de sítio ou o estado de emergência só podem ser declarados, no todo ou em parte do território nacional, nos casos de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública" - art. 19.º n.º 2

A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência só pode alterar a normalidade constitucional nos termos previstos na Constituição e na lei, não podendo nomeadamente afetar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas ou os direitos e imunidades dos respetivos titulares (n.º 7).

Declarado que foi o estado de emergência e suspenso o exercício do direito à liberdade por decreto do Presidente poderia o Governo legislar sobre a matéria, como legislou só que o fez por decreto regulamentar n.º 9/2020 de 21 de novembro.

Pode o governo, nestas circunstâncias proceder à restrição de direitos fundamentais por ato normativo infra legislativo?

Suspensos os direitos fundamentais pelo Presidente da República poderia o governo mantendo-se dentro do quadro delimitado pelo decreto de suspensão restringir as possibilidades de acesso individual aos bens por eles protegidos. Contudo, atento o carácter restritivo da regulação, a importância da matéria, a relevância dos sacrifícios de liberdade, a controvérsia que os envolve e o carácter inovatório da norma deveria o governo recorrer à forma de ato legislativo e não a um decreto, simples ou regulamentar. Nem se diga que o governo se limitou a dar execução ao decreto do Presidente da República porque nessa circunstância o decreto presidencial deveria ter estabelecido o regime normativo da suspensão que o governo se limitaria a executar. Ora o Presidente da República



optou por não definir no decreto presidencial os comandos normativos que os cidadãos deveriam observar, estabelecendo apenas os respetivos limites e sentido e remetendo a responsabilidade da sua aprovação e definição para a autoridade pública competente.

A título de exemplo, no capítulo dos direitos dos trabalhadores o decreto prevê no artigo 9.º n.º5 a possibilidade de ser imposto aos trabalhadores o exercício de funções em local e horário diferentes dos habituais, imposição que não tem arrimo no decreto presidencial. No capítulo dos direitos relativos a "Iniciativa privada, social e cooperativa o decreto presidencial prevê "c) Pode ser determinado pelas autoridades públicas competentes o encerramento total ou parcial de estabelecimentos, serviços, empresas ou meios de produção e impostas alterações ao respetivo regime ou horário de funcionamento " o decreto do governo alonga-se em mais de uma dezena de artigos com vasta normaçoão que não tem igualmente suporte no decreto presidencial.

Quando o Governo assume essa tarefa não está a executar ou a regulamentar, está a constituir o regime que os cidadãos devem observar, ainda que nos limites fixados pelo Presidente da República, está a definir primariamente o regime, a intensidade, a medida e o sentido da restrição. Isso não é regulamentar, é uma atuação primária, própria da função político-legislativa, exatamente da mesma forma e com a mesma natureza com que o legislador o faz quando aprova leis restritivas expressamente autorizadas pela Constituição.

Não é o facto de tais restrições estarem constitucionalmente autorizadas que dispensa o Governo ou a Assembleia da República de terem de recorrer a ato legislativo para restringir (cfr. Jorge Reis Novais - "DIREITOS FUNDAMENTAIS E ENCONSTITUCIONALIDADE EM SITUAÇÃO DE CRISE -A PROPÓSITO DA EPIDEMIA COVID-19" e-Pública vol. 7, no. 1, abril 2020 (078-117))

Em matéria de direitos liberdades e garantias a Constituição estabelece uma reserva relativa de competência legislativa em favor da Assembleia da República, al. b) do n.º 1 do art. 165.º da Constituição, que pode, em todo o caso, ser delegável no Governo, mediante autorização legislativa.

Sobre o alcance deste preceito constitucional, referiu-se no Acórdão n.º 424/2020 (acessível, a partir da ligação, [h://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acórdãos](https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acórdãos))

«Esta previsão '[...] inclui seguramente a regulamentação de todos os direitos enunciados no Título II da Parte I da Constituição [contêm-se neste título os artigos 24.º a 57.º] A reserva de competência legislativa da AR nesta matéria vale não apenas para as restrições (art. 18.º), mas também para toda a intervenção legislativa no âmbito dos direitos, liberdades e garantias" [. . . ]

Trata-se de um entendimento pacificamente consolidado na jurisprudência constitucional, entendendo-se que "Todo o regime dos direitos, liberdades e garantias está englobado na reserva relativa de competência da Assembleia da República (art. 165.º, n.º1, al. b), da CRP). Nestes termos, todas as normas disciplinadoras de um qualquer direito desta natureza carecem de uma autorização prévia da Assembleia da República. Esta exigência ganha particular relevância quando estão em causa compressões ou condicionamentos a um direito." (Acórdão n.º362/2011)»

Considerando que de acordo com o artigo 19.º, n.º7 da Constituição a declaração do estado de emergência não afeta a distribuição constitucional de competências pelos diferentes órgãos de soberania, a execução da declaração de estado de emergência e a suspensão do exercício de direitos fundamentais no que ora interessa, o direito à liberdade por meio de decreto regulamentar viola o limite do poder regulamentar constituído pela reserva de lei que a Constituição estabelece para a matéria dos direitos, liberdades e garantias, categoria em que se insere o direito à liberdade razão porque é organicamente inconstitucional – artigos 18.º, 19.º, n.º 7, 112.ºn.º1, artigo 165.ºn.º1 al. b) da Constituição.

Rejeitando o tribunal a aplicação da norma a coberto da qual a requerente foi privada da liberdade, prevista no artigo 3.º do decreto do Governo n.º9/2020 de 21 de novembro, o confinamento/privação da liberdade a que a requerente foi sujeita é ilegal por não se encontrar contemplado entre as exceções previstas no n.º3 do artigo 27.º da Constituição.

Considerando que inexistente um regime procedimental que permita a sindicabilidade da decisão de confinamento obrigatório por via judicial, quer de modo antecipado, quer em momento subsequente, por validação, justifica-se o recurso ao meio extraordinário do habeas corpus.

Em face do exposto, por ilegalidade da detenção decide-se julgar procedente o presente pedido de habeas corpus e, conseqüentemente, determino a restituição da requerente à liberdade." (cfr. fls. 12 a 16).

1.1.5. Posteriormente, em 9/12/2021, foi junta ao processo documentação emitida pelo Agrupamento de Centros de Saúde Oeste Sul – Unidade de Saúde Pública Moinhos Polo Mafra, da qual resulta ter sido determinado o isolamento profilático da Recorrida por ser considerada contacto de alto risco com um caso positivo, segundo os critérios emitidos pela DGS (contacto com o doente nas 48 horas que antecederam o início dos sintomas, características desse contacto, a duração, o espaço, a utilização ou não de máscara, entre outras variáveis).

Em face disto, foi determinado o isolamento profilático da Recorrida, por um período de catorze (14) dias a contar da data do último contacto com o caso positivo, o que teria de ser cumprido, independentemente dos resultados de eventuais testes realizados durante esse isolamento, atenta a circunstância de existir,

à data, evidência clínica de o período de incubação do vírus SARS-CoV-2 ser de catorze dias (cfr. fls. 21).

1.2. O Ministério Público interpôs recurso da decisão de deferimento da providência de habeas corpus (cfr. ponto 1.1.4. supra) para o Tribunal Constitucional, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC (cfr. fls. 22).

1.2.1. Por despacho de 11/12/2020, o recurso foi admitido (cfr. fls. 24).

1.2.2. No Tribunal Constitucional, o relator proferiu despacho a determinar a notificação das partes para alegações (cfr. fls. 28).

1.2.3. O Ministério Público apresentou alegações, pugnando, em primeiro lugar, pelo não conhecimento do objeto do recurso, ou, caso assim não se entendesse, pelo julgamento no sentido da não inconstitucionalidade da norma ínsita no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Decreto n.º 9/2020, de 21 de novembro, da Presidência do Conselho de Ministros, concedendo-se, assim, provimento ao presente recurso (cfr. fls. 30 a 72).

O Ministério Público extraiu das respetivas alegações de recursivas as seguintes conclusões:

#### “VI – Conclusões

76. O Ministério Público interpôs, em 4 de Dezembro de 2020, a fls. 22 dos autos supra-epigrafados, recurso obrigatório, para este Tribunal Constitucional, do teor da douta decisão judicial de fls. 12 a 16 v.º, proferida pelo Juízo de Instrução Criminal de Sintra – Juiz 2, do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Oeste - Processo n.º 16204/20.0T8SNT, “(...) em conformidade com o disposto no artigo 280º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa e nos termos dos artigos 70.º, n.º 1, al. a), 72.º, n.º 1, al. a) e n.º 3 e 75.º-A, n.º 1 da Lei 28/82 de 15/11”.

77. Este recurso tem como objeto, se atentarmos no teor da douta decisão recorrida, a “(...) norma a coberto da qual a requerente foi privada da liberdade, prevista no artigo 3.º do decreto do Governo n.º 9/2020 de 21 de novembro (...)”.

78. Os parâmetros de constitucionalidade cuja violação se invoca são, também de acordo com o teor da douta decisão impugnada, as constantes dos “(...) artigos 18.º, 19.º, n.º 7, 112.º n.º 1, artigo 165.º n.º 1 al b) da Constituição”, no que concerne à invocada inconstitucionalidade orgânica, bem como o “confinamento/privação da liberdade (...) não se encontrar contemplado entre as exceções previstas no n.º 3 do artigo 27.º da Constituição”, no que respeita à desconformidade material.

79. Conforme resulta, inequivocamente, do teor da douta sentença recorrida, acabada, nas partes relevantes, de transcrever, decidiu a Mm.ª Juíza “a quo” que -

para além de julgar inconstitucional a “norma a coberto da qual a requerente foi privada da liberdade, prevista no artigo 3.º do decreto do Governo n.º 9/2020 de 21 de novembro”, nos termos acima transcritos - à requerente de habeas corpus “não lhe foram dados a conhecer os motivos da ordem que a obrigou a permanecer em casa nem o seu fundamento legal, os direitos e deveres processuais que a lei lhe reconhece, designadamente o direito ao acesso ao direito e aos tribunais, para defesa dos seus direitos – com consagração constitucional (artigo 20.º) – nomeado defensor e sindicada a privação da liberdade por intervenção judicial, direitos que a lei reconhece a um arguido sobre quem recaem fortes suspeitas da prática de crime (cfr. artigos 58.º, 61.º, 63.º 141.º n.º 4 e 201.º do Código de Processo Penal e 20.º da Constituição da República Portuguesa)”, concluindo que “não subsistem dúvidas de que está privada da liberdade sem conhecer os fundamentos dessa decisão”, motivos que, só por si, parecem implicar, no seu entendimento, o óbvio deferimento da pretensão jurídica formulada pela impetrante.

80. Ou seja, se atentarmos na economia da decisão impugnada, podemos concluir que, independentemente do juízo formulável sobre a inconstitucionalidade orgânica, formal ou mesmo material da interpretação normativa desaplicada pela Mm.ª decisora “a quo” - a emergente do prescrito no artigo 3.º, n.º 1, do Decreto 9/2020, de 21 de Novembro - o resultado processual final permaneceria inalterado, mantendo-se o veredicto no sentido da verificação da ilegalidade da detenção e a conseqüente determinação de restituição da requerente à liberdade.

81. Conseqüentemente verifica-se a ocorrência, na douda sentença recorrida, de uma fundamentação alternativa ao julgamento de inconstitucionalidade, suscetível de sustentar um resultado idêntico ao verificado, independentemente de qualquer juízo sobre a compatibilidade constitucional da norma efetivamente desaplicada.

82. Por força do exposto, não poderemos deixar de concluir que, no caso vertente, não deverá o Tribunal Constitucional conhecer do objeto do presente recurso, uma vez que, verificando-se a ocorrência de uma fundamentação alternativa, a sua apreciação se revela inútil, na medida em que o resultado processual se manteria inalterado.

83. Dito isto, começaremos por apreciar a desconformidade constitucional expressamente invocada pela Mm.ª Juíza recorrida no bloco decisório, a saber, a de génese orgânica, resultante da alegada violação do disposto nos “artigos 18.º, 19.º n.º 7, 112.º n.º 1, artigo 165.º n.º 1 al b) da Constituição”.

84. Na verdade, em coerência com o que temos sustentado noutros recursos que correm termos neste Tribunal, constatamos que a questão jurídico-constitucional substantiva suscitada pelo tribunal “a quo” na douda decisão recorrida, e que agora é trazida perante o Tribunal Constitucional, decorre da ponderação de uma das

inúmeras vertentes do quadro normativo que emergiu da necessidade de combater a pandemia de COVID-19 causada pelo novo Coronavírus, SARS-CoV-2.

85. Perante um novo agravamento da pandemia, ocorrido em outubro/novembro de 2020, voltou o Exm.º Sr. Presidente da República a recorrer, em 6 de novembro de 2020, por via do Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, e pelo período de quinze dias, à declaração do estado de emergência.

86. Este decreto veio a ser regulamentado, à semelhança do que ocorrera com os anteriores decretos do Presidente da República que declararam o estado de emergência, pelo Decreto n.º 8/2020, de 8 de novembro.

87. Tal estado de emergência veio a ser prorrogado por meio da prolação do Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020, de 20 de novembro, tendo a sua aplicação sido regulamentada pelo Decreto n.º 9/2020, de 21 de novembro, da Presidência do Conselho de Ministros.

88. É, por conseguinte, neste último decreto que se encontra sediada a norma cuja aplicação foi recusada pelo douto tribunal “a quo”, a saber, a ínsita na disposição do artigo 3.º, do Decreto n.º 9/2020, de 21 de novembro, da Presidência do Conselho de Ministros (rigorosa e congruentemente com a fundamentação do decidido, a que emana exclusivamente da alínea b), do n.º 1, do referido artigo 3.º), “a coberto da qual a requerente foi privada da liberdade”.

89. Acontece que, conforme observámos anteriormente, a douda decisão recorrida sustenta o seu juízo de inconstitucionalidade orgânica sobre a norma plasmada no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Decreto n.º 9/2020, de 21 de Novembro, essencialmente, na alegada violação do disposto no artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição da República Portuguesa, por considerar que o Governo, ao estipular sobre restrições ao direito à liberdade consagrado no artigo 27.º do Texto Fundamental, legislou sobre matéria de direitos, liberdades e garantias, a qual se integra na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República sem, para tal, ter obtido autorização parlamentar.

90. Todavia, não o esqueçamos, o diploma emanado do Conselho de Ministros, e que contém a norma desaplicada, é-o num contexto de estado de exceção constitucional – estado de emergência – mas, para além disso, não se assume como inovatório mas como simples decreto regulamentador da prorrogação do estado de emergência efetuada pelo Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020, de 20 de Novembro, um mero regulamento executivo.

91. Na verdade, o poder discricionário (necessariamente temperado pelo princípio da proporcionalidade) de declarar o estado de emergência, com a consequente faculdade de suspensão de direitos, liberdades e garantias, cabe ao Presidente da República, dependente da audição do Governo e mediante autorização da Assembleia da República, nos termos do disposto no n.º 1, do artigo

10.º da Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro (Regime do estado de sítio e do estado de emergência), competindo apenas ao Governo a execução de tal declaração, por força do prescrito no artigo 17.º do mesmo diploma.

92. Ora, voltando à concreta questão que nos ocupa, apuramos que a tese sustentada pela Mm.ª decisora “a quo” se procura legitimar na convicção de que o Governo, ao decretar o confinamento obrigatório dos “cidadãos relativamente a quem a autoridade de saúde ou outros profissionais de saúde tenham determinado a vigilância ativa”, estaria a restringir inconstitucionalmente o exercício do direito à liberdade, proclamado no artigo 27.º, da Constituição da República Portuguesa, ao usurpar uma competência legislativa da Assembleia da República, consagrada no artigo 165.º, n.º 1, alínea b), do Texto Fundamental.

93. Acolhendo o supra-exposto e procurando aprofundar a essência da temática, notaremos que, na verdade, o comando contido na alínea b), do n.º 1, do artigo 3.º, do Decreto n.º 9/2020, de 21 de Novembro, ao permitir que seja imposto o confinamento obrigatório a cidadãos relativamente aos quais a autoridade de saúde ou outros profissionais de saúde tenham determinado a vigilância ativa, obrigando-os a permanecer, ainda que contra vontade, em estabelecimento de saúde, no domicílio ou noutro local definido pelas autoridades competentes, lesa, indubitavelmente, o conteúdo nuclear do direito à liberdade, consagrado no artigo 27.º, da Constituição da República Portuguesa.

94. Todavia, não o esqueçamos, o Decreto n.º 9/2020, de 21 de Novembro, é o diploma que, num contexto de estado constitucional de exceção, regulamenta a aplicação do estado de emergência declarado pelo Presidente da República através do já referido Decreto n.º 59-A/2020, o qual, para além de tal declaração, estatuiu, no seu artigo 4.º, suspender parcialmente, nos estritos termos nele previstos, durante o período situado entre as 00h00 do dia 24 de Novembro de 2020 e as 23h59 do dia 8 de Dezembro de 2020, os direitos à liberdade e de deslocação.

95. Isto é, limitou-se o Governo, ao editar a norma regulamentar desaplicada pela douda decisão recorrida, no âmbito do seu poder de execução da declaração do estado de emergência, a reproduzir, sem qualquer intervenção inovatória, no essencial, a norma suspensiva enunciada pelo Presidente da República na mencionada alínea b), do n.º 1, do artigo 4.º, do Decreto n.º 59-A/2020, de 20 de Novembro, aditando ainda, nos números 2 e 3 do referido artigo 3.º, do Decreto n.º 9/2020, de 21 de Novembro, outras medidas densificadoras daquela norma suspensiva de direitos fundamentais.

96. Ou seja, encontrando-se o direito fundamental à liberdade suspenso em conformidade com a Constituição e com a lei (uma vez que, para além do mais, foi ouvido o Governo e obtida a necessária autorização da Assembleia da República), encontrava-se a sua regulação temporariamente excluída da competência legislativa da Assembleia da República, na medida em que, por força do teor do

estatuído na declaração presidencial do estado de emergência, tal direito viu-se degradado, cessando, embora efemeramente, a produção de efeitos jurídicos, deixando, igualmente, o seu âmbito de proteção ou domínio normativo de constituir campo da reserva relativa de competência do órgão parlamentar.

97. Consequentemente, as normas restritivas do princípio da liberdade, designadamente a ínsita na alínea b), do n.º 1, do artigo 3.º, do Decreto n.º 9/2020, de 21 de Novembro, emitidas pelo Governo no âmbito dos seus poderes de execução da declaração do estado de emergência, mais especificamente do disposto no artigo 4.º, n.º 1, do Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020, de 20 de Novembro, revelam-se, neste particular, insuscetíveis de violarem organicamente a Constituição, uma vez que aquele âmbito normativo de proteção se encontrava, à data, e temporariamente, excluído do domínio da reserva de competência da Assembleia da República.

98. Sintetizando, devemos concluir que o Governo, ao restringir o exercício do direito à liberdade, no âmbito da estrita execução do bloco normativo estabelecido pelo Presidente da República na sua declaração do estado de emergência, não exorbitou as suas competências constitucionais nem usurpou quaisquer competências legislativas que, no quadro do referido estado de exceção constitucional, estivessem contidas na esfera da reserva da Assembleia da República e, por consequência, não se revela a norma aqui escrutinada, a ínsita no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Decreto n.º 9/2020, de 21 de Novembro, da Presidência do Conselho de Ministros, por não lesar quaisquer princípios ou regras de competência, organicamente inconstitucional.

99. Dito isto, e aproveitando, em parte, o acabado de expor, procuraremos apurar se a norma suspeita se revela, ainda assim, formalmente desconforme com quaisquer princípios ou regras constitucionais, atento o alvitre deixado pela Mm.ª Juíza “a quo”.

100. A eventual inconstitucionalidade formal da norma desaplicada nos autos radicaria, admissivelmente, na sua inserção num mero decreto emitido pelo Governo (formalmente pelo Conselho de Ministros) e não num decreto-lei, sujeito, para além do mais, a promulgação, dada a sua suposta natureza inovatória.

101. Ora, conforme observámos acima, a norma ínsita no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Decreto n.º 9/2020, de 21 de novembro, da Presidência do Conselho de Ministros, é uma mera norma regulamentar, de execução, sem carácter inovatório, que, no essencial, reproduz a norma contida no artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020, de 20 de novembro, que disciplina a suspensão parcial do direito à liberdade.

102. Assim sendo, enquanto norma de execução do comando presidencial, sem natureza inovatória, aquela norma não carecia de integração num diploma distinto do decreto da Presidência do Conselho de Ministros que a publicitou.

103. Por fim, resta-nos apurar se a mesma norma, “a coberto da qual a requerente foi privada da liberdade”, conforme parece resultar do teor da douda decisão impugnada, poderá violar materialmente a Constituição, “por não se encontrar contemplado entre as exceções previstas no n.º 3 do artigo 27.º da Constituição”.

104. Ora, aproveitando, uma vez mais, a argumentação anteriormente expendida, e apesar de devermos reconhecer que a norma contida no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Decreto n.º 9/2020, de 21 de Novembro, da Presidência do Conselho de Ministros, se revela desconforme com o prescrito no artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa, na medida em que a restrição ao direito à liberdade nela estatuída não se inscreve em qualquer das exceções previstas no n.º 3 deste normativo, não podemos deixar de concluir, ainda assim, que a compressão cominada, porque decretada num contexto de estado de exceção constitucional e escorada numa válida e eficaz declaração de suspensão do direito fundamental proclamada pelo Presidente da República, se demonstra compatível com o Texto Fundamental.

105. Com efeito, apesar de a restrição agora estatuída não constar do rol de exceções enumeradas no n.º 3 do artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa, a sua prescrição, por decreto do Conselho de Ministros, compatibiliza-se materialmente com o Texto Fundamental por força da ponderação conjugada do disposto nos artigos 19.º, n.ºs 1, 5 e 7; e 27.º, da Constituição, e do decretamento da suspensão do direito à liberdade estipulado pelo Presidente da República, em conformidade com o plasmado na Lei n.º 44/86, de 30 de Dezembro (Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência), os quais «autorizam» o Governo a executar a declaração do estado de emergência, restringindo aquele direito fundamental com base em pressupostos distintos dos expressamente elencados no mencionado n.º 3 do artigo 27.º da Constituição.

106. Por força do exposto, por ter sido emanada num estado de excecionalidade constitucional declarado nos termos do previsto na Constituição e na Lei, a norma restritiva do direito fundamental à liberdade contida no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Decreto n.º 9/2020, de 21 de Novembro, da Presidência do Conselho de Ministros, também porque orgânica e formalmente constitucional, não ofende materialmente o Texto Fundamental, nomeadamente o prescrito no seu artigo 27.º, não violando o referido direito às liberdades.

107. Assim, atento tudo o explanado, entende o recorrente Ministério Público não poder deixar de concluir que a norma contida no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Decreto n.º 9/2020, de 21 de novembro, da Presidência do Conselho de Ministros, não se revela violadora da Constituição da República Portuguesa, orgânica, formal ou materialmente, designadamente do prescrito nos seus “artigos 18.º, 19.º, n.º 7, 112.º n.º 1, artigo 165.º n.º 1 al b)”.



108. Por força do exposto, deverá o Tribunal Constitucional decidir não tomar conhecimento do objeto do presente recurso ou, caso assim não o venha a entender, tomar decisão no sentido de não julgar orgânica, formal e materialmente inconstitucional a norma ínsita no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Decreto n.º 9/2020, de 21 de novembro, da Presidência do Conselho de Ministros, concedendo, assim, provimento ao presente recurso."

1.2.4. A Recorrida não contra-alegou.

Cumpra, pois, apreciar e decidir.

## II – Fundamentação

2. O thema decidendum do presente recurso consiste na apreciação da constitucionalidade da norma inscrita no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Decreto n.º 9/2020, de 21 de novembro, da Presidência do Conselho de Ministros, cuja aplicação foi recusada pelo Tribunal a quo e que serviu de esteio à decisão recorrida ao conceder provimento à providência de habeas corpus requerida pela Recorrida, que se encontrava, à data, em isolamento profilático, no respetivo domicílio, por imposição das autoridades de saúde.

### II.I. Da questão prévia ao conhecimento do mérito do recurso

2.1. Preliminarmente, importa averiguar o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade do presente recurso, uma vez que o Ministério Público, nas suas alegações, invocou poder inferir-se da economia da decisão recorrida um fundamento alternativo ao julgamento de inconstitucionalidade que sempre conduziria ao desfecho alcançado, i.e., ao deferimento da providência da habeas corpus. Tal circunstância, umbilicalmente ligada à exigência de a norma recusada em razão do juízo de inconstitucionalidade ter de constituir a ratio decidendi da decisão, colide, na ótica do Recorrente, com a inerente utilidade assacada ao recurso de fiscalização da constitucionalidade.

Contudo, ponderada a respetiva argumentação, cremos não assistir razão ao Recorrente, neste particular.

Vejamos.

2.1.1. É comumente reconhecido que o sistema português de controlo da constitucionalidade detém natureza estritamente normativa e, contrariamente a outros sistemas que preveem o controlo jurisdicional dirigido às decisões dos tribunais

inferiores, no sistema português, a fiscalização da constitucionalidade incide, exclusivamente, sobre normas.

Na modalidade de recurso da constitucionalidade interposto ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, para além da verificação de uma efetiva recusa de aplicação de certa norma ou interpretação normativa relevante para a dirimção do litígio, com fundamento num juízo de inconstitucionalidade, é necessário que essa norma constitua a verdadeira e efetiva *ratio decidendi* da decisão. Como tal, não são suscetíveis de recurso para o Tribunal Constitucional as desaplicações normativas, fundadas em alegada inconstitucionalidade, que surjam, na fundamentação do decidido, em termos claramente desfocados relativamente à verdadeira "*ratio decidendi*", ou que versem sobre normas que só hipoteticamente seriam convocáveis e aplicáveis à dirimção do caso – afastando cabalmente, porém, o tribunal "*a quo*", no exercício dos seus poderes de determinação e interpretação do direito infraconstitucional aplicável, a relevância de tais normas para a composição da lide (cfr. Acórdãos n.ºs 216/91, 341/87 e 419/89) – cfr. Lopes do Rego, "Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional", Almedina, Coimbra, 2010, pág. 67.

Este requisito emana, como já se fez referência, da intrínseca natureza instrumental reconhecida ao recurso de constitucionalidade, uma vez que só se prefigura um interesse processual na apreciação da questão de constitucionalidade convocada se a mesma for suscetível de se projetar ou repercutir, de modo útil e eficaz, na decisão recorrida, ou seja, na solução jurídica acolhida no caso concreto, acarretando a necessária reponderação pelo Tribunal *a quo*. Como refere Victor Calvete, ao discutir e desenvolver a similitude entre as noções de interesse processual, de relevância da questão de constitucionalidade, de instrumentalidade e de utilidade do recurso de constitucionalidade – que são intermutáveis na jurisprudência constitucional, tanto na sua origem, como na sua aplicação –, "a instrumentalidade agora unanimemente reconhecida ao recurso de constitucionalidade pode ser vista como a causa e o requisito que a exprime como consequência" (cfr. "Interesse e Relevância da Questão de Constitucionalidade" in Estudos em Homenagem aos Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, Coimbra Editora, págs. 422 e 423).

Por conseguinte, na senda da jurisprudência constitucional, quer nos casos em que a norma objeto de recurso apareça como mero *obiter dictum*, quer nas situações em que a decisão recorrida radique numa efetiva e suficiente fundamentação alternativa, a intervenção do Tribunal Constitucional revelar-se-ia manifestamente inútil, por não ter qualquer consequência no decidido.

Segundo o Acórdão n.º 389/00, "encontrando-se na decisão recorrida outro fundamento, para além da aplicação da norma impugnada, só por si suficiente para chegar a tal decisão, não existe, pois, interesse processual que justifique o conhecimento da questão pelo Tribunal Constitucional – seja qual for o sentido da

decisão que recaia sobre a questão, manter-se-á inalterado o decidido pelo tribunal recorrido” (disponível para consulta em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000389.html>).

Muito embora as decisões de não conhecimento do recurso de constitucionalidade em razão da verificação de uma fundamentação alternativa tenham evoluído no campo dos recursos interpostos ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, tal fundamento tem sido mobilizado pela jurisprudência constitucional, igualmente, nos recursos obrigatórios da alínea a).

Como se refere no Acórdão n.º 152/2009 (disponível para consulta em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090152.html>):

“Reconhece-se que, na sua grande maioria, as decisões de não conhecimento do recurso de constitucionalidade por existência de fundamentos alternativos na decisão recorrida surgem em recursos interpostos ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, nos quais, por força da regra da prévia exaustão dos recursos ordinários, a decisão recorrida para o Tribunal Constitucional coincide com a decisão final da causa na ordem jurisdicional respetiva, e, por isso, o eventual provimento do recurso de constitucionalidade se apresenta como insuscetível de afetar, mais do que o sentido da decisão recorrida, o próprio desfecho da causa. Mas também assim tem vindo a ser maioritariamente decidido em recursos interpostos, como o presente, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC (Em sentidos divergentes, acórdão n.º 113/2006 e acórdão n.º 256/2004, ambos disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), cfr. também, a jurisprudência citada por Victor Calvete, “Interesse e Relevância da Questão de Constitucionalidade e Utilidade do Recurso de Constitucionalidade - Quatro Faces de uma mesma Moeda”, Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, 404). Com efeito, se a sentença vier a ser confirmada quanto ao fundamento que consiste na interpretação e aplicação do direito ordinário que na decisão se propugna, nunca a apreciação da questão de constitucionalidade se revestirá de interesse para a decisão da causa (Aliás, o mesmo parece suceder se a decisão for revogada mas com fundamento na preclusão da questão relativa à forma do processo por não ter sido impugnada pelos sujeitos processuais a decisão do TPIC – cfr. acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/9/2008, 6/10/2008, 23/10/2008 e 15/1/2009, em processos 6376/2008-9, 6653/2008-5, 6354/2008-9 e 10999/2008-5, respetivamente). E se, nesse especto, a decisão vier a ser revogada terá, então, de ser enfrentada a questão de constitucionalidade das normas aplicadas e bem pode suceder que o tribunal superior não confirme o juízo de inconstitucionalidade.

Assim, o conhecimento imediato da questão de constitucionalidade suscitada não se reveste da utilidade inerente à função instrumental do recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade: a suscetibilidade de repercussão no sentido da decisão da questão em que se enxerta, no momento de proceder à reforma da

decisão recorrida de acordo com o julgamento sobre a questão de constitucionalidade."

Ora, analisando o excursus argumentativo trilhado pela decisão recorrida, muito embora seja feita uma breve referência ao facto de à Recorrida não ter sido dado a conhecer os motivos e os fundamentos da privação da sua liberdade, nem dos direitos e dos deveres processuais que a lei lhe reconhece, o Tribunal a quo não inferiu desse circunstancialismo qualquer consequência jurídica, nem enunciou qual o vício que decorreria de tal "incumprimento". Pelo que da fundamentação da decisão recorrida não é possível afirmar com segurança que a omissão desse formalismo acarretaria, de forma autónoma e efetiva, a ilegalidade da "detenção".

O Ministério Público deslinda esse pretense fundamento alternativo, na seguinte passagem que aqui se transcreve:

"A situação em que a requerente se encontra, desde 21 de novembro de 2020, impossibilitada de sair de sua casa e sob vigilância policial não difere da de um cidadão a quem tenha sido aplicada uma medida de coação de obrigação de permanência na habitação (artigo 201.º do C.P.P.) o que pressupõe, para além dos demais pressupostos de aplicação das medidas de coação, que sobre ele recaiam fortes indícios da prática de crime doloso, a que corresponda a pena de prisão de máximo superior a 3 anos.

Porém, diversamente do que aconteceria a quem fosse imposta tal medida de coação, à requerente não lhe foram dados a conhecer os motivos da ordem que a obrigou a permanecer em casa nem o seu fundamento legal, os direitos e deveres processuais que a lei lhe reconhece, designadamente o direito ao acesso ao direito e aos tribunais, para defesa dos seus direitos - com consagração constitucional (artigo 20.º) - nomeado defensor e sindicada a privação da liberdade por intervenção judicial, direitos que a lei reconhece a um arguido sobre quem recaem fortes suspeitas da prática de crime (cfr. artigos 58.º, 61.º, 63.º, 141.º n.º4 e 201.º do Código de Processo Penal e 20.º da Constituição da República Portuguesa).

A factualidade provada permite concluir que a requerente que se encontra saudável, sem evidência científica de que seja portadora de doença contagiosa está impedida de sair de casa e sujeita a vigilância policial pelo que não subsistem dúvidas de que está privada da liberdade sem conhecer os fundamentos dessa decisão.

A decisão que a privou da liberdade não encontra apoio nas exceções previstas no n.º 3 do Artigo 27.º da Constituição pelo que facilmente se conclui que, em circunstâncias de normalidade a privação da liberdade com o fundamento e nos termos em que foi efetuada, seria ilegal por clara violação do princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade."

(cfr. ponto 1.1.4. supra)

Se é verdade que neste trecho o Tribunal a quo parece defender que a situação em que se encontra a Recorrida, equivalente à de uma "detenção", ou de sujeição à medida de coação de obrigação de permanência na habitação, foi concretizada sem que tivesse sido respeitado o formalismo legal necessário, em nenhum momento é referido que o incumprimento desse circunstancialismo cominaria com a ilegalidade a situação de privação de liberdade em que a Recorrida se encontrava, nos termos do artigo 221.º do CPP. Este argumento é, portanto, meramente hipotético e não alcança um limiar de autonomia e de certeza que nos permita concluir, com segurança, que a decisão de procedência do habeas corpus sempre decorreria desse fundamento jurídico alternativo.

Aliás, o mesmo argumento é desmentido na frase imediatamente seguinte ao trecho acima transcrito (cfr., de novo, o ponto 1.1.4. supra):

«Acontece, porém, que não são tempos de normalidade aqueles em que vivemos.

Com efeito, face à crise epidemiológica e sua evolução o Presidente da República procedeu em 6 de novembro de 2020 à declaração do estado de emergência que veio a renovar em 20 de novembro pelo Decreto n.º 594/2020 em execução do qual foi publicado o Decreto do Governo n.º 9/2020, de 21 de novembro, publicado no Diário da República, 1.ª Série n.º 227-A, de 20 de novembro de 2020, que no seu artigo 3.º sob a epígrafe "Confinamento obrigatório" estipulou que:

"1- Ficam em confinamento obrigatório, em estabelecimento de saúde, no domicílio ou, não sendo aí possível, noutra local definido pelas autoridades competentes:

a) Os doentes com COVID-19 e os infetados com SARS-Cov-2;

b) Os cidadãos relativamente a quem a autoridade de saúde ou outros profissionais de saúde tenham determinado a vigilância ativa"».

Na verdade, após essa referência ao procedimento que antecedeu a situação de "detenção" da Recorrida, o Tribunal a quo foca a sua atenção e argumentação jurídica apenas na inconstitucionalidade do artigo 3.º, n.º 1, do Decreto n.º 9/2020, de 21 de novembro, elevando-a a fundamento exclusivo da procedência da providência de habeas corpus.

Assim, não sendo possível deslindar do teor da decisão recorrida qualquer fundamento jurídico autónomo e efetivo que conduzisse ao mesmo desfecho, em alternativa à desaplicação da norma em virtude do juízo de inconstitucionalidade, não é possível afirmar com segurança a verificação de um fundamento alternativo obstativo ao conhecimento do mérito do recurso.

Improcedendo a questão prévia invocada pelo Recorrente é, pois, chegado o momento de apreciar o mérito do recurso.

## II.II. Do mérito do recurso

2.2. Como já tivemos a oportunidade de evidenciar, o objeto do presente recurso consiste na apreciação da constitucionalidade da norma inscrita no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Decreto n.º 9/2020, de 21 de novembro, da Presidência do Conselho de Ministros, que regulamenta a aplicação do estado de emergência decretado pelo Presidente da República, através do Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020, e que estabelece o seguinte:

### Artigo 3.º

#### Confinamento obrigatório

1 — Ficam em confinamento obrigatório, em estabelecimento de saúde, no domicílio ou, não sendo aí possível, noutra local definido pelas autoridades competentes:

a) ...

b) Os cidadãos relativamente a quem a autoridade de saúde ou outros profissionais de saúde tenham determinado a vigilância ativa.

Na origem do presente recurso de constitucionalidade está, como já frisamos, a recusa de aplicação desse preceito pelo Tribunal a quo, com fundamento na respetiva inconstitucionalidade que deu origem ao deferimento da providência de habeas corpus da Recorrida a quem foi determinado que permanecesse em isolamento profilático, no respetivo domicílio, pelas autoridades de saúde competentes.

Da fundamentação erigida na decisão recorrida, em particular dos parágrafos que antecedem o dispositivo, resulta que o Tribunal a quo formulou um juízo de inconstitucionalidade orgânica baseado, por um lado, na violação da reserva de lei da Assembleia da República (artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da CRP), assente que o estado de emergência não poderia afetar a distribuição constitucional de competências pelos diferentes órgãos de soberania (artigo 19.º, n.º 7, da CRP), e, por outro, na circunstância de tal norma constar de Decreto simples da Presidência do Conselho de Ministros, quando deveria constar, na ótica do Tribunal a quo, de ato normativo do Governo (cfr. ponto 1.1.4. supra).

A qualificação como orgânica da inconstitucionalidade, de que pretensamente padece a norma cuja aplicação foi recusada, desdobra-se em duas linhas de argumentação: uma primeira que se reconduz à reserva relativa de

competência legislativa da Assembleia da República (artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da CRP), fazendo alusão ao Acórdão n.º 424/2020 deste Tribunal; e uma segunda dirigida estritamente à forma do diploma eleito para aprovação da norma. Ou seja, ao propugnar que o Governo só estava habilitado, nos termos da Constituição, a regular sobre a restrição ao direito à liberdade (artigo 27.º da CRP), sob forma de ato legislativo - e não por meio de decreto simples -, o Tribunal a quo imputou, implicitamente, um vício formal à norma em causa.

Isso é particularmente enfatizado na seguinte parte da fundamentação da decisão recorrida:

“Pode o governo, nestas circunstâncias proceder à restrição de direitos fundamentais por ato normativo infra legislativo?”

Suspensos os direitos fundamentais pelo Presidente da República poderia o governo mantendo-se dentro do quadro delimitado pelo decreto de suspensão restringir as possibilidades de acesso individual aos bens por eles protegidos. Contudo, atento o carácter restritivo da regulação, a importância da matéria, a relevância dos sacrifícios de liberdade, a controvérsia que os envolve e o carácter inovatório da norma, deveria o governo recorrer à forma de ato legislativo e não a um decreto, simples ou regulamentar. Nem se diga que o governo se limitou a dar execução ao decreto do Presidente da República porque nessa circunstância o decreto presidencial deveria ter estabelecido o regime normativo da suspensão que o governo se limitaria a executar. Ora o Presidente da República optou por não definir no decreto presidencial os comandos normativos que os cidadãos deveriam observar, estabelecendo apenas os respetivos limites e sentido e remetendo a responsabilidade da sua aprovação e definição para a autoridade pública competente.

(...)

Não é o facto de tais restrições estarem constitucionalmente autorizadas que dispensa o Governo ou a Assembleia da República de terem de recorrer a ato legislativo para restringir (cfr. Jorge Reis Novais - "DIREITOS FUNDAMENTAIS E ENCONSTITUCIONALIDADE EM SITUAÇÃO DE CRISE -A PROPÓSITO DA EPIDEMIA COVID-19" e-Pública vol. 7, no. 1, abril 2020 (078-117))

Se logramos deslindar da decisão recorrida que o desvio de competência importa, na ótica do Tribunal a quo, um vício relativo ao órgão competente para aprovar a norma, atenta a violação da reserva de competência relativa da Assembleia da República, o que se subsume doutrinariamente à modalidade de inconstitucionalidade orgânica, de outros segmentos da sua fundamentação é igualmente possível colher que a desconformidade com a Constituição também resulta imputada à forma do ato escolhido, como forma de exteriorização do mesmo, o que nos poderá então remeter para o vício de inconstitucionalidade formal (ainda que tal categorização/qualificação possa igualmente surgir como

aproximada da orgânica - cfr. Miranda, Jorge, "Manual de Direito Constitucional Tomo VI Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição", Coimbra Editora, 2001, págs. 34 e 35; e Canotilho, J.J. Gomes, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", 6.ª ed., Almedina, Coimbra, pág. 951).

Em face disto, na senda das alegações produzidas pelo Ministério Público, abordaremos, num primeiro momento, a questão da inconstitucionalidade orgânica e, num segundo momento, a inconstitucionalidade formal *stricto sensu*.

2.2.1. A norma objeto do presente recurso insere-se no Decreto da Presidência do Conselho de Ministros n.º 9/2020, de 21 de novembro, que regulamenta a aplicação do estado de emergência renovado pelo Presidente da República, através do Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020, de 20 de novembro.

Estes diplomas inserem-se na comumente designada legislação Covid aprovada na sequência da declaração do segundo estado de emergência, mediante Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de novembro.

Em razão "(d)a evolução da pandemia COVID -19, assim como (d)as lições dela retiradas", que "justificam garantias reforçadas da segurança jurídica de medidas adotadas ou a adotar pelas autoridades competentes para a correspondente prevenção e resposta, em domínios como os da convocação de recursos humanos para rastreio, do controlo do estado de saúde das pessoas, da liberdade de deslocação e da utilização de meios do setor privado e social ou cooperativo", foi decretado o estado de emergência através do Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de novembro, com duração de quinze (15) dias, desde o dia 9 até ao dia 23 de novembro de 2020. Essa declaração veio a ser renovada pelo Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020, de 20 de novembro, que determinou a permanência do estado de emergência desde o dia 24 de novembro de 2020 até ao dia 8 de dezembro de 2020.

O Decreto da Presidência do Conselho de Ministros n.º 9/2020, de 21 de novembro, em que se insere a norma objeto de presente recurso, visou regulamentar essa renovação do estado de emergência, respondendo à necessidade de integrar toda a regulamentação indispensável à execução da declaração do estado de emergência e ao combate à pandemia da doença COVID-19, diminuindo a dispersão legislativa a regulamentar, de forma a assegurar maior clareza e sentido de unidade de informação e do quadro jurídico vigente.

2.2.2. Impõe-se delinear, brevemente, o quadro jurídico em que nos movemos com respeito ao estado de emergência, previsto no artigo 19.º da CRP e regulado na Lei n.º 44/86, de 30 de setembro, que aprova o regime do estado de sítio e do estado de emergência (doravante designada por "LOESEE").



Inserindo-se na denominada tipologia de estados de necessidade ou estados de exceção consagrados na CRP, o estado de emergência, como o estado de sítio, constitui um estado de anormalidade constitucionalmente previsto, que pressupõe a possibilidade de restrições mais intensas dos direitos fundamentais do que aquelas que constitucionalmente são admitidas em circunstâncias de normalidade, autorizando a suspensão coletiva de direitos (cfr. Canotilho, J.J. Gomes, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", 6.ª ed., Almedina, 2002, Coimbra, págs. 1085 e 1091).

Previsto no artigo 19.º da CRP, e regulamentado na LOESEE, o estado de emergência é uma espécie de pré-estádio, parcialmente coincidente com o estado de prevenção, e que não sendo suscetível de precisão normativa, aponta fundamentalmente para a ideia de uma situação de crise que sendo já um ameaça não constitui ainda perigo iminente, que pode ser declarado em casos de (i) grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática; e de (ii) calamidade pública. Do texto constitucional infere-se uma "menor intensidade da crise" do estado de emergência face ao estado de sítio, uma vez que neste último é admitida a suspensão total de direitos, liberdades e garantias, ao passo que naquele apenas é permitida a sua suspensão parcial (artigo 9.º, n.º 2, da LOESEE).

O modelo de organização do poder de emergência assenta numa separação entre o poder de declaração e o poder de execução, verificando-se uma verdadeira repartição e interdependência de competências, que requer a participação conjunta e conjugada dos órgãos de soberania com atribuições políticas. De um lado, a declaração do estado de emergência é da competência do Presidente da República – tratando-se de um ato próprio (artigo 134.º, alínea d), da CRP) –, mediante decreto presidencial, e depende da prévia autorização da Assembleia da República (artigos 138.º, n.º 1, 161.º, alínea l), e 179.º, n.º 3, alínea f), da CRP) e da prévia audição do Governo (artigos 138.º, n.º 1, e 197.º, alínea f), da CRP, e artigos 10.º a 16.º da LOESEE). Do outro, a respetiva execução é atribuída ao Governo, que deverá manter informado o Presidente da República e a Assembleia da República (artigo 19.º, n.º 8, da CRP, e artigo 17.º da LOESEE).

Pautado e orientado pelo princípio da proporcionalidade, cingindo-se ao estritamente necessário com vista à reposição da normalidade constitucional, é ao Presidente da República que compete, no respetivo decreto, (i) fundamentar a opção pelo estado de emergência, por referência a uma das causas constitucionalmente reconhecidas, (ii) fixar o âmbito territorial e temporal dos seus efeitos; e (iii) especificar quais os direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso ou restringido durante a vigência do estado de exceção (artigo 19.º, n.ºs 4 e 5, da CRP, e artigo 14.º da LOESEE).

Sobre o Governo impende a função de adotar as medidas adequadas, necessárias e proporcionais com vista à execução do estado de emergência, que

se encontram subordinadas à fiscalização da Assembleia da República (artigo 19.º, n.º 8, da CRP, e artigo 17.º da LOESEE).

2.2.3. Durante o primeiro período de vigência do estado de emergência, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública – primeiramente declarado por Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, com efeitos entre 19/03/2020 e 02/04/2020, que veio a ser sucessivamente renovado, entre 03/04/2020 e 17/04/2020, pelo Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril, e entre 18/04/2020 e 02/05/2020, pelo Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de abril –, ganhou eco a discussão doutrinária acerca da conformidade constitucional das medidas aprovadas pelo Governo, no âmbito dos respetivos poderes de execução do estado de emergência, que impunham obrigações de confinamento obrigatório a doentes e não doentes Covid19, de isolamento profilático, bem como de internamento hospitalar. No âmago desse debate estava a resposta à questão de saber se a imposição de confinamento e de outras medidas buliam com o direito à liberdade individual, previsto no artigo 27.º, n.º 1, ou com o direito à deslocação, consagrado no artigo 44.º, ambos da CRP, assente, por um lado, (i) que o Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, não previa, no catálogo dos direitos fundamentais parcialmente suspensos, o direito à liberdade pessoal, limitando-se a suspender o direito de deslocação e de fixação em qualquer parte do território nacional (artigo 4.º, alínea a)); e, por outro, (ii) que a Assembleia da República não autorizou o Governo a suspender ou restringir esse direito fundamental (artigo 27.º da CRP), nos termos do artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da CRP (cfr. sobre este tema, Jorge Reis Novais, “Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia COVID-19”, in e-Pública, Vol. 7, No. 1, abril 2020, 078-117, especialmente pp. 95 e ss. e p. 99, disponível no sítio <https://www.e-publica.pt/volumes/v7n1a05.html>, e “Estado de Emergência – Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial”, disponível em no sítio <https://observatorio.almedina.net/>; José de Melo Alexandrino, “Devia o direito à liberdade ser suspenso? – Resposta a Jorge Reis Novais”, disponível no sítio <https://observatorio.almedina.net/>; Miguel Nogueira de Brito, “Pensar no estado da exceção na sua exigência”, disponível no sítio <https://observatorio.almedina.net/>; e Rúben Ramião, “O Direito à Liberdade e o Estado de Emergência numa Releitura de Alf Ross (2.ª Resposta a Jorge Reis Novais)” e “Lendo a Constituição em Estado de Emergência (3.ª Resposta a Jorge Reis Novais)”, disponíveis no sítio <http://www.icjp.pt/publicacoes/papers/4>).

In casu, como decorre da fundamentação da decisão recorrida, o Tribunal a quo parte da conceção de que qualquer restrição ao direito à liberdade pessoal, mesmo na vigência de um quadro de exceção constitucional, dependeria da prévia autorização parlamentar concedida ao Governo para legislar sobre direitos, liberdades e garantias, por se tratar de matéria da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da CRP). Em face

disso, inexistindo tal autorização da Assembleia da República, o artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Decreto n.º 9/2020, de 21 de novembro, seria desconforme com a Constituição, sofrendo de inconstitucionalidade orgânica, o que conduziu à consideração da situação de confinamento profilático da Recorrente como “detenção ilegal”. Para sustentar o seu juízo de inconstitucionalidade, o Tribunal a quo lançou mão, por um lado, da opinião de Jorge Reis Novais, plasmada no estudo acima identificado, e por outro, do Acórdão n.º 424/2020 da 1.ª Secção deste Tribunal, que julgou inconstitucionais as normas contidas nos pontos 1 a 4 e 7 da Resolução do Conselho do Governo n.º 77/2020 e nos pontos 3, alínea e), e 11 da Resolução do Conselho do Governo n.º 123/2020, nos termos das quais se impõe o confinamento obrigatório, por 14 dias, dos passageiros que aterrem na Região Autónoma dos Açores, por violação do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º, por referência ao artigo 27.º, da Constituição da República Portuguesa.

Contudo, tais elementos, quer doutrinário, quer jurisprudencial, não depõem a favor da tese do Tribunal a quo, não constituindo elemento convocável, nos termos firmados na decisão recorrida, a favor da tese da inconstitucionalidade orgânica.

Senão vejamos.

Muito embora o Acórdão n.º 424/2020 também tenha sido proferido no âmbito de uma providência de habeas corpus, cujo deferimento radicou na recusa de aplicação de normas em razão do julgamento da inconstitucionalidade orgânica, as similitudes com o caso vertente são meramente aparentes e ficam-se pela circunstância de ao ali recorrente também ter sido determinada uma situação de confinamento, ainda que com outros contornos. Ora, o objeto daquele recurso respeitava a normas aprovadas por Resolução do Governo Regional dos Açores, que impunham o confinamento obrigatório, por 14 dias, aos passageiros que aterrassem nessa região autónoma, quando já não vigorava a declaração do estado de emergência, que cessou em 2/05/2020 (cfr. Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de abril), mas sim a situação de calamidade declarada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020.

Como se lê no ponto 2.2. do aludido acórdão:

“São inequívocos os dados de facto relevantes para tal afirmação: o requerente da providência de habeas corpus foi sujeito a confinamento obrigatório em 10/05/2020, altura em que já não vigorava a declaração do estado de emergência (declarado inicialmente pelo Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, entre 19/03/2020 e 02/04/2020, renovado pelo Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril, entre 03/04/2020 e 17/04/2020, e novamente renovado pelo Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de abril, entre 18/04/2020 e 02/05/2020, após o que vigorou a situação de calamidade declarada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020).

Assim, não concorrem para o enquadramento jurídico-constitucional do caso dos autos as normas relativas ao estado de emergência. Por outro lado, a “situação de calamidade” não tem relevância constitucional para efeitos de suspensão de direitos, liberdades e garantias, relevando para esse efeito apenas a “calamidade” que funda a declaração do estado de emergência (artigo 19.º, n.º 2, da Constituição) – “[o] estado de emergência constitucional é declarado com o objetivo de promover o regresso à normalidade da situação de calamidade administrativa visa o mesmo objetivo, mas, em vez de atuar por via da suspensão dos direitos fundamentais, persegue-o no âmbito de um quadro legislativo que envolve restrições específicas e predefinidas desses mesmos direitos” (Miguel Nogueira de Brito, Modelos de emergência no direito constitucional, revista e-Pública, vol. 7, n.º 1, abril de 2020, disponível em [www.e-publica.pt](http://www.e-publica.pt), p. 8; sobre alguns problemas normativos em estado de emergência, v., ainda, Pedro Lomba, Constituição, estado de emergência e administração sanitária: alguns problemas, revista e-Pública, cit., pp. 28/43, e Catarina Santos Botelho, “Estados de exceção constitucional: estado de sítio e estado de emergência”, in Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro (eds.), Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção, AAFDL, Lisboa, 2020, pp. 9/57, disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3619217](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3619217)).

Como se vê, a discussão ali esgrimida em torno da competência para legislar acerca de matéria de direitos, liberdades e garantias, teve por premissa o facto de as normas objeto de recurso terem sido aprovadas em situação de “calamidade pública” e não durante a vigência do estado de emergência, isto é, durante um quadro que não detém qualquer relevância constitucional para efeitos de suspensão de direitos, liberdades e garantias, ao contrário do estado de exceção constitucional. Ficam, assim, patentes as dissonâncias entre as circunstâncias de facto daquele recurso e do presente processo, o que obsta, por isso, à transposição dos fundamentos esgrimidos por este Tribunal a favor do julgamento de inconstitucionalidade para o presente caso.

No que concerne à opinião de Jorge Reis Novais, documentada no estudo acima citado, importa reter que a mesma visou a apreciação jurídica de diplomas aprovados pelo Governo, como acima se referiu, durante o primeiro estado de emergência que vigorou no país, entre março e maio de 2020, no pressuposto de que o Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, e subsequentes renovações eram omissos quanto à suspensão do direito à liberdade individual, autorizando a suspensão do direito à deslocação.

É possível deslindar da tese construída por esse autor que, perante a ausência do direito à liberdade individual (artigo 27.º, n.º 1, da CRP) do catálogo de direitos fundamentais suspensos por via de decreto presidencial, até mesmo num quadro de estado de emergência, o Governo carecia de autorização parlamentar para regulamentar acerca de restrições a esse direito, designadamente, para aprovar medidas de confinamento ou isolamento de pessoas não doentes e medidas de

internamento de doentes com Covid-19, concluindo que o executivo estava apenas habilitado a tal caso dispusesse de autorização da Assembleia da República, por se tratar de matéria de reserva relativa de competência legislativa desta (artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da CRP).

Foi esta a linha de pensamento prosseguida na decisão recorrida, ao invocar como comandos constitucionais pretensamente violados os artigos 19.º, n.º 7, 165.º, n.º 1, alínea b), da CRP.

Sucede, porém, que o quadro normativo do estado de emergência declarado em novembro de 2020 acomodou alterações significativas face à legislação de emergência anteriormente vigente, não sendo rigorosamente enquadrável naquelas premissas. Na verdade, quer no Decreto do Presidente da República n.º 51-A/2020, de 6 de novembro, quer no subsequente Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020, de 20 de novembro, passou a estar consagrada a suspensão parcial do direito à liberdade (artigo 27.º da CRP).

Para o que nos interessa, o artigo 4.º do Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020 estatui o seguinte:

“4.º

Durante todo o período referido no artigo anterior, fica parcialmente suspenso o exercício dos seguintes direitos, nos estritos termos seguidamente previstos:

1) Direitos à liberdade e de deslocação:

a) (...);

b) Na medida do estritamente necessário e de forma proporcional, pode ser imposto o confinamento compulsivo em estabelecimento de saúde, no domicílio ou, não sendo aí possível, noutra local definido pelas autoridades competentes, de pessoas portadoras do vírus SARS -CoV -2, ou em vigilância ativa;

c) (...).

(...)” (sublinhado nosso).

O Decreto da Presidência do Conselho de Ministros n.º 9/2020, de 21 de novembro, onde se sedia a norma objeto deste recurso, regulamentou o estado de emergência declarado/renovado por este último decreto presidencial, sendo certo que a circunstância de o direito à liberdade ter sido suspenso por via do decreto presidencial imprime uma variável distinta com consequências lógicas na forma como se perspetiva, do ponto de vista constitucional, a conjugação dos poderes e competências dos órgãos de soberania típicas do estado de emergência. Por conseguinte, é ao Presidente da República que compete a declaração do estado de emergência e a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso durante a sua vigência - efeito material do estado de exceção

constitucional -, o que implica um corte ou recorte do escopo normativo tutelado por essas garantias, meramente temporário, que vigorarão enquanto se mantiver o estado de emergência.

Com efeito, a norma inscrita na alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto n.º 9/2020, de 21 de novembro, que reproduz o teor da alínea b) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020, inscreve-se no âmbito normativo da suspensão de direitos estabelecida pelo Presidente da República, e veio tão só clarificar que a determinação, quer do local alternativo para confinamento, quer do núcleo de cidadãos em vigilância ativa incumbe às autoridades de saúde e outros profissionais de saúde.

Neste enquadramento jurídico, não se descortina qualquer desconformidade com a Constituição, em particular com o artigo 19.º, n.º 7, na medida em que o artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Decreto do Presidência do Conselho de Ministros n.º 9/2020, de 21 de novembro, se inscreve dentro dos limites delineados no sobredito decreto presidencial.

2.2.4. Debrucemo-nos, agora, sobre o apontado vício de inconstitucionalidade formal aflorado na decisão recorrida. A este respeito, considerou o Tribunal a quo que, ainda que se mantivesse no âmbito da suspensão do direito à liberdade definida no decreto presidencial, o Governo apenas poderia dispor sobre o mesmo através de ato legislativo – decreto-lei – e não por decreto simples (artigo 112.º, n.º 1, da CRP), i.e., na medida em que o conteúdo da alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º se traduz numa restrição ao direito à liberdade individual: mesmo que dentro dos limites definidos pelo Presidente da República, trata-se de uma atuação primária, própria da função político-legislativa, e em face disso só poderia ter assento em ato legislativo. O Tribunal a quo justifica tal exigência de ato legislativo fazendo apelo ao “carácter restritivo da regulação”, “a importância da matéria”, “a relevância dos sacrifícios de liberdade”, “a controvérsia que os envolve e o carácter inovatório da norma”, lançando mão, mais uma vez, da tese defendida por Jorge Reis Novais (cfr. Ob. Cit. pág. 115).

Nesta senda, impõe-se reiterar o que já acima se disse sobre a aludida tese, pois a mesma assentou na análise dos diplomas aprovados pelo Governo para execução da primeira declaração de estado de emergência, em março de 2020, e subsequentes renovações. Tal opinião dirigiu-se aos diplomas aprovados pelo Governo, durante o primeiro período (março a maio de 2020), não sendo, por isso, transponível, em toda a sua extensão e com a abrangência de pressupostos em que se alicerça, para a legislação sobre que agora nos pronunciamos.

Vejamos.

Em primeira linha, importa destacar um argumento de ordem literal, que consiste na ausência de qualquer referência na lei a um requisito de lei formal. Com efeito, nem o artigo 19.º, n.º 8, da Constituição, nem o artigo 17.º da LOESEE preveem qual a forma dos atos a adotar pelo Governo no âmbito dos seus poderes de execução do estado de emergência. Uma vez que tal atribuição do Governo se dirige à execução administrativa do estado de emergência, e face ao silêncio da lei quanto à exigência de forma, será pacífico considerar que a resolução do Conselho da Ministros ou até um decreto aprovado pelo Governo corresponderão a formas de atos jurídico-públicos de emanção de medidas aprovadas pelo Governo no contexto em causa.

Contudo, o cerne da questão centra-se a montante, em saber se a norma em causa detém conteúdo restritivo de direito fundamental sujeita a reserva de lei (artigos 18.º, n.ºs 2 e 3, 112.º, n.º 1, da CRP), impondo-se, nesta esteira, averiguar do conteúdo da norma sindicada e aferir se o mesmo extravasa o escopo executivo e regulamentar das competências do Governo ou se insere, ao invés, na função político-legislativa.

Como ensina Blanco de Morais, a noção de reserva geral de lei ou de reserva de lei em sentido amplo compreende o domínio material necessário de legalidade, que implica (i) uma prioridade exclusiva de regulação primária de determinadas matérias previstas na Constituição por parte de atos legislativos que resulta no domínio material necessário de norma legal inovadora e razoavelmente densa, não sendo, por isso, consentidos regulamentos independentes, mas apenas normas administrativas de execução que concretizem ou complementem as normas legais; (ii) a interdição de deslegalizações na esfera das matérias que a Constituição atribui à lei; (iii) uma supremacia da lei sobre o regulamento, a qual se traduz, seja no imperativo de este ser interpretado em conformidade com a lei e observar o conteúdo e fins da lei que executa sob pena de ilegalidade, seja na faculdade de a lei poder revogar normas regulamentares por força da sua superioridade hierárquica (cfr. “Curso de Direito Constitucional Funções do Estado e o Poder Legislativo no Ordenamento Português”, Tomo I, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2015, págs. 198 a 200).

Enquanto decorrência do princípio da separação de poderes (artigo 111.º, n.º 1, da CRP), a reserva de lei proíbe que atos de funções subordinadas do Estado incidam de forma inovatória em matérias qualificadas, cuja regulação seja exclusivamente cometida à lei, como norma típica da função política caracterizada pelo seu caráter primário e dominante (cfr. Carlos Blanco de Morais, *Ob. Cit.*, pág. 200).

Dentro das reservas específicas da lei, a Constituição estabelece uma exigência de reserva de lei geral e abstrata, no tocante a leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, em razão da matéria ou conteúdo em causa, como resulta do artigo 18.º, n.º 3, da CRP (cfr. Andrade, José Carlos Vieira de, “Os Direitos

Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", Almedina, 2012, Coimbra, 5.ª ed., págs. 289 e seguintes).

Este Tribunal tem-se pronunciado com frequência sobre esta matéria nomeadamente, e entre outros, nos Acórdãos n.ºs 187/2012, 89/2012, 621/2013, 143/2015 (cfr. <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>).

Ora, o artigo 3.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Decreto n.º 9/2020, prevê que "ficam em confinamento obrigatório, em estabelecimento de saúde, no domicílio ou, não sendo aí possível, noutra local definido pelas autoridades competentes a) Os doentes com COVID -19 e os infetados com SARS -CoV -2; b) Os cidadãos relativamente a quem a autoridade de saúde ou outros profissionais de saúde tenham determinado a vigilância ativa". O seu conteúdo visa regulamentar a norma estabelecida no Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020 sediada no artigo 4.º, n.º 1, alínea b), que consagrou no elenco de direitos fundamentais suspensos, durante a vigência do estado de emergência, o direito à liberdade individual, autorizando o seguinte:

#### Artigo 4.º

1 - Durante todo o período referido no artigo anterior, fica parcialmente suspenso o exercício dos seguintes direitos, nos estritos termos seguidamente previstos:

1) Direitos à liberdade e de deslocação:

a) (...)

b) Na medida do estritamente necessário e de forma proporcional, pode ser imposto o confinamento compulsivo em estabelecimento de saúde, no domicílio ou, não sendo aí possível, noutra local definido pelas autoridades competentes, de pessoas portadoras do vírus SARS -CoV -2, ou em vigilância ativa;

Como se constata da análise e conjugação dos elementos constitutivos de cada uma das normas inscritas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto n.º 9/2020, aqueles reproduzem o teor do artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020, clarificando que a determinação quer de local alternativo para confinamento quer do núcleo de cidadãos em vigilância ativa incumbe às autoridades de saúde ou outros profissionais de saúde.

A norma da alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto n.º 9/2020 apenas concretiza que a situação de vigilância ativa é definida pelas autoridades de saúde e outros profissionais. Tal densificação não introduz qualquer pressuposto material e original definidor do conteúdo da suspensão ao direito fundamental, nada acrescentando de materialmente inovatório à disciplina definida no decreto presidencial. Ou seja, não se deslinda dos pressupostos consagrados naquela norma



uma incidência no regime da suspensão fixado pelo decreto presidencial, porque o âmbito primário desse regime não é atingido, i.e., o disposto no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Decreto n.º 9/2020 não incide na intensidade da medida ou no sentido da possibilidade de limitação ou privação da liberdade física já permitidas pelo Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020.

Relegar para as “autoridades competentes”, nomeadamente, para as autoridades de saúde, a seleção do núcleo de cidadãos que devem permanecer em vigilância ativa, para efeitos de determinação do respetivo confinamento, é apenas regulamentar e executar o teor da suspensão primária que consta do decreto presidencial, o que se circunscreve no âmbito dos poderes de execução conferido ao Governo em estado de emergência.

Tanto basta para infirmar o juízo de inconstitucionalidade sustentado na decisão recorrida.

### III – Decisão

3. Face ao exposto, o Tribunal Constitucional decide:

a) Não julgar inconstitucional a norma ínsita no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Decreto n.º 9/2020, de 21 de novembro, da Presidência do Conselho de Ministros, nos termos da qual se impõe o confinamento obrigatório, em estabelecimento de saúde, no domicílio ou, não sendo aí possível, noutra local definido pelas autoridades competentes aos cidadãos relativamente a quem a autoridade de saúde ou outros profissionais de saúde tenham determinado a vigilância ativa;

b) Conceder provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público.

Sem custas.

Lisboa, 1 de fevereiro de 2022

José João Abrantes

José Teles Pereira

Maria Benedita Urbano

Pedro Machete

João Pedro Caupers

## Acórdão nº 134/2020

Processo n.º 1458/17

### 3.ª Secção

Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro

Acordam na 3.ª Secção do Tribunal Constitucional

#### I – Relatório

1. Nos presentes autos, vindos do Tribunal da Relação de Coimbra, em que é recorrente A. e recorrido o Ministério Público, o primeiro interpôs recurso de constitucionalidade, ao abrigo do disposto no artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (LTC), da decisão daquele Tribunal datada de 18 de outubro de 2017 que manteve a decisão da 1.ª instância condenando-o na pena única de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de prisão, suspensa na sua execução por igual período, pela prática em coautoria material e na forma consumada de um crime de lenocínio, p. e p. pelo disposto no n.º 1 do artigo 169.º do Código Penal e de um crime de auxílio à imigração ilegal, p. e p. pelo disposto no n.º 2 do artigo 183.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho.

2. O recorrente pretende ver fiscalizada a constitucionalidade da norma constante do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, que criminaliza o lenocínio na sua forma simples ou fundamental, tendo apresentado alegações de recurso que concluem do seguinte modo:

«1.ª- A definição do bem jurídico-penal desempenha o papel de critério da decisão legislativa **criminalizadora** a qual deve ser efetuada com o recurso a uma conceção ético-social mediatizada pela constituição democrática, mediatizada no quadro referencial dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e os deveres essenciais à funcionalidade e justiça do sistema social.

2.ª- O crime de lenocínio do art.º 169.º, n.º 1 CP, é um crime de perigo abstrato, onde não se exige que o bem jurídico tenha sido efetivamente posto em perigo uma vez que este não faz parte do tipo, mas tão só, da motivação da proibição.

3.ª- Sendo o bem jurídico visado pela norma a autonomia e liberdade da pessoa que se prostitui (ou a liberdade sexual), as condutas previstas no tipo em análise não traduzem em si uma perigosidade típica de lesão de tal bem jurídico, pelo que se exigiria para a incriminação a identificação precisa do bem jurídico e a sua grande importância.

4.º- Mesmo sendo a motivação da proibição legítima, importaria demonstrar estar tal bem jurídico necessitado de tutela penal por inexistência ou insuficiência de outras reações sociais para a sua proteção.

5.º- Por isso, incriminação e punição do art.º 169.º, n.º1 CP é inconstitucional por violação do art.º 18.º n.º 2 CRP, em particular do princípios constitucionais do "Direito Penal do Bem Jurídico" ou da "Dignidade penal do bem jurídico" (condicionando a restrição de direitos à salvaguarda de outros) e da "Necessidade penal" (condicionando tal restrição à sua necessidade para a referida salvaguarda) em três dimensões:

a) a inexistência ou insuficiência de outras reações sociais para uma proteção eficaz do bem jurídicos com dignidade penal;

b) a adequação da sanção criminal a uma tutela relativamente eficaz do bem;

c) a proporcionalidade entre a gravidade da sanção criminal e a relevância pessoal e/ou social dos bens jurídicos protegidos (e lesados ou postos em perigo).»

3. O Ministério Público contra-alegou, pugnando pela negação de provimento ao recurso. Fê-lo fundamentalmente nos seguintes termos:

«(...)

2. Apreciação do mérito do recurso

2.1. A questão de constitucionalidade que o Tribunal Constitucional tem de apreciar já foi apreciada em muitos acórdãos do Tribunal Constitucional.

No recente Acórdão n.º 641/2016, começou por dizer-se:

"6.2. A conformidade constitucional da criminalização do lenocínio, perante a tipificação contida no artigo 169.º, n.º 1, do CP, na redação conferida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, ou aquela que antecedeu essa alteração de redação, constitui questão simples, na aceção do n.º 1 do artigo 78.º-A da LTC, por repetidamente apreciada por este Tribunal, sempre com afastamento de censura constitucional, por lhe estar subjacente uma perspetiva fundamentada na ordem axiológica da Constituição. É o que decorre, dentre as decisões mais recentes, dos Acórdãos n.ºs 170/2006, 33/2007, 396/2007, 522/2007, 141/2010, 559/2011, 605/2011, 654/2011, 203/2012 e 149/2014, todos reafirmando o que foi entendido no Acórdão n.º 144/2004, leading case sobre a temática. Note-se que a circunstância deste aresto ter versado a incriminação do lenocínio constante do artigo 170.º, n.º 1, do Código Penal, não impede a sua transposição para a solução de questão incidente sobre o artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, na redação conferida pela Lei n.º 59/2007, pois ambos os preceitos assumem, na dimensão efetivamente aplicada na decisão recorrida – que não considerou a prática de atos sexuais de relevo –, plena identidade normativa (também assim, os Acórdãos n.ºs 141/2010, 559/2011, 605/2011

e 203/2012, que versaram igualmente a redação da norma penal incriminadora alterada em 2007)”.

2.2. Remetemos, pois, para a uniforme - mas não unânime - jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a matéria, designadamente para a fundamentação constante dos acórdãos n.ºs 144/2004 e 641/2016 e, mais recentemente, os Acórdãos n.ºs 421/2017, 694/2017 e 90/2018.

2.3. Ainda sobre esta matéria e recordando que o recorrente também foi condenado pela prática de um crime de auxílio à imigração ilegal, não podemos deixar de referir a Decisão Sumária n.º 129/2018, proferida no Proc.º n.º 1173/17, da 2.ª Secção, e na qual se pode ler:

“Neste sentido, corroborando as conclusões dos Acórdãos citados [do Tribunal Constitucional], estudos sobre prostituição (cf. os estudos citados por Catherine MacKinnon, *Sex Equality*, University Case Book Series, New York, Foundation Press, 2001, pp. 1412-1413) demonstram que cerca de 75% a 90% das mulheres prostituídas foram vítimas de agressões físicas ou abuso sexual na infância, no seio da sua própria família e a maioria das pessoas prostituídas, de ambos os sexos, foi iniciada na prostituição por terceiros quando era menor de idade, havendo prova empírica suficiente de que a vitimação por abuso sexual na infância ou na adolescência contribuiu, de forma significativa, para a sua entrada na prostituição. Aproximadamente 90% das mulheres inquiridas indicou que gostava de deixar a prostituição mas que tinha medo de ser rejeitada e de não ter emprego (cf. «Streetwork Outreach with Adult Female Prostitutes, Final Report», 1987, apud Catherine Mackinnon, ob. cit., p. 1411). Um outro estudo revelou que 62% das mulheres na prostituição relataram terem sido vítimas de violação e 68% apresentam sintomas de stress pós-traumático tal como as vítimas de tortura (Farley, M. et al., «Prostitution and Trafficking in Nine Countries: An Update on Violence and Posttraumatic Stress Disorder», *Journal of Trauma Practice*, Vol. 2, No. 3/4, 2003, pp. 33-74), sendo consensual entre os estudos feitos o elevado risco de violência e de morte das mulheres prostituídas (cf. *Sexual exploitation and its impact on gender equality*, European Parliament, 2014, disponível para consulta in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOL-FEMM\\_ET\(2014\)493040\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOL-FEMM_ET(2014)493040_EN.pdf)).

Por outro lado, o fenómeno da prostituição, nas últimas décadas, passou a estar ligado ao tráfico de mulheres e de meninas para exploração sexual, um dos negócios mais rentáveis do mundo e que criou a chamada “escravatura” dos tempos modernos, sendo a linha de fronteira entre serviços sexuais prestados com consentimento e prostituição forçada ténue e muito difícil de provar. (...)

A incriminação das condutas previstas no artigo 169.º, n.º 1, da CRP corresponde, neste contexto, a uma opção de política criminal justificada pela

normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social das pessoas prostituídas, que dependem desta atividade para sobreviverem, surgindo a prostituição, em regra, não como uma escolha sua baseada na liberdade e na autonomia, mas como a continuidade do seu percurso de abandono, pobreza e vitimação por abuso sexual na infância.”

### 3. Conclusão

1. A norma do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, na redação da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, na qual se prevê e pune o crime de lenocínio, não viola o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, não sendo, por isso, inconstitucional.

2. Termos em que deve ser negado provimento ao recurso.»

Cumpra apreciar e decidir.

### II – Fundamentação

4. O recorrente vem solicitar a fiscalização da constitucionalidade da norma incriminatória constante do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, na versão introduzida – então, no artigo 170.º, n.º 1, do Código Penal – pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, que apresenta o seguinte teor:

«Artigo 169.º

(Lenocínio)

1. Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos.

(...)»

5. No seu requerimento de recurso, o recorrente indicou que aquela norma viola os artigos 9.º, alínea b), 13.º, n.os 1 e 2, 16.º, n.º 2, 18.º, n.os 2 e 3, e 26.º, n.º 1, da Constituição. Porém, nas suas alegações de recurso, o recorrente acabou por indicar apenas o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, especificando que, no seu entender, o tipo legal de crime do lenocínio viola os «princípios constitucionais do “Direito Penal do bem jurídico” ou da “dignidade penal do bem jurídico” (condicionando a restrição de direitos à salvaguarda de outros) e da “necessidade penal” (condicionando tal restrição à sua necessidade para a referida salvaguarda) em três

dimensões: a) a inexistência ou insuficiência de outras reações sociais para uma proteção eficaz do bem jurídicos com dignidade penal; b) a adequação da sanção criminal a uma tutela relativamente eficaz do bem; c) a proporcionalidade entre a gravidade da sanção criminal e a relevância pessoal e/ou social dos bens jurídicos protegidos (e lesados ou postos em perigo)»». De todo o modo, o Tribunal Constitucional, na sua atividade de fiscalização da constitucionalidade, não se encontra vinculado aos parâmetros que o recorrente considera violados, nos termos decorrentes do princípio *iura novit curia* insito no artigo 79.º-C da LTC.

6. Num Estado de direito democrático, o legislador ordinário dispõe inerentemente de uma grande liberdade para a definição das normas jurídicas que disciplinam a vida social. Em razão da legitimidade que para esse efeito lhe é atribuída pela comunidade, é inequivocamente a si que compete definir, entre tantas outras matérias, as condutas cuja prática atrai uma sanção penal e o exato recorte dessas condutas. No entanto, esta intervenção criminalizante está sujeita a certas limitações constitucionais, encontrando no princípio do direito penal do bem jurídico (à semelhança do que, embora com variações, se verifica em vários outros ordenamentos jurídicos) um primeiro e fundamental constrangimento. Manifestação específica do imperativo de proporcionalidade a que transversalmente se subordina a restrição de direitos fundamentais, este princípio perfila-se como uma barreira ao excesso – seja ele arbitrário ou apenas inadvertido – na restrição do direito à liberdade pela via penal, proibindo toda a criminalização que não possa ser justificada em nome de outros direitos ou interesses constitucionalmente consagrados.

Ainda que, considerada a representatividade de que a atuação do legislador ordinário se reveste – em especial quando ela se exprima, como aqui necessariamente acontece, através de lei formal (*lex stricta*) –, a criminalização de uma conduta possa sempre supor-se exprimir o que em determinado momento constitua um sentimento de censura ético-jurídica dominante na sua comunidade, é indispensável que essa conduta se mostre ofensiva – e suficientemente ofensiva – para um bem jurídico com dignidade constitucional. De facto, se à criminalização de uma conduta é inerente a restrição de um direito consagrado na Constituição (o direito à liberdade, consagrado no seu artigo 27.º) e se, conseqüentemente, a lei só pode restringir esse direito na medida necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses consagrados na Constituição (nos termos do seu artigo 18.º, n.º 2), a conclusão que se impõe é a de que a lei só pode criminalizar uma conduta na medida necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses consagrados na Constituição.

Por outro lado, constituindo a restrição do direito à liberdade a consequência jurídica mais drástica de entre as que o ordenamento jurídico português admite, justifica-se que os limites da atuação legislativa que se traduza em sancionar uma dada conduta com essa consequência sejam entendidos como manifestações

especialmente intensas do princípio da proporcionalidade. Não porque envolvam qualquer variação estrutural desse princípio: trata-se, ainda aqui, essencialmente de procurar as linhas a partir das quais o parâmetro constitucional se opõe e impõe à vontade da maioria democraticamente organizada. Antes porque permitem que logo à partida se assuma que os juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito em que o mesmo se desdobra só serão positivos quando a favor dessa restrição militem nítidas exigências de proteção de outros direitos fundamentais, podendo neste sentido considerar-se que a margem de liberdade do legislador ordinário na criminalização de condutas é menos ampla do que o é na generalidade da sua atuação.

Daí que se justifique uma designação própria – “princípio do direito penal do bem jurídico” (vd. sobretudo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional – Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”, XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Coimbra Editora, 2009, p. 31 ss.) –, designação essa cujo alcance, portanto, não será apenas o de operar uma especificação temática do princípio da proporcionalidade para as matérias penais (e, mais particularmente, para a criminalização de condutas), mas o de denotar desde logo que essa especificação se funda no reconhecimento de uma suficiente autonomia taxonómica ao princípio do direito penal do bem jurídico, que o individualiza dentro do reino da proporcionalidade a que pertence. É essa autonomia que explica a utilização de conceitos também próprios no contexto do juízo de proporcionalidade que este princípio requer: fala-se aí de “dignidade de tutela penal” para significar a exigência de que exista um bem jurídico-constitucional que a norma incriminatória seja adequada a tutelar; de “carência de tutela penal”, ou de “subsidiariedade da intervenção penal”, para exprimir a exigência de que essa norma seja necessária para realizar essa tutela. Continua em qualquer caso geralmente a falar-se aí de “proporcionalidade em sentido estrito” para significar o exercício de ponderação dos direitos ou conjuntos de direitos que, vencidos os dois testes anteriores, se vejam em conflito. Mas também aqui, ou talvez até sobretudo aqui, avultam as especificidades desta matéria, porque, conforme referido, um daqueles conjuntos integra necessariamente o direito à liberdade.

Por fim, importa notar que, se a prática de certas condutas, de que é exemplo paradigmático a conduta de homicídio, não corresponde ao exercício de qualquer direito fundamental – caso em que a restrição do direito à liberdade, além de inerente à criminalização, tende a constituir o seu único efeito –, muitos (ou mesmo uma grande parte dos) tipos legais de crime previstos no nosso ordenamento jurídico-penal coenvolvem, pelo menos *prima facie*, uma restrição de outros direitos fundamentais. É disso exemplo o crime de difamação previsto no artigo 180.º do Código Penal, de que decorrem limites ao exercício das liberdades de expressão e de imprensa. Nestes casos, um juízo positivo de proporcionalidade tenderá a ser mais difícil do que em geral, na medida em que aí estejam de facto em causa, ao lado

do direito à liberdade e no mesmo prato da balança que ele, outros direitos fundamentais ainda. No outro prato de balança terá de estar, não apenas um direito ou interesse constitucionalmente protegido, mas, nas palavras do Acórdão n.º 99/2002, «um direito ou bem constitucional de primeira importância».

O princípio do direito penal do bem jurídico constitui – pode dizer-se com segurança – um elemento sólido da jurisprudência deste Tribunal Constitucional (cf., por exemplo, e embora nem todos prolatados no sentido da inconstitucionalidade, os Acórdãos n.ºs 25/84, 85/88, 426/91, 527/95, 288/98, 604/99, 312/2000, 516/2000, 99/2002, 337/2002, 617/2006, 75/2010, 377/2015). Não se divisam, nem aí nem na doutrina nacional, sintomas consideráveis de uma tendência para a preterição do princípio do bem jurídico como referência matricial do conceito material de crime em favor de outros como o da proteção do ordenamento jurídico ou o da proteção da vigência da norma (cf. novamente JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 40), nem razões bastantes para que as críticas que lhe podem plausivelmente ser apontadas sejam vistas como insuperáveis (cf. e.g. MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*, Almedina, 2019, p. 43 ss.; JOSÉ DE FARIA COSTA, “Sobre o objeto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito não iliberal”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 142, n.º 3978 (2013), p. 158 ss.). Contudo, naturalmente, a existência de consenso em torno deste princípio não impede a existência de dissenso quanto à questão de saber se uma dada conduta se mostra ou não ofensiva – e suficientemente ofensiva – para algum bem jurídico com dignidade constitucional. É o que se verifica em relação à conduta criminalizada no artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, cuja fiscalização é solicitada nos presentes autos.

7. O Tribunal Constitucional tem respondido a essa questão afirmativamente – ou seja, no sentido de que a conduta atualmente prevista no n.º 1 do artigo 169.º do Código Penal se mostra suficientemente ofensiva para direitos e interesses constitucionalmente consagrados para que se não exponha a inconstitucionalidade no confronto com o parâmetro do artigo 18.º, n.º 2, da Lei Fundamental. Foi sempre assim desde a primeira vez em que sobre aquela norma foi chamado a pronunciar-se, no Acórdão n.º 144/2004, onde se apresentou a seguinte fundamentação:

«Ora, a resposta a esta última questão é negativa, na medida em que subjacente à norma do artigo 170º, nº 1, está inevitavelmente uma perspetiva fundamentada na História, na Cultura e nas análises sobre a Sociedade segundo a qual as situações de prostituição relativamente às quais existe um aproveitamento económico por terceiros são situações cujo significado é o da exploração da pessoa prostituída (...). Tal perspetiva não resulta de preconceitos morais, mas do reconhecimento de que uma Ordem Jurídica orientada por valores de Justiça e assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade de ação, situações e atividades cujo “princípio” seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física,



seja a sexual), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem. A isto nos impele, desde logo, o artigo 1º da Constituição, ao fundamentar o Estado Português na igual dignidade da pessoa humana. E é nesta linha de orientação que Portugal ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Lei nº 23/80, em D.R., I Série, de 26 de julho de 1980), bem como, em 1991 a Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e de Exploração da Prostituição de Outrem (D.R., I Série, de 10 de outubro de 1991).

É claro que a esta perspetiva preside uma certa ideia cultural e histórica da pessoa e uma certa ideia do valor da sexualidade, bem como o reconhecimento do valor científico das análises empíricas que retratam o "mundo da prostituição" (e note-se que neste terreno tem sido longo o percurso que conduziu o pensamento sociológico desde a caracterização da prostituição como anormalidade ou doença [...] até ao reconhecimento de que as prostitutas são vítimas de exploração e produto de uma certa exclusão social). Mas tal horizonte de compreensão dos bens relevantes é sempre associado a ideias de autonomia e liberdade, valores da pessoa que estão diretamente em causa nas condutas que favorecem, organizam ou meramente se aproveitam da prostituição.

Não se concebe, assim, uma mera proteção de sentimentalismos ou de uma ordem moral convencional particular ou mesmo dominante, que não esteja relacionada, intrinsecamente, com os valores da liberdade e da integridade moral das pessoas que se prostituem, valores esses protegidos pelo Direito enquanto aspetos de uma convivência social orientada por deveres de proteção para com pessoas em estado de carência social. A intervenção do Direito Penal neste domínio tem, portanto, um significado diferente de uma mera tutela jurídica de uma perspetiva moral, sem correspondência necessária com valores essenciais do Direito e com as suas finalidades específicas num Estado de Direito. O significado que é assumido pelo legislador penal é, antes, o da proteção da liberdade e de uma "autonomia para a dignidade" das pessoas que se prostituem. Não está, conseqüentemente, em causa qualquer aspeto de liberdade de consciência que seja tutelado pelo artigo 41º, nº 1, da Constituição, pois a liberdade de consciência não integra uma dimensão de liberdade de se aproveitar das carências alheias ou de lucrar com a utilização da sexualidade alheia. Por outro lado, nesta perspetiva, é irrelevante que a prostituição não seja proibida. Na realidade, ainda que se entenda que a prostituição possa ser, num certo sentido, uma expressão da livre disponibilidade da sexualidade individual, o certo é que o aproveitamento económico por terceiros não deixa de poder exprimir já uma interferência, que comporta riscos intoleráveis, dados os contextos sociais da prostituição, na autonomia e liberdade do agente que se prostitui (colocando-o em perigo), na medida em que corresponda à utilização de uma dimensão especificamente íntima do outro não para os fins dele próprio, mas para fins de terceiros. Aliás, existem outros casos, na Ordem Jurídica portuguesa, em que o autor de uma conduta não é

incriminado e são incriminados os terceiros participantes, como acontece, por exemplo, com o auxílio ao suicídio (artigo 135º do Código Penal) ou com a incriminação da divulgação de pornografia infantil [artigo 172º, nº 3, alínea e), do Código Penal], sempre com fundamento na perspectiva de que a autonomia de uma pessoa ou o seu consentimento em determinados atos não justifica, sem mais, o comportamento do que auxilie, instigue ou facilite esse comportamento. É que relativamente ao relacionamento com os outros há deveres de respeito que ultrapassam o mero não interferir com a sua autonomia, há deveres de respeito e de solidariedade que derivam do princípio da dignidade da pessoa humana.

(...)

As considerações antecedentes não implicam, obviamente, que haja um dever constitucional de incriminar as condutas previstas no artigo 170º, nº 1, do Código Penal. Corresponde, porém, a citada incriminação a uma opção de política criminal (...), justificada, sobretudo, pela normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social, das pessoas que se dedicam à prostituição, fazendo desta um modo de subsistência. O facto de a disposição legal não exigir, expressamente, como elemento do tipo uma concreta relação de exploração não significa que a prevenção desta não seja a motivação fundamental da incriminação a partir do qual o aproveitamento económico da prostituição de quem fomenta, favoreça ou facilite a mesma exprima, tipicamente, um modo social de exploração de uma situação de carência e desproteção social.

Tal opção tem o sentido de evitar já o risco de tais situações de exploração, risco considerado elevado e não aceitável, e é justificada pela prevenção dessas situações, concluindo-se pelos estudos empíricos que tal risco é elevado e existe, efetivamente, no nosso país, na medida em que as situações de prostituição estão associadas a carências sociais elevadas (...) não é tal opção inadequada ou desproporcional ao fim de proteger bens jurídicos pessoais relacionados com a autonomia e a liberdade. Ancora-se esta solução legal num ponto de vista que tem ainda amparo num princípio de ofensividade, à luz de um entendimento compatível com o Estado de Direito democrático, nos termos do qual se verificaria uma opção de política criminal baseada numa certa perceção do dano ou do perigo de certo dano associada à violação de deveres para com outrem – deveres de não aproveitamento e exploração económica de pessoas em estado de carência social [...]. O entendimento subjacente à lei penal radica, em suma, na proteção por meios penais contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência, proteção diretamente fundada no princípio da dignidade da pessoa humana. Questão diversa que não está suscitada nos presentes autos é a que se relaciona com a possibilidade processual de contraprova do perigo que serve de fundamento à incriminação em casos como o presente ou ainda, naturalmente, com a prova associada à aplicação dos critérios de censura de culpa do agente e da atenuação

ou eventual exclusão de culpabilidade, em face das circunstâncias concretas do caso.»

8. O entendimento foi reiterado pelo Tribunal Constitucional v.g. nos Acórdãos n.ºs 196/2004, 303/2004, 170/2006, 396/2007, 522/2007, 591/2007, 141/2010, 559/2011, 605/2011, 654/2011, 203/2012, 149/2014, 641/2016, 421/2017, 694/2017, 90/2018 e 178/2018. Se nestas decisões se reiterou o sentido decisório acolhido no Acórdão n.º 144/2004, é aí também discernível um certo desígnio de reconciliação desse veredito de não inconstitucionalidade com o princípio do direito penal do bem jurídico, que na fundamentação daquele Acórdão desempenhara um papel discreto. Não que aí tenha sido exatamente renegado: a consideração dispensada ao princípio é visível na parte da fundamentação onde se procura afastar a ideia de que este tipo legal de crime mais não faz do que tutelar «sentimentalismos» ou «uma ordem moral convencional particular» e se procura antes atribuir-lhe a tutela de valores mais concretos, como a «liberdade» e «uma 'autonomia para a dignidade' das pessoas que se prostituem». No entanto, ao concluir-se que o «significado que é assumido pelo legislador penal» com este tipo legal de crime é o da «proteção por meios penais contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência», proteção essa que seria «diretamente fundada no princípio da dignidade da pessoa humana», acaba por admitir-se ao princípio do direito penal do bem jurídico uma maleabilidade tal que dificilmente poderia deixar de conduzir a um considerável esvaziamento – ou, pelo menos, a uma problemática indefinição – do seu conteúdo prescritivo: qualquer norma incriminatória poderia justificar-se, praticamente sem ulterior especificação normativa, em nome da proteção da dignidade da pessoa humana ínsita no artigo 1.º da Constituição.

A ideia de que pode ver-se no princípio da dignidade da pessoa humana um bem jurídico capaz de assegurar a proporcionalidade da restrição da liberdade inerente à criminalização de uma conduta, ou de que esse princípio pode de algum outro modo autónomo sustentar a criminalização de uma conduta, é, porém, uma ideia que suscita sérias reservas. Desde logo, de um ponto de vista sistemático, porque ele surge consagrado na nossa Constituição enquanto princípio fundamental, e não – como noutras Constituições – enquanto direito fundamental. Depois, nos planos literal e teleológico, porque o elevado grau de abstração que o caracteriza tende a impedi-lo de desempenhar adequadamente funções prescritivas concretas. Na síntese constante do Relatório da Delegação Portuguesa à 9.ª Conferência Trilateral (Itália, Espanha e Portugal), “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional”, 2007, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), p. 2 –, «com o alcance que lhe é dado pela Constituição – de critério último de legitimidade do poder político estadual – o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por ter um conteúdo de tal modo amplo (idêntico afinal de contas a um dos elementos constantes da tradição do Estado de direito) que não chega a ter densidade suficiente para ser fundamento direto de posições jurídicas subjetivas». Conclui-se aí: «O que nele se contém é por isso, e ao mesmo tempo, algo mais e algo menos do

que um direito. Quando muito o princípio confere ao sistema constitucional de direitos fundamentais unidade e coerência de sentido, ajudando as tarefas práticas da sua interpretação e integração. O que se lhe não pode pedir é que ele seja tomado, em si mesmo, como fonte de um outro e autónomo direito (fundamental).» Esta perspectiva – como ali igualmente se expõe – reúne consenso doutrinário e tem recebido acolhimento reiterado na nossa jurisprudência constitucional desde os seus primórdios (vd. logo o Acórdão n.º 6/84), ainda que com alguns desvios, em todo o caso bem circunscritos.

Se o princípio da dignidade da pessoa humana não pode geralmente fundamentar direitos subjetivos de modo direto e autónomo, mais dificilmente ainda poderá fundamentar, desse modo direto e autónomo, restrições a esses mesmos direitos. O seu elevado grau de abstração prejudica a sua utilização tanto para um efeito como para o outro, mas a segunda apresenta-se ainda como uma utilização contra libertate, o que por si só suscita fundadas dúvidas teleológicas e axiológicas. Pode então dizer-se que a abstração do princípio da dignidade da pessoa humana o impede, em via de regra, de ser visto como fonte de prescrições precisas – de «soluções jurídicas concretas», nas palavras do Acórdão n.º 105/90 –, sejam elas favoráveis ou desfavoráveis de um prisma individual, mas especialmente as segundas. Decerto que a criminalização de uma conduta almeja ela própria a produzir efeitos benignos, mas a beneficiária destes efeitos, mesmo quando se trate da proteção de direitos e interesses de natureza eminentemente pessoal, é a comunidade como um todo. Não tem o princípio da dignidade da pessoa humana como desígnio fundamental, justamente, impedir a instrumentalização do indivíduo para a consecução de finalidades comunitárias, ainda que presumivelmente louváveis? Isto mesmo faz com que o princípio da dignidade da pessoa humana «não deva constituir fundamento de validade constitucionalidade de uma incriminação como a constante do atual art. 169.º, mas possa pelo contrário, ao menos em certas circunstâncias, ser legitimamente invocado como fundamento da sua inconstitucionalidade» (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 41).

Mesmo deixando de parte esse e outros relevantes problemas (por exemplo, de legalidade criminal) suscitados por uma criminalização autonomamente filiada num princípio tão abstrato como o da dignidade da pessoa humana – paradigmático, na verdade, da categoria dos “conceitos essencialmente contestados” –, e mantendo-nos antes num estrito horizonte de proporcionalidade, como poderá, pois, fazer-se decorrer diretamente de um tal princípio, que não de alguma sua concretização tangível, uma concreta e garantida restrição de direitos fundamentais? Como afirma MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*, Coimbra Editora, 1996, p. 13, se «a dignidade humana é a verdadeira realidade numenal protegida pelo direito penal», ela é-o forçosamente «sob a forma e sub nomine dos bens jurídico-penais de índole pessoal», as únicas «mostrações ou cintilações fenomenológicas acessíveis à racionalidade jurídica». Sem a referência de um direito ou interesse específico, é a própria avaliação da

proporcionalidade que fica inviabilizada, por nada haver num dos pratos da balança que seja minimamente mensurável.

Para o presente efeito, não se justifica revisitar esse tema com suplementar aprofundamento. Em primeiro lugar, pela estabilidade doutrinária e jurisprudencial que o envolve, estabilidade esta que, note-se, não é desmentida pelo facto de o conteúdo do princípio ser contestado: há relativo consenso quanto à ideia de que não pode haver absoluto consenso sobre o seu conteúdo e, pois, quanto à ideia de que ele não pode em regra ser fonte de soluções concretas. Depois, porque, como também já se referiu, tem sido a própria jurisprudência prolatada no sentido da não inconstitucionalidade do crime de lenocínio simples que tem procurado estabelecer a conexão entre a conduta aí descrita e certos direitos constitucionais *sensu proprio* – os direitos à liberdade e à autodeterminação sexuais (direitos frequentemente equiparados, mas conceptualmente distintos e, com efeito, separadamente tratados na sistematização do Código Penal, que integra o lenocínio em Secção dedicada aos crimes contra a liberdade sexual), essencialmente decorrentes do artigo 26.º, n.º 1, da Constituição –, no pressuposto de que isso é indispensável para se concluir pela não desproporcionalidade daquela norma incriminatória. Assim, por exemplo, afirmou-se no Acórdão n.º 421/2017 que:

«(...) Trata-se ainda de proteger a liberdade, designadamente a liberdade sexual, prevenindo-se o perigo de redução da margem de autonomia decisória do agente que se prostitui através da mediação de terceiros que atuam profissionalmente ou com fins lucrativos.

Conclui-se assim que a adoção de um tipo criminal como o previsto no artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal não está constitucionalmente proibida. Evidenciado o bem jurídico tutelado, bem como a sua dignidade constitucional, afastada fica a violação pela norma em juízo do princípio da proporcionalidade implicado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição.»

9. Por outro lado, o Acórdão n.º 178/2018, confirmando a Decisão Sumária n.º 129/2018, acrescentou aos argumentos acima expostos alguns dados empíricos relevantes:

«(...) Neste sentido, corroborando as conclusões dos Acórdãos citados, estudos sobre prostituição (...) demonstram que cerca de 75% a 90% das mulheres prostituídas foram vítimas de agressões físicas ou abuso sexual na infância, no seio da sua própria família e a maioria das pessoas prostituídas, de ambos os sexos, foi iniciada na prostituição por terceiros quando era menor de idade, havendo prova empírica suficiente de que a vitimação por abuso sexual na infância ou na adolescência contribuiu, de forma significativa, para a sua entrada na prostituição. Aproximadamente 90% das mulheres inquiridas indicou que gostava de deixar a prostituição mas que tinha medo de ser rejeitada e de não ter emprego (...). Um outro estudo revelou que 62% das mulheres na prostituição relataram terem sido

vítimas de violação e 68% apresentam sintomas de stress pós-traumático tal como as vítimas de tortura (...), sendo consensual entre os estudos feitos o elevado risco de violência e de morte das mulheres prostituídas (...).

Por outro lado, o fenómeno da prostituição, nas últimas décadas, passou a estar ligado ao tráfico de mulheres e de meninas para exploração sexual, um dos negócios mais rentáveis do mundo e que criou a chamada “escravatura” dos tempos modernos, sendo a linha de fronteira entre serviços sexuais prestados com consentimento e prostituição forçada ténue e muito difícil de provar. A prostituição é hoje considerada uma forma de violência contra as mulheres integrada no conceito de violência de género, que atinge de forma desproporcionada as mulheres só pelo facto de o serem (Lobby Europeu de Mulheres, Resolução do Parlamento Europeu, de 5 de abril de 2011). Para além destas considerações, a prostituição é uma instituição patriarcal que promove na sociedade a ideia de que o dinheiro permite aos homens o uso do corpo das mulheres como objeto sexual, propriedade dos homens, constituindo uma violação da dignidade humana de todas as mulheres e um obstáculo à construção de uma sociedade baseada na igualdade de género, tarefa fundamental do Estado imposta constitucionalmente no artigo 9.º, alínea h), da CRP.

A incriminação das condutas previstas no artigo 169.º, n.º 1, da CRP corresponde, neste contexto, a uma opção de política criminal justificada pela normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social das pessoas prostituídas, que dependem desta atividade para sobreviverem, surgindo a prostituição, em regra, não como uma escolha sua baseada na liberdade e na autonomia, mas como a continuidade do seu percurso de abandono, pobreza e vitimação por abuso sexual na infância.

(...)

[E]sta norma visa combater um fenómeno invisível na sociedade e que se traduz na exploração das pessoas prostituídas, que prestam um consentimento meramente formal à atividade da prostituição, mas que não vivem em estruturas económico-sociais que lhes permitam tomar decisões em liberdade, por pobreza, desemprego e percursos de vida marcados pela violência e pelo abandono desde uma idade muito jovem. Por outro lado, o fenómeno da prostituição, nos últimos trinta anos, mudou muito, verificando-se uma estrita ligação entre a prostituição e o tráfico de pessoas, o qual atinge dimensões crescentes, inimagináveis há algumas décadas atrás. Verificou-se também que o sistema não tem instrumentos para distinguir, na prática, a ténue linha que separa o consentimento da pessoa para a prática de atos de prostituição das situações de tráfico e prostituição forçada. As leis que criminalizam o uso do serviço sem o consentimento da vítima enfrentam dificuldades sérias na sua implementação e o sistema não consegue aplicá-las efetivamente (...). Neste contexto de política criminal, o desaparecimento do requisito da «exploração

de um estado de necessidade ou de abandono» situa-se dentro da margem de liberdade de conformação do legislador democrático e visa, não a tutela de qualquer moral, mas a proteção de direitos fundamentais das pessoas à autonomia, à integridade pessoal, ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade (artigos 1.º, 25.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1, da CRP).

A prostituição é uma questão que preocupa os Estados, por estar associada ao tráfico de pessoas e implicar uma violação de direitos humanos de um número cada vez mais elevado de pessoas, na sua maioria mulheres e crianças migrantes (traficadas de países subdesenvolvidos para países desenvolvidos), impedindo a estas pessoas o acesso à cidadania, à liberdade, à igualdade de direitos, e à autonomia na condução da sua vida. As pessoas são utilizadas como fonte de lucro para outrem, através de uma atividade que é hoje designada como a escravatura dos tempos modernos, tratando-se a prostituição de um dos negócios mais rentáveis do mundo, movimentando cerca de \$186.00 biliões por ano e envolvendo cerca de 40-42 milhões de pessoas, 90% das quais dependentes de outrem e 75% das quais têm idades compreendidas entre 13 e 25 anos (...). Segundo estatísticas dos Estados membros da EU, cerca de 60% a 90% das pessoas prostituídas são vítimas de crimes de tráfico (...).

(...)

Existe consenso entre os Estados membros da UE de que o tráfico de pessoas e a exploração sexual devem ser erradicados, [existindo dados estatísticos] segundo os quais, em 2008, 90% das pessoas prostituídas eram mulheres e a maioria das mulheres prostituídas eram migrantes, principalmente da Europa de Leste). Segundo o mesmo estudo do Parlamento Europeu, está a «ganhar apoio crescente a conceção que entende que o negócio da prostituição não pode ser legitimado, por violar os princípios ínsitos na Carta dos Direitos Fundamentais, entre os quais se encontra o princípio da igualdade» (...).

No quadro social e jurídico descrito, dada a complexidade da definição dos instrumentos legais adequados à proteção das pessoas prostituídas e ao combate ao tráfico, não pode deixar de se entender que está dentro da margem de liberdade do legislador democrático consagrar o modelo de criminalização do lenocínio, nos moldes em que o faz o artigo 169.º, n.º 1, do CP, que não padece assim de qualquer vício de inconstitucionalidade material, por violação do princípio da proporcionalidade ínsito no artigo 18.º, n.º 2, da CRP.)»

10. Todavia, nem os argumentos de natureza normativa nem os de natureza empírica acima apresentados são capazes de afastar a circunstância de que, na sua configuração atual, o tipo legal de crime do lenocínio simples abrange mais hipóteses do que aquelas que, à luz daqueles mesmos argumentos, se justificaria que abrangesse. Naturalmente, a linha de entendimento segundo a qual este tipo legal de crime é inconstitucional não questiona que «a liberdade, designadamente a

liberdade sexual» (Acórdão n.º 421/2017) constitua um direito constitucionalmente protegido para os efeitos do princípio da proporcionalidade decorrente do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, nem que possa existir uma «normal associação», empiricamente comprovável, «entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social, das pessoas que se dedicam à prostituição, fazendo desta um modo de subsistência» (Acórdão n.º 144/2004, reiterado v.g. pelo Acórdão n.º 178/2018). O ponto essencial para a linha que afirma a inconstitucionalidade – ou, pelo menos, o mínimo denominador comum aos vários entendimentos que nela se inscrevem – é o de que é ilegítimo, em nome dessa tendencial associação e a fim de garantir a punição de todos os casos em que ela efetivamente se materialize, criminalizar hipóteses em que isso manifestamente não ocorre.

Mais longe vão ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, “Artigo 169.º”, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª ed. (CCCP-I), p. 798 s., para quem «[n]em mesmo a exigência que se fazia na versão do CP de 1995 quanto à verificação do elemento típico “exploração de situações de abandono ou de necessidade económica” justificava [a] incriminação», pois «de vontade deficiente na decisão não se pode falar logo, só pelo facto de a pessoa estar em situação de abandono ou de necessidade económica». Procurando novamente um denominador comum mínimo, terá pelo menos de concordar-se que o papel que era desempenhado pela exigência típica de que haja exploração de uma situação de abandono ou necessidade económica da pessoa que se prostitui não foi substituído pelo que é agora desempenhado pela exigência típica de que a pessoa que favorece, fomenta ou facilita a prostituição o faça profissionalmente ou motivado pelo lucro. Esta exigência, que antes surgia prevista como elemento qualificativo do tipo legal de base e agora faz parte dele, não tem a virtualidade de cingir o âmbito desta norma incriminatória a hipóteses em que existe uma exploração da pessoa que se prostitui, o elemento mínimo para que possa falar-se de um perigo para a liberdade sexual. Na verdade, essa exigência nada diz sobre a pessoa que se prostitui, senão sobre aquela que contribui para que a mesma se prostitua, não se afigurando de todo evidente a existência de um nexos entre o carácter profissional ou lucrativo desta atuação e a debilidade de quem se prostitui. Além disso, a natureza profissional ou o intuito lucrativo da atuação da pessoa que favorece a prostituição não impede o estabelecimento de relações sinalagmáticas com a pessoa que se prostitui. O/A proprietário/a do alojamento que o explora a fim de que aí tenha lugar a prática de prostituição tanto poderá estar, desse passo, a facilitar, fomentar ou favorecer a prostituição de uma pessoa que se encontre numa situação de vulnerabilidade como a de uma pessoa que não se encontre numa tal situação e que tenha, antes e ainda assim, decidido prostituir-se, por exemplo por ver nisso um modo de obter um nível mais satisfatório de rendimento financeiro. Em nenhum de tais casos poderá também dar-se como adquirido ou sequer como significativamente mais provável, a partir do carácter profissional e/ou da intenção



lucrativa do/a dono/a da pensão, que a sua ação tenha caráter exploratório, desde logo quando o valor cobrado for um valor normal, idêntico ao que é cobrado a qualquer cliente (na mesma linha, vd. o exemplo formulado por CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “O crime de lenocínio no artigo 170.º, n.º 1, do Código Penal (Anotação ao Acórdão TC n.º 144/04)”, *Jurisprudência Constitucional* n.º 7 (2005), p. 34).

Importa notar que a liberdade sexual de uma pessoa inclui a decisão de praticar atos sexuais com outra em razão de se encontrar (objetivamente) ou sentir (subjetivamente) ameaçada por um mal importante não imputável a esta segunda pessoa, cuja conduta, por conseguinte, mesmo que praticada com consciência daquela circunstância, não merece censura penal. Como afirma PEDRO CAEIRO, “Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica (em apreciação no Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias)”, 2019, in [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt), neste ponto acompanhando TATJANA HÖRNLE, “The new German law on sexual assault and sexual harassment”, *German Law Journal* 18, n.º 6 (2017), p. 1323 ss.: «Aí, é crucial distinguir o que deve ser incriminado e aquilo que pertence ainda à auto-organização (ainda que condicionada) da vida sexual. Como bem discorre Tatjana Hörnle, “it is a part of positive sexual freedom to use sexuality not only for pleasure or love, but also in an instrumental way as a means to avert an expected disadvantage”». Daí, no fundo, que seja hoje relativamente incontroversa, entre nós, a falta de dignidade penal da prostituição propriamente dita, assim como do recurso à prostituição, independentemente de a pessoa que se prostitui o fazer em virtude de uma situação de vulnerabilidade em que se encontre ou de qualquer outra razão, como aquela, já referida, de esta pessoa procurar nisso um rendimento financeiro suplementar relativamente àquele que seria já suficiente para que de uma situação de necessidade económica se não pudesse falar.

11. O entendimento segundo o qual o tipo legal de crime previsto no atual artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal é inconstitucional tem significativo suporte doutrinário – vd. e.g. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 39 ss., ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, *op. cit.*, p. 798 ss., MARIA JOÃO ANTUNES, “A problemática penal e o Tribunal Constitucional”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor J. J. Gomes Canotilho*, I, *Boletim da FDUC*, n.º 102 (2013), p. 107 ss., AUGUSTO SILVA DIAS, “Reconhecimento e Coisificação nas Sociedades Contemporâneas – Uma Reflexão sobre os Limites da Intervenção Penal do Estado”, in *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito, Almedina, 2009, p. 123 ss., JOSÉ MOURAZ LOPES / TIAGO CAIADO MILHEIRO, *Crimes Sexuais: Análise Substantiva e Processual*, Almedina, 2019, p. 131 ss., PEDRO SOARES DE ALBERGARIA / PEDRO MENDES LIMA, “O Crime de Lenocínio entre o Moralismo e o Paternalismo Jurídicos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 22, n.º 2, 2012, p. 201 ss., CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *op. cit.*,

p. 21 ss., VERA LÚCIA RAPOSO, "Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual" in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias Coimbra Editora, 2003, p. 949 ss. – e ficou consignado em votos de vencido apostos em vários dos Acórdãos acima mencionados, mais especificamente nos Acórdãos n.ºs 396/2007, 522/2007, 654/2011, 641/2016, 421/2017, 694/2017, 90/2018 e 178/2018.

a) Nos Acórdãos n.ºs 396/2007 e 522/2007, a Conselheira Maria João Antunes pronunciou-se nos seguintes termos:

«Votei vencida por entender que o artigo 170º, nº 1, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 65/98, de 2 de setembro, é inconstitucional, por violação do artigo 18º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

A Lei nº 65/98 alterou a estrutura típica do crime de Lenocínio, previsto no artigo 170º do Código Penal, eliminando a exigência típica da "exploração duma situação de abandono ou necessidade", ao arripio de uma evolução legislativa, em matéria de crimes sexuais, que se inscreve num paradigma de intervenção mínima do direito penal, o ramo do direito que afeta, mais diretamente, o direito à liberdade (artigo 27º, nºs 1 e 2, da CRP). Num paradigma em que a intervenção é apenas a necessária para a tutela de bens jurídicos (não da moral), que não obtêm proteção suficiente e adequada através de outros meios de política social.

Com eliminação daquela exigência típica, o legislador incrimina comportamentos para além dos que ofendem o bem jurídico da liberdade sexual, relativamente aos quais não pode ser afirmada a necessidade de restrição do direito à liberdade, enquanto direito necessariamente implicado na punição (artigos 18º, nº 2, e 27º, nºs 1 e 2, da CRP).

Como se escreveu no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 211/95 (Diário da República, II Série, de 24 de junho de 1995) "o que justifica a inclusão de certas situações no direito penal é a subordinação a uma lógica de estrita necessidade das restrições de direitos e interesses que decorrem da aplicação de penas públicas (artigo 18º, nº 2, da Constituição). E é também ainda a censurabilidade imanente de certas condutas, isto é, prévia à normatização jurídica, que as torna aptas a um juízo de censura pessoal.

Em suma, é, desde logo, a exigência de dignidade punitiva prévia das condutas, enquanto expressão de uma elevada gravidade ética e merecimento de culpa (artigo 1º da Constituição, do qual decorre a proteção da essencial dignidade da pessoa humana), que se exprime no princípio constitucional da necessidade das penas (e não só da subsidiariedade do direito penal e da máxima restrição das penas que pressupõem apenas, em sentido estrito, a ineficácia de outro meio jurídico" (cf., ainda, no sentido de o artigo 18º, nº 2, ser critério para aferir da legitimidade constitucional das incriminações, os Acórdãos nºs 634/93, 650/93, Diário

da República, II Série, de 31 de março de 1994, e 958/96, Diário da República, II Série, de 19 de dezembro de 1996).»

b) No Acórdão n.º 654/2011, pronunciou-se nos seguintes termos o Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro:

«(...)

3. O tratamento jurídico-penal dos crimes na esfera sexual evoluiu fortemente nas últimas décadas, como reflexo de alterações significativas nos padrões de conduta e nas concepções ético-sociais, neste domínio.

Pode dizer-se que o elemento polarizador dessa evolução foi o franco acolhimento, também neste campo, da ideia valorativa da autonomia individual e do livre desenvolvimento da personalidade, em medida sem paralelo no passado. Essa mudança – porventura uma verdadeira “mudança de paradigma” – traduziu-se, por um lado, num recuo na criminalização de condutas livremente assumidas por pessoas com maturidade e autonomia decisórias, e, por outro, num alargamento de incriminações, em resultado de uma consciência mais afinada dos deveres de respeito pela integridade moral e pela autodeterminação dos outros.

A nível da nossa legislação, e para além de reestruturações e reconfigurações de alguns tipos, sobressai, como manifestação impressiva da orientação atual, um novo enquadramento sistemático. Na versão inicial do Código Penal de 1982, estes crimes figuravam no Título III (“Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”), Capítulo I (“Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida em sociedade”). Em 1995, os crimes sexuais foram transferidos para o título respeitante aos crimes contra as pessoas, sendo aí objeto de um capítulo autónomo. É neste capítulo que se insere a norma incriminadora do lenocínio, na secção respeitante aos “crimes contra a liberdade sexual”.

Em face desta localização, dir-se-ia que é este o bem jurídico protegido pelo artigo 170, n.º 1, do CP. Mas esta conclusão revela-se algo apressada, pois não tem qualquer respaldo na estrutura tipológica da norma incriminadora. De facto, com a eliminação, na revisão de 1998, do segmento que estabelecia, como elemento do tipo, a exploração da vulnerabilidade situacional, em razão de abandono ou necessidade económica, da pessoa que se prostitui, desapareceu qualquer conexão com a proteção da vontade livre dessa pessoa. Essa conexão consta apenas do n.º 2 (de modo diversificado, consoante as previsões), como elemento de uma forma qualificada de crime de lenocínio, sujeita a uma moldura penal agravada.

E, nisso, a norma do n.º 1 do artigo 170.º contrasta fortemente com todas as outras disposições de tutela da liberdade sexual. Em todas elas está presente, como elemento definidor do tipo legal de crime, o exercício de violência, coação, ou, pelo menos constrangimento sobre a vontade da vítima, ou então, no caso da fraude

sexual, de indução em erro, também ela obstativa de genuína expressão volitiva, por parte de quem é enganado.

Atendendo à configuração tipológica, ganha fundamento a ideia de que criminalizada é a atividade profissional ou com fins lucrativos de proxenetismo, em si mesma, em quaisquer circunstâncias, sem se exigir um encaminhamento para a prostituição imputável ao aproveitamento de condições situacionais tipicamente geradoras de défices de autonomia da vontade.

A valoração, pela doutrina, deste novo dado legislativo foi, de uma forma geral, fortemente crítica – cfr., por todos, Figueiredo Dias, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio constitucional...”, XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa, Coimbra, 2009, 31 s., 39, para quem, «tendo o legislador ordinário eliminado a exigência de que o favorecimento da prostituição se ligasse à “exploração de situações de abandono ou de necessidade económica”, eliminou a referência do comportamento ao bem jurídico da liberdade e da autodeterminação sexual e tornou-se infiel ao princípio do direito penal do bem jurídico», «surgindo a incriminação – pode ler-se em Direito penal. Parte geral, I, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2007. p. 124 – referida à tutela de puras situações tidas pelo legislador como imorais»; Anabela Rodrigues, “Anotação ao art. 170.º”, Comentário conimbricense do Código Penal. Parte especial, I, Coimbra, 1999, p. 519, para quem a incriminação do lenocínio visa «proteger bens jurídicos transpersonalistas de étimo moralista por via do direito penal – o que se tem hoje por ilegítimo».

4. Na jurisprudência constitucional, tem vingado uma posição eclética, que procura conjugar, como razão da incriminação, o interesse geral da sociedade e a tutela de um bem pessoal.

Essa posição encontrou uma formulação sinteticamente expressiva nas alegações do Ministério Público, apresentadas nos autos em que foi proferido o Acórdão n.º 144/2004. Aí se afirmou que «o crime de lenocínio do art. 170.º do Código Penal visa a proteção de um bem jurídico complexo, que abarca o interesse geral da sociedade relativo à postura sexual e ao ganho honesto, como também a personalidade de quem seja visado pela conduta do agente».

Para justificar que faz parte da teleologia da norma a tutela da “autonomia para a dignidade”, aquele aresto invoca a “normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social das pessoas que se dedicam à prostituição”. A carência de tutela penal estaria, de certo modo, *in re ipsa*, na “necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência”, necessidade que, segundo padrões de tipicidade e de normalidade social, é explorada por aqueles que fomentam, favorecem ou facilitam o exercício da prostituição. Daí o concluir-se que «o facto de a disposição legal não exigir, expressamente, como elemento do tipo uma concreta relação de exploração não significa que a prevenção desta não seja a motivação fundamental da

incriminação a partir da qual o aproveitamento económico da prostituição de quem fomenta, favoreça ou facilite a mesma exprima, tipicamente, um modo social de exploração de uma situação de carência e desproteção social»).

Mas, sem contestar esses índices de normalidade, a verdade é que, não sendo a prostituição um fenómeno de expressão uniforme, com a eliminação daquela exigência o legislador não evita consequências de sobreinclusão, do ponto de vista da necessidade de tutela da liberdade sexual da pessoa que se prostitui. Não excluindo do âmbito da incriminação os casos em que não se comprove o aproveitamento de uma especial situação de fragilidade, quanto às condições de uma real autonomia decisória, de alguém que possa ser considerado “vítima” dessa conduta, “o legislador incrimina comportamentos para além dos que ofendem o bem jurídico da liberdade sexual”, como se sustenta na declaração de voto da Conselheira Maria João Antunes, anexa ao Acórdão n.º 396/2007.

Compreende-se cabalmente que, estando em causa a disponibilização, mediante uma contrapartida monetária, de uma dimensão íntima da personalidade, para satisfação sexual de outro e com obtenção de ganhos (também) por um terceiro, o legislador penal seja aqui particularmente exigente quanto às garantias de uma decisão livre, não requerendo, no âmbito do n.º 1 do artigo 170.º, as formas qualificadas de perturbação da autonomia presentes nos outros tipos de crimes sexuais. Ainda se compreenderá que o aproveitamento objetivo de situações de desamparo seja o bastante, sem exigência de formas individualizadas de “pressão” sobre a vontade da vítima (contra, Anabela Rodrigues, ob. cit., p. 519-520). Mas já fica por explicar, à luz da necessidade de tutela da liberdade sexual, porque é que é dispensável a comprovação de qualquer ofensa, ainda que apenas situativamente indiciada, desse bem jurídico.

Essa constatação torna ineliminável, de acordo com o princípio da necessidade da intervenção penal, a busca de um outro bem jurídico-penal, para justificar a incriminação.

O Acórdão n.º 144/2004 – verdadeiro marco referencial nesta questão, pois fixou uma orientação seguida em todos os arestos posteriores (Acórdãos n.ºs 196/2004, 303/2004, 170/2006, 396/2007, 522/2007, 591/2007 e 141/2010) e também no Acórdão a que esta declaração se anexa – faz apelo direto à dignidade da pessoa humana, para validar jurídico-constitucionalmente (e não como “mera proteção de sentimentalismos ou de uma ordem moral convencional”) a incriminação do lenocínio.

A dignidade da pessoa humana é a mais basilar ideia regulativa de toda a ordem jurídica. No plano constitucional, é-lhe reconhecida a natureza de um dos dois fundamentos do Estado português (artigo 1.º da CRP). Nessa qualidade, é fonte primária da disciplina da atuação dos poderes públicos para com as pessoas, nela radicando, não só como limite, mas também como tarefa, valorações constitutivas

de princípios constitucionais, de direitos fundamentais de defesa, bem como de pretensões a prestações, no quadro dos direitos económicos, sociais e culturais.

Em todas estas irradiações normativas, consensualmente admitidas, a ideia da dignidade da pessoa humana tem operado normalmente como produtora de sentido fundante e de conteúdos para direitos expressamente consagrados.

Mas não se exclui que, em veste integrativa, dela possa resultar o reconhecimento de direitos não especificamente previstos. Assim aconteceu com o direito a um mínimo de existência, na sua vertente positiva de direito a prestações públicas garantidoras da sobrevivência, em situações de necessidade, o qual, pelo Acórdão n.º 509/2002, foi imediatamente fundado na dignidade da pessoa humana.

Em todas estas projeções, a dignidade da pessoa humana tem um alcance prescritivo que leva ao reconhecimento de posições jurídico-subjetivas constitucionalmente tuteladas. E ainda que não constituindo um sistema fechado, do extenso e diversificado catálogo de direitos fundamentais é possível inferir uma unidade de sentido, como consagração de um conjunto articulado de valores constitucionais atinentes à pessoa humana. Daí que a excecional fundamentação direta e exclusiva de certa solução tuteladora de uma pretensão subjetiva em exigências postuladas pela dignidade da pessoa humana, sem passar pela mediação concretizadora de uma regra de proteção de um concreto bem jurídico, se possa ainda mover estritamente dentro do universo axiológico-normativo da Constituição.

É em direção de certo modo oposta a esta que a ideia foi mobilizada pelo Acórdão n.º 144/2004, não como fundamento de um direito contra o Estado, mas como fundamento do exercício do poder punitivo do Estado, em compressão de direitos fundamentais. O que logo suscita a questão de saber se da dignidade da pessoa humana são inferíveis, para os particulares, imposições de conduta penalmente sancionáveis, mesmo quando o incumprimento não ofende qualquer bem específico. O que, noutras palavras, se interroga é se tem acolhimento constitucional um padrão objetivo de dignidade não conexionado com a liberdade e a integridade da personalidade de outrem, em termos tais que leve a conferir-lhe valor legitimante da incriminação de uma conduta lesiva, no relacionamento interpessoal.

Esta última nota é indispensável para uma definição rigorosa daquilo que está em questão. Na verdade, não se trata apenas de negar garantia jurídica à atividade de lenocício, o que a coloca fora do âmbito de proteção constitucional da liberdade de profissão e da liberdade de iniciativa económica privada. Para além da ineficácia vinculativa de contratos, neste âmbito, por essa via facilmente se justificam, *prima facie* (sem necessidade de ponderações, em concreto), medidas restritivas da liberdade de ação, como, por exemplo, certas medidas de polícia ou a proibição de publicidade.

Para justificar soluções deste tipo, basta considerar (corretamente) que a atividade de proxenetismo não é abrangida pelo âmbito de proteção de nenhuma das normas constitucionais garantidoras da liberdade de ação. Mas, mais do que isso, do que aqui se trata é de saber se ela preenche o conceito material de crime, com as restrições daí decorrentes para direitos fundamentais do agente. Não se questiona se essa atividade merece ou não proteção constitucional; o que se questiona é se ela é causa legítima de afetação, através da ação punitiva do Estado, de bens protegidos.

Por isso mesmo, não se revela conclusiva a ideia, em si mesma de justeza inatacável, de que “a autonomia de uma pessoa ou o seu consentimento em determinados atos não justifica, sem mais, o comportamento do que auxilie, instigue ou facilite esse comportamento” (Acórdão n.º 144/2004). É bem verdade que a tolerância perante o próprio que desenvolve uma conduta vista pelo Estado e pela sociedade como um mal, em função do respeito pela liberdade individual, não tem necessariamente que se estender ao terceiro que promove essa conduta, retirando daí ganhos pecuniários. “Tal como, em geral, as ações que afetam outros”, essa intervenção de um terceiro deve estar sujeita a “controlo social” (Stuart Mill, *On Liberty*, ed. de 1978, Indianapolis/Cambridge, p. 97). Mas este entendimento deixa intocada a questão posta, no ponto decisivo de saber se é constitucionalmente legítimo que esse controlo se exerça (também) por meios penais.

No caso, já argumentativamente apontado (Maria Fernanda Palma, *Direito constitucional penal*, Coimbra, 2006, p. 78, n. 69), da “severa punição do tráfico de droga”, por contraste com a descriminalização do consumo, a legitimidade daquela punição é incontroversa, justamente porque é certo que o tráfico possibilita e potencia a afetação de bens pessoais dos consumidores, com proteção constitucional.

Nesta medida, esse regime diferenciado só abona e confirma a exigência de identificação de uma ofensa a um bem jurídico-penal, como condição de criminalização de um comportamento.

Ora, não parece sustentável que a ideia geral e abstrata de dignidade da pessoa, desvinculada de qualquer dimensão garantística da autodeterminação de quem se prostitui, conserve ainda um conteúdo constitucionalmente determinado, capaz de validar a restrição a direitos fundamentais que a criminalização representa.

Como vimos, a densificação e concretização jurídico-positiva dessa ideia, na ordem constitucional, são levadas a cabo pela consagração de direitos de defesa e de direitos sociais, cobrindo a dupla dimensão negativa e positiva da dignidade da pessoa. Por esse todo normativo é possível dar substância à posição constitucional de igual reconhecimento e respeito de que cada pessoa, individualmente considerada, como ser único e diferenciado, goza.

Mas falham de todo indicações normativas precisas, no plano constitucional, para fazer decorrer da dignidade da pessoa humana obrigações negativas de conduta, criminalmente sancionáveis, não impostas pela tutela de bens pessoais de outra pessoa. Desligado do seu sentido de imperativo de respeito pela personalidade concreta de todo e qualquer indivíduo, de não interferência lesiva da integridade das opções de vida pelos outros autonomamente tomadas, o conceito fica, no plano constitucional, como critério de comportamento de sujeitos privados, esvaziado de carga normativa própria. Só por uma concepção essencialista do que é postulado, em abstrato, pela condição humana, concepção preformada com base em valores de natureza ético-social e não decorrente de claras opções constitucionais, é viável concretizá-lo, através da definição de um modelo de conduta que impõe deveres, mesmo quando não está em causa qualquer dos direitos que o atributo da dignidade leva a reconhecer às pessoas que se dedicam à prostituição. Deste modo, a paradoxal objetivação, no plano das relações intersubjetivas, do atributo pessoal da dignidade, impositiva de deveres não correlacionados com o necessário respeito pela concreta autoconformação da personalidade do outro, não é feita a partir de dados da própria Constituição, mas de uma ideia prévia e exógena a ela, com base na moral comum.

Não se afigura, assim, que a intervenção do direito penal, neste domínio, vise “salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, como exige o n.º 2 do artigo 18.º da CRP. Ela decorre, antes, da tutela dos “bons costumes”, conceito que, embora radique noutros complexos normativos e não se mostre concretizável por inferências retiradas da Constituição portuguesa – que, aliás, ao invés de outras leis fundamentais, não lhe faz qualquer referência –, é elevado a padrão constitucional, como fator de legitimação de uma incriminação e, logo, de restrições a direitos fundamentais do agente do crime.

Foi esta constitucionalização dos bons costumes, alojando-os na ideia, em abstrato, da dignidade da pessoa humana, que motivou a crítica generalizada da doutrina alemã à sentença do Tribunal Federal Administrativo (Bundesverwaltungsgericht), de 15 de dezembro de 1981 (caso Peep-Show) – cfr., por todos, Henning v. Olshausen, “Menschenwürde im Grundgesetz: Wertabsolutismus oder Selbstbestimmung?”, NJW, 1982, p. 2221 s., W. Schatzschneider, “Rechtsordnung und Prostitution”, NJW, 1985, 2793 s., e Christian Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München, 1992, p. 104 s. Estava em causa a negação de uma autorização administrativa, que aquele tribunal entendeu justificada por exigência dos bons costumes, considerando-os um elemento integrante do “valor objetivo” do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1.º, n.º 1, da Grundgesetz. A crítica, em tons variados, incidiu precisamente sobre esta “conversão” de estatuto normativo daquele critério valorativo, tida por falha de apoio constitucional.



Está fora de qualquer dúvida de que a proteção da liberdade sexual das pessoas está entre os fundamentos, não só “ético-sociais”, como também jurídico-constitucionais, da “vida em sociedade” (para utilizarmos a epígrafe da versão inicial do Código Penal de 1982). O que se contesta é que uma certa concepção de ordem moral (ainda que generalizadamente aceite no meio social) constitua, em si mesma, uma dimensão da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, justificando a sua aplicação autónoma no âmbito criminal, sem conexão com a tutela de um bem constitucionalmente definido e protegido.

Há que concluir que a caracterização legal do crime de lenocínio, ao dispensar, após a revisão de 1998, como elemento estrutural do tipo, o aproveitamento pelo agente de uma situação de abandono social ou de carência económica da vítima, ultrapassa, com ofensa ao princípio da proporcionalidade, o que seria justificado pela função tutelar de um específico bem jurídico-penal.»

c) Nos Acórdãos n.ºs 641/2016 e 694/2017, o relator do presente Acórdão pronunciou-se nos seguintes termos:

«Votei vencido por entender que a norma do n.º 1 do artigo 169.º do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 65/98, de 2 de setembro, é inconstitucional, por violação do artigo 18.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

A Reforma de 1998 – Lei n.º 65/98 -, ao suprimir do elemento do tipo legal de lenocínio a «exploração de situações de abandono ou de necessidade económica» tornou indefinido o bem jurídico por ele tutelado: a liberdade sexual da pessoa que se prostitui?; a moral sexual?; uma determinada concepção de vida?; a paz social?.

A questão da identificação do bem jurídico que a norma visa proteger suscitou na doutrina e na jurisprudência divergências interpretativas que não deixarão de persistir enquanto não houver uma reformulação do preceito. É que a supressão daquela exigência típica também eliminou a ligação do comportamento ao bem jurídico da liberdade e da autodeterminação sexual, com a conseqüente incriminação de comportamentos que vão além dos que ofendem esse bem jurídico e relativamente aos quais não se pode afirmar a necessidade de restrição do direito à liberdade (cfr. Votos de vencido nos Acórdãos n.º 396/2007 e 654/2011, cuja fundamentação acompanho).

De modo que só fazendo uma interpretação restritiva da norma, no sentido de se aplicar apenas aos casos em que a vítima se encontra numa situação de necessidade económica e social, é possível afirmar que o tipo legal visa proteger o bem jurídico da liberdade sexual. Simplesmente, não pode considerar-se que a letra da lei é mais ampla que o seu espírito quando foi o próprio legislador que quis eliminar do texto da lei aquela exigência. Se o fez para proteção de outros bens jurídicos, não o deveria deixar inserido no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

E não é no valor da dignidade da pessoa humana que se pode encontrar o bem jurídico-constitucional digno de proteção penal. Como refere Figueiredo Dias, não é «essa a natureza do princípio, como não é essa a função de que surge investido em matéria penal; antes sim a de se erguer como veto inultrapassável a qualquer atividade do Estado que não respeite aquela dignidade essencial e, deste modo, antes que como fundamento, como limite de toda a intervenção estadual» (O “direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional implícito”, in, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 145, pág. 260).

Portanto, admitindo que a conduta de quem, profissionalmente, ou com intenção lucrativa, fomenta, favorece ou facilita o exercício de prostituição por pessoa que se encontra numa situação de necessidade económica e social necessita de tutela penal, como entendo, então só a introdução desse último elemento no tipo legal colocará o preceito em conformidade com a Constituição.»

d) Finalmente, nos Acórdãos n.ºs 641/2016, 421/2017, 694/2017, 90/2018 e 178/2018, o Conselheiro Manuel da Costa Andrade pronunciou-se nos seguintes termos:

«Votei vencido por estar convencido de que a norma de incriminação e punição do Lenocínio constante do n.º 1 do artigo 169.º do Código Penal é contrária à Constituição, por violação do disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República. E é assim porquanto a incriminação da conduta típica não está preordenada à salvaguarda – menos ainda é para tanto necessária – de quaisquer “direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Ou dito em linguagem da doutrina penal, não é necessária à proteção de qualquer bem jurídico. Bem jurídico que não se descortina na pertinente área de tutela típica. Noutra perspetiva, estamos perante uma manifestação concreta dos chamados “crimes sem vítima”, no sentido criminológico do termo, na linha da E. SHUR (victimless crimes ou crimes without victims. Cf. EDWIN SCHUR, Crimes Without Victims: Deviant Behavior and Public Policy, Prentice Hall inc.1965).

É seguramente assim a partir da reforma de 1998. Que inter alia eliminou o inciso –“exploração de situação de abandono ou de necessidade económica” – constante da versão originária (de 1982/1995). E deste modo abriu deliberadamente mão do momento da factualidade típica que associava a infração à ofensa à liberdade sexual e deixou atrás de si uma incriminação exclusivamente votada à punição de “quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar” uma prática em si mesma irrelevante e indiferente para o direito penal – a prostituição. Assim, o afastamento da liberdade sexual da área de proteção da norma deixa apenas em campo a prevenção ou repressão do pecado, um exercício de moralismo atávico, com que o direito penal do Estado de Direito da sociedade secularizada e democrática dos nossos dias nada pode ter a ver.

Uma consideração das coisas contra a qual não pode pertinentemente invocar-se a ideia de obviar a perigos contra a dignidade ou a autonomia das pessoas – homens ou mulheres – envolvidas na prostituição. Na certeza de que a incriminação é que pode, ela própria, configurar um atentado perverso à dignidade ou autonomia das pessoas. Que sendo adultas, esclarecidas e livres – no fundo a situação típica pressuposta pela incriminação – devem poder legitimamente escolher conduzir a sua vida tanto à sombra da “virtude” como do “pecado”. Uma escolha insindicável, que devem poder levar à prática, inteiramente resguardados contra a intromissão do direito penal. De outro modo e acolhendo-nos à síntese de FIGUEIREDO DIAS, “teríamos uma situação absolutamente anormal e incompreensível: a de o direito penal, pretendendo tutelar o bem jurídico da eminente dignidade (sexual) da pessoa, sacrificá-lo ou violá-lo justamente em nome daquela dignidade. Pois é claro que pertence à liberdade da vontade da pessoa dedicar-se ou não ao exercício da prostituição. O que colocaria o Estado (detentor do jus puniendi) na mais contraditória e perversa das situações: a de sacrificar a integridade pessoal invocando como legitimação o propósito de a tutelar!” (FIGUEIREDO DIAS, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional implícito”, RLJ, ano 145.º, maio-junho de 2016, p. 261). Nesta linha não podemos acompanhar o entendimento que a este propósito vem sendo sistematicamente sufragado pelo TC. Que tem procurado apoiar a legitimação material da incriminação na sua relação “com os valores da liberdade e da integridade moral das pessoas que se prostituem”, como se sustenta, entre outros, no Acórdão n.º 144/2004 (no mesmo sentido, Acórdãos n.ºs 170/2006, 396/2007, 141/2010, 559/2011, 203/2012, 149/2014). Explicitando que a “intervenção do Direito Penal neste domínio tem, portanto, um significado diferente de uma mera tutela jurídica de uma perspetiva moral, sem correspondência necessária com valores essenciais do Direito e com as suas finalidades específicas num Estado de Direito. O significado que é assumido pelo legislador penal é, antes, o da proteção da liberdade e de uma ‘autonomia para a dignidade’ das pessoas que se prostituem”. Uma consideração das coisas que é posta em crise quando confrontada com o recorte típico da incriminação. Que pune os factos mesmo nas constelações fácticas em que as pessoas que se prostituem, sendo maiores, o fazem com toda a liberdade e autonomia. O que obriga o TC a acolher-se a uma insustentável razão de paternalismo. Argumentando que “ainda que se entenda que a prostituição possa ser, num certo sentido, uma expressão de livre disponibilidade da sexualidade individual, o certo é que o aproveitamento económico por terceiros não deixa de poder exprimir já uma interferência que comporta riscos intoleráveis, dados os contextos sociais da prostituição, na autonomia e liberdade do agente que se prostitui (colocando-o em perigo), na medida em que corresponda à utilização de uma dimensão especificamente íntima do outro não para fins dele próprio, mas para fins de terceiro” (id. ibid). Para além desta (suposta) tutela da autonomia e da liberdade – contra o (efetivo) sacrifício da autonomia e da liberdade –, sobra ainda a ideia de prevenção do risco de exploração. Assim e ainda nos termos do mesmo

acórdão: “o facto de a exploração legal não exigir, expressamente, como elemento do tipo uma concreta relação de exploração não significa que a prevenção desta não seja a motivação fundamental da incriminação a partir do qual o aproveitamento económico da prostituição de quem fomenta, favoreça ou facilite a mesma exprima, tipicamente, um modo social de exploração de uma situação de carência e desproteção social” (ibid). Em vez de uma incriminação preordenada à tutela da autonomia e da liberdade sexual, teríamos então uma infração, concebida como crime de perigo abstrato e apostada em obviar ao perigo de um “modo social de exploração de uma situação de carência e desproteção social”. Bem podendo, por isso, acontecer que a prevenção do perigo abstrato de uma forma desviante de comportamento ou de condução da vida se faça à custa do sacrifício da liberdade e da autonomia sexual. Afinal de contas, à custa do sacrifício do único bem jurídico em nome do qual o legislador pode incriminar comportamentos humanos relacionados com a vida sexual das pessoas.

É por isso que não posso acompanhar o entendimento de que a norma constante do artigo 169.º do Código Penal na versão vigente satisfaz as exigências de que a Constituição da República faz depender a legitimação material da criminalização.»

12. Na doutrina, mesmo quem se pronuncia pela não inconstitucionalidade tende a basear essa conclusão numa interpretação restritiva do tipo legal de crime de lenocínio simples, de modo a considerá-lo aplicável apenas a situações em que exista exploração de uma situação de vulnerabilidade de quem se prostitui. É disso exemplo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 3.ª ed., 2015, p. 673. É também o caso de INÉS FERREIRA LEITE, “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 21, n.º 1 (2011), p. 82, para quem, «mais importante do que construir o bem jurídico tutelado em torno de uma interpretação acrílica do tipo penal, será reconstruir o tipo penal em função de uma interpretação valorativa da incriminação, tendo como farol a verificação da lesão ou da colocação em perigo da liberdade sexual».

Porém, não se afigura possível, quer em face da sua letra, quer da sua história, quer, ainda, de considerações de índole sistemática, interpretar este tipo legal de crime no sentido de o mesmo exigir que tenha havido exploração de uma situação de vulnerabilidade da pessoa que se prostitui: essa exigência não só não consta do n.º 1 do artigo 169.º como foi assumidamente retirada dele pelo legislador e deslocada para a alínea d) do n.º 2 do mesmo preceito – ainda que em termos algo reconfigurados, visto bastar agora que tenha havido aproveitamento (não sendo já necessário que tenha havido exploração) de uma circunstância de especial vulnerabilidade da vítima –, passando portanto a constituir elemento qualificativo de um tipo legal de base que se pretendeu subsistir sem ele. Pela impossibilidade de

interpretar o tipo legal daquele modo restritivo conclui também, v.g., AUGUSTO SILVA DIAS, op. cit., p. 124 s. Deste modo, não poderia acolher-se uma interpretação dessa natureza sem que isso representasse uma denegação da intencionalidade normativa imprimida a esse tipo legal de crime pelo legislador, aqui sim em iminente ingerência na sua liberdade de conformação. A jurisprudência deste Tribunal, de resto, tem sempre suposto uma interpretação deste tipo legal de crime no sentido de o seu âmbito não estar cingido a hipóteses em que haja exploração de uma situação de vulnerabilidade de quem se prostitui, tendo inclusivamente explicitado já que o mesmo abrange casos de exercício de prostituição por «pessoa auto determinada» (Acórdão n.º 294/2004). Simplesmente, tem concluído pela não inconstitucionalidade do tipo legal assim interpretado.

13. Se o Tribunal Constitucional tem entendido ser esse o único sentido normativo possível de extrair do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, e se tem entendido que esse tipo legal de crime visa ainda a proteção do bem jurídico «liberdade sexual», então é forçoso concluir que o Tribunal o concebe como um crime de perigo abstrato, técnica criminalizadora que, no entender também já expresso pelo Tribunal, apesar de envolver uma significativa antecipação da tutela de bens jurídicos, não se expõe necessariamente a inconstitucionalidade, na medida em que, inter alia, efetivamente se ligue ainda à proteção de bens jurídicos (vd. por exemplo os Acórdãos n.ºs 426/91, 246/96, 7/99 e 95/2001). O tipo legal de crime de lenocínio simples abrange situações em que não existe perigo concreto de lesão da liberdade sexual de quem se prostitui, mas isso seria ainda justificável pelo facto de à conduta típica ser inerente um perigo abstrato de lesão desse bem jurídico: a já referida «normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social». É este, pois, atualmente, o ponto essencial do debate.

Contudo, o entendimento aqui acolhido é o de que nem mesmo entendido nesses termos este tipo legal de crime deixa de expor-se a um juízo de inconstitucionalidade, pelas razões que em seguida se apresentam.

Em primeiro lugar pode questionar-se a solidez daquela premissa, bem como a necessidade de recurso à via da criminalização no confronto com outras medidas aptas a alcançar o mesmo objetivo com menor restrição de direitos fundamentais, designadamente a pura descriminalização do lenocínio e a regulamentação da prostituição, no plausível pressuposto de que «os riscos que [com o crime de lenocínio] se querem esconjurar (em todo o caso sempre existentes em algum grau) resultam mais da incriminação da atividade em causa (e assim da natureza “subterrânea”, clandestina, para que é remetida) do que dela mesma» (PEDRO SOARES DE ALBERGARIA / PEDRO MENDES LIMA, op. cit., p. 238; já ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO, op. cit., p. 799).

Admitindo que aquela «normal associação» existe, deve em qualquer caso questionar-se se ela permite sustentar um tipo legal de crime com uma estrutura

de perigo abstrato. Conforme expõe a este respeito CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, op. cit., p. 31 ss.: «A mera associação (incidindo sobre regularidades estatísticas) pode servir de fundamento a uma presunção, mas não é suficiente para a criação de crimes de perigo. (...) Há uma diferença de fundo entre esta situação e os crimes de perigo abstrato: nestes últimos, o agente só é punível se realizar (efetiva e dolosamente) a atividade de que cuida a incriminação – a qual consiste num início do iter criminis que levará (ou levaria) presumivelmente (com base na experiência) à concretização do perigo e eventualmente da lesão (numa relação vertical, de causalidade); no primeiro caso, induz-se, a partir de certos indícios, a verificação (concomitante, mas numa relação apenas horizontal, de coincidência) da conduta proibida e que não se logra provar. Ora em direito penal, como é para todos evidente, não pode haver lugar a presunções sobre a prática do facto proibido (e menos ainda inelidíveis, como seria o caso), pois tal hipótese colide frontalmente com o princípio da presunção de inocência.» É esta, de resto, a única visão consentânea com o fundamento da admissibilidade genérica do recurso aos crimes de perigo abstrato: o de constituir uma técnica criminalizadora necessária a um direito penal «adequado à sociedade do risco» (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 38). Baseada numa mera associação, que não num autêntico nexos causal de perigosidade, a norma incriminatória perde o seu referente teleológico, expondo-se à crítica de que «pune o que não consegue provar por não conseguir provar o que quer punir» (PEDRO SOARES DE ALBERGARIA / PEDRO MENDES LIMA, op. cit., p. 209). Desse modo – pode acrescentar-se –, a norma conforma-se com a eventualidade de punir também, pelo menos em parte, o que não quer sequer punir, razão pela qual pode duvidar-se que um tipo legal de crime com estas características traduza sequer uma vontade da maioria.

Por outro lado, a configuração de uma norma como crime de perigo abstrato traz consigo particulares exigências no plano da tipicidade – é dizer, da determinabilidade da conduta proibida. Como o Tribunal Constitucional já em várias ocasiões sustentou (e.g., nos Acórdãos n.ºs 20/91 e 426/91), é crucial que o bem jurídico tutelado possa ser claramente identificado e que a conduta típica seja descrita de forma especialmente precisa. Relativamente à norma em apreço, até poderia considerar-se que a mesma satisfaz ambas as exigências: quanto à primeira, embora o bem jurídico pretensamente tutelado não seja absolutamente consensual, é de conceder que existem elementos suficientes para se concluir estar em causa a liberdade sexual; quanto à segunda, embora o tipo legal faça uso de elementos subjetivos e normativos, é relativamente indiscutível o seu âmbito de incidência. O que falha redondamente na norma é o facto de dela não emergir uma possibilidade de conjugação suficientemente robusta entre a primeira e a segunda exigências. Nas palavras de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / MARIA JOÃO ANTUNES, “Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato”, in Estudos em Homenagem ao Senhor Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro – Vol. I, Almedina, 2019, p. 157: «Por um lado, a conduta que tem aptidão

para colocar em perigo os bens jurídicos dignos de pena – a conduta de exploração de uma situação de carência e desproteção social – não está tipicamente formulada; por outro, a conduta típica descrita não tem aptidão para colocar em perigo os bens jurídicos identificados pela jurisprudência constitucional.» De facto, como os autores notam, é a própria jurisprudência constitucional que tem reconhecido que o perigo pressuposto por este tipo legal de crime não é verdadeiramente o perigo de lesão da liberdade sexual, ou de qualquer outro direito titulado pela pessoa que se prostitui (à autonomia, à integridade pessoal, ao livre desenvolvimento da personalidade), mas o perigo de exploração de uma situação de especial vulnerabilidade em que a mesma se encontra. Ou seja, o perigo de verificação do elemento típico que o legislador retirou do tipo legal. Dá disto exemplo o Acórdão n.º 641/2016, quando aí se afirma que «a ofensividade que legitima a intervenção penal assenta numa perspetiva fundada de que as situações de prostituição, relativamente às quais existe promoção e aproveitamento económico por terceiros, comportam um risco elevado e não aceitável de exploração de uma situação de carência e desproteção social», acompanhado pelo Acórdão n.º 90/2018, onde se afirma: «não se pressupõe que as situações de prostituição estejam necessariamente associadas a carências sociais elevadas e que qualquer comportamento de fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição comporta uma exploração da necessidade económica ou social do agente que se prostitui, mas antes que tais situações comportam um risco elevado e não aceitável de exploração de uma situação de carência e desproteção social» (destaques nossos).

É certo que ambos os arestos referem que essa exploração «interfer[e] com – colocando em perigo – a autonomia e liberdade do agente que se prostitui». O facto é que essa exploração não faz parte do tipo legal e está já, portanto, ela própria, a ser pressuposta. A feição que o problema afinal assume é, então, a seguinte: a única linha de entendimento capaz de ainda relacionar este tipo legal de crime com a tutela de bens jurídicos (sc., aquela segundo a qual ele constitui um crime de perigo abstrato destinado a tutelar a liberdade sexual de quem se prostitui) assenta, em última análise, num perigo de verificação de um elemento que não consta desse tipo legal de crime (sc., a exploração de uma situação de vulnerabilidade dessas pessoas). Portanto, assim interpretado, o tipo legal de crime envolve duas presunções (não deve tentar evitar-se o termo, pois nos crimes de perigo abstrato é de presunções que se trata: cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*, 3.ª ed., 2019, Gestlegal, p. 360), uma das quais, além de frágil (cf. supra, o ponto 10), se suporta ainda na outra, podendo neste sentido dizer-se estarmos perante um crime de perigo duplamente abstrato. Talvez mais exatamente: de um crime de perigo abstrato elevado ao quadrado, em que: (i) a base é a presunção de que a exploração de uma situação de vulnerabilidade de quem prostitui encerra tipicamente um perigo para a sua liberdade sexual; e (ii) o expoente é a presunção de que a conduta de quem, profissionalmente ou com intuito

lucrativo, fomenta, favoreça ou facilite a exercício de prostituição encerra tipicamente um perigo de exploração de uma situação de vulnerabilidade de quem se prostitui. Em resultado desse processo de exponenciação, o âmbito da proibição é muito mais extenso do que aquele que, considerado o bem jurídico que se procura tutelar, seria o seu âmbito natural. Entre este âmbito natural e aquele âmbito exponenciado está um conjunto indiferenciado de condutas que decerto incluirá situações em que há perigo concreto de lesão ou até dano do bem jurídico, mas isto constituirá uma pura contingência, pois nada há no tipo legal de crime que cuide realmente de direcioná-lo para a punição desses casos. É um dos aspetos que o separa de tipos legais como o da condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, previsto no artigo 292.º do Código Penal, em que o perigo de lesão é imanente a toda e qualquer das condutas abrangidas pela norma incriminatória e, por isso, resguarda o tipo legal de crime do argumento de que não é necessária uma intervenção penal tão antecipada.

14. Nos tipos legais de crime que almejam a tutela da liberdade sexual, o assentimento – mais especificamente, o acordo – do portador concreto do bem jurídico não se limita a traçar uma fronteira entre comportamentos ofensivos e comportamentos inócuos para o bem jurídico, nem uma fronteira entre ofensas intoleráveis e ofensas transigíveis ao bem jurídico, mas uma fronteira entre comportamentos ofensivos do bem jurídico e comportamentos potencialmente necessários à satisfação do bem jurídico (vd. MANUEL DA COSTA ANDRADE, Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista), Coimbra Editora, 1991, p. 362 ss. et passim). Por isso que a prática de atos sexuais entre adultos sem o acordo de um deles constitua uma conduta que indiscutivelmente reclama a intervenção do direito penal, mas que a prática de tais atos de forma consensual seja, mais do que lícita, uma expressão igualmente indiscutível desse mesmo bem jurídico.

Isso significa que esses tipos legais envolvem, que têm sempre latente, um potencial efeito restritivo sobre o próprio bem jurídico que justifica a sua existência. Esta conceção dualista do assentimento ou da concordância do portador concreto do bem jurídico – conceção que se mantém incontrovertida – pode, aliás, ser invocada em abono da interpretação restritiva acima referida (no ponto 12), segundo a qual o tipo legal de crime do lenocínio simples continua a pressupor a exploração de uma situação de especial vulnerabilidade de quem se prostitui. Contudo, as mesmas razões então indicadas permanecem aqui válidas: essa afigura-se uma interpretação contra legem, sendo antes forçoso concluir que o legislador pretendeu de facto criminalizar, quando praticada profissionalmente ou com intuito lucrativo, a conduta de fomentar, facilitar ou favorecer a prostituição independentemente de a pessoa que se prostitui ter oferecido o seu acordo à prática dos atos sexuais em que a mesma se traduz. De resto, como já se referiu, a própria exigência de que haja exploração de uma situação de vulnerabilidade da



pessoa que se prostitui continua a não pressupor o acordo dessa pessoa à prática de tais atos, pelo que, neste específico ponto, não há diferença sensível entre a vigente redação deste tipo legal de crime e aquela que a precedeu, a qual estabelecia já um crime de perigo abstrato. A diferença é, essa sim, que a redação precedente procurava estabelecer umnexo causal entre a conduta típica e a ofensa ao bem jurídico – se ele era ou não suficiente para assegurar a sua constitucionalidade é questão que aqui não releva, pois não é essa a norma sob fiscalização –, enquanto a redação atual resiste a qualquer tentativa de identificação de umnexo dessa natureza (nos termos explanados supra, no ponto 13).

Já se disse que o recurso à técnica do perigo abstrato na criminalização de comportamentos não está, por princípio, constitucionalmente vedado. O ponto que se procura agora fazer é o de que os crimes de perigo abstrato, já de si adstritos a especiais condições constitucionais quando comparados com os crimes de dano e os crimes de perigo concreto – onde a ofensa ao bem jurídico é, respetivamente, certa ou mais próxima – são ainda mais difíceis de sustentar quando estejam em causa bens jurídicos suscetíveis de acordo, como a liberdade sexual. Se o acordo do portador, mais do que tornar lícita a conduta do terceiro, a convoca à realização do bem jurídico, o legislador, ao criminalizar um comportamento em nome de um bem jurídico dessa natureza através de uma presunção, está a conformar-se com uma dada probabilidade de restringir o direito à liberdade do terceiro em nome de um direito que não sofreu perigo concreto e, além disso, com uma equivalente probabilidade de restringir o exercício desse mesmo direito por parte do seu portador. Conforme afirma AUGUSTO SILVA DIAS, *op. cit.*, p. 123, em termos que ajudam a ilustrar esta perspetiva: «Descrições típicas abrangentes que não explicitam suficientemente de que modo as condutas provocam a perda ou redução do valor da integridade pessoal para o seu titular (...), acabam por misturar casos de coisificação com casos de objetivação voluntária do próprio ser humano, isto é, casos de negação da identidade pessoal com situações de exercício normal dessa liberdade.»

Importa notar que o lenocínio apresenta, neste ponto, uma relevante particularidade em relação a outros crimes destinados a tutelar a liberdade sexual: o seu objeto direto ou imediato não é a própria prática dos atos sexuais em que se traduz a prostituição, mas o ato de fomentar, facilitar ou favorecer essa prática. Por essa razão, não se afigura necessariamente de concluir que este tipo legal de crime comporte uma restrição desproporcional da liberdade sexual de quem se prostitui: o tipo legal não veda essa prática, embora limite as condições em que a mesma pode ser desenvolvida, designadamente a possibilidade de associação de quem se prostitui a uma pessoa ou organização de pessoas que fomente, facilite ou favoreça essa prática. Porém, se não se perder de vista que o único desígnio constitucionalmente legítimo deste tipo legal de crime seria o de tutelar a liberdade sexual de quem se prostitui, e que a sua estrutura é a de uma presunção (melhor, de

uma cadeia de presunções) segundo a qual essa pessoa não prestou o seu acordo àquela prática, a perspectiva exposta não deixa de se lhe aplicar: o fundamento último do tipo legal não deixa de ser a tutela de um direito que, em face da conduta tipicamente descrita, pode plausivelmente ter sido exercido pelo seu portador.

A criação de crimes de perigo abstrato em nome da tutela da liberdade sexual, ou de outro bem jurídico suscetível de acordo, não está terminantemente excluída em termos constitucionais. Contudo, quando o nexos entre a factualidade típica e o bem jurídico tutelado ou pretensamente tutelado for débil, como se concluiu ser aqui o caso (supra, ponto 13), então, a circunstância de esse bem jurídico ser um bem jurídico suscetível de acordo empresta ainda força suplementar à conclusão – já decorrente, sem mais, daquela debilidade – de que o tipo legal de crime comporta uma restrição desproporcional do direito à liberdade (consagrado no artigo 27.º da Constituição) de quem, ainda que profissionalmente ou com intuito lucrativo, facilite, fomente ou favoreça a prática da prostituição por outra pessoa. Desenvolvendo-se aquela conduta dentro de um espaço em que, perante o recorte típico da norma incriminatória, a livre disposição do bem jurídico por parte de quem se prostitui se mostra plausível, a sua criminalização não pode deixar de considerar-se desproporcional.

Pode conceder-se que esta norma incriminatória seja adequada a tutelar a liberdade sexual, no sentido de que esta constitui um bem jurídico digno de pena e de que a conduta tipicamente descrita é objetivamente apta a abranger situações em que essa liberdade foi exposta a um perigo concreto de lesão. No entanto, a norma não resiste ao teste da necessidade: a extrema fragilidade do nexos entre a conduta que aí é descrita e o único bem jurídico que a norma poderia tutelar, acrescida do facto de a mesma abranger situações em que há até um exercício da liberdade sexual por parte de quem se prostitui, não permitem a conclusão de que tal norma seja necessária para tutelar esse direito. Mesmo persistindo na via da criminalização, o legislador poderia empreender essa tutela com significativamente menor restrição do direito à liberdade, através de um recorte típico que, podendo porventura ainda configurar-se como crime de perigo abstrato, apresente um autêntico nexos de perigosidade típica entre conduta e bem jurídico. Poderia então ainda discutir-se a proporcionalidade em sentido estrito da norma, mas pelo menos estar-se-ia já num contexto de verdadeiro conflito de direitos e interesses constitucionais. Pelo contrário, a vigente norma incriminatória restringe um direito (à liberdade) em nome de um outro (à liberdade sexual) que pode plausivelmente não ter sido colocado em perigo concreto e ter até sido livremente exercido pelo seu titular, circunstância em que não há, portanto, carência de tutela penal.

Importa apenas acrescentar que esta conclusão não aproveita diretamente a outros tipos legais de crime configurados como crimes de perigo abstrato e destinados a tutelar a liberdade e a autodeterminação sexuais, como a divulgação, ou a detenção com vista à divulgação, de material pornográfico em que sejam

utilizados menores, previstas e punidas no artigo 176.º, n.º 1, alíneas c) e d), do Código Penal. Sem encetar um exercício de comparação mais exaustivo e, novamente, sem exprimir qualquer consideração sobre a constitucionalidade de tais normas, pois não são elas as normas sob fiscalização, bastará notar que, ali, a utilização dos menores nos materiais em causa é criminalmente proibida (cf. a alínea b) do mesmo preceito), ao contrário do que acontece com a prostituição; depois, e porque de menores se trata, que essa utilização nunca poderia considerar-se resultante de um exercício de liberdade sexual, razão pela qual, desde logo, se está aqui antes no domínio dos crimes contra a autodeterminação sexual.

### III – Decisão

Pelo exposto, decide-se:

a) Julgar inconstitucional a norma incriminatória constante do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal, por violação do artigos 18.º, n.º 2, e 27.º, n.º 1, da Constituição, conjugadamente; e, em consequência,

b) Conceder provimento ao recurso.

Sem custas.

Lisboa, 3 de março de 2020

Lino Rodrigues Ribeiro

Joana Fernandes Costa

Gonçalo Almeida Ribeiro

Maria José Rangel de Mesquita (vencida nos termos da declaração que se junta)

João Pedro Caupers (Vencido, por subscrever a jurisprudência constante, designadamente, do Acórdão n.º 421/2017)

### Declaração de voto

Vencida quanto à decisão de julgamento de inconstitucionalidade da norma sindicada nos presentes autos (norma incriminatória constante do artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal), por se subscrever, no essencial, a jurisprudência reiterada deste Tribunal, no sentido da não inconstitucionalidade da referida norma, mencionada nos números 7., 8. e 9. do Acórdão.

Maria José Rangel de Mesquita

## Acórdão n.º 431/2021

Processo n.º 405/2017

### 2.ª Secção

Relator: Conselheiro Fernando Ventura

Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional

#### I. Relatório

1. A. (1.º), B. (2.º), C. (3.º), D. (4.º), E. (5.º), F. (6.º), G. (7.º), H. (8.º), I. (9.º), J. (10.º), K. (11.º), L. (12.º), M. (13.º), N. (14.º), O. (15.º), P. (16.º), Q. (17.º), R. (18.º), S. (19.º), T. (20.º), U. (21.º), V. (22.º), X. (23.º) e Y. (24.º) interpuseram recurso para o Tribunal Constitucional, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, do acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa em 11 de janeiro de 2017.

No requerimento de interposição de recurso, indicam que a «norma que se reputa de inconstitucional é a do artº 75º da Lei nº 88-C/2013, de 31/12 - LOE de 2014 (bem como aliás a norma que a reproduziu, no respetivo artº 73º, na LOE de 2015), interpretada e aplicada como o foi pelas diversas instâncias, ou seja, na vertente normativa de fundamentarem e justificarem a cessação do pagamento pela Ré aos AA. dos respetivos complementos de reforma, cujo direito ao recebimento está, e desde há décadas, consagrado no Instrumento de Regulamentação Coletiva aplicável». E, como parâmetros de constitucionalidade violados, apontam os princípios da «proteção da confiança, da igualdade, da reserva de convenção coletiva, da retribuição ou meio de subsistência, e sua não diminuição, e da dignidade da pessoa humana, e da excecionalidade e da exigência de demonstração da necessidade, adequação e proporcionalidade dos direitos liberdades e garantias, consagrados sucessiva e respetivamente nos artºs 2º, 13º, 56º, nº 3, 59º, nº 1, al. a), 1º e 25º e 18º, todos da CRP». Fazem ainda referência aos artigos 2.º e 151.º do Tratado para o Funcionamento da União Europeia (TFUE), aos artigos 20º, 21º e 31º, nº 1 da Carta da Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), bem como ao artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

2. Releva para o presente recurso que os recorrentes instauraram, em coligação de pedidos, ação declarativa de condenação contra o Metropolitano de Lisboa, EPE (ML), pedindo a condenação deste a pagar a cada um dos autores os valores correspondentes aos complementos de reforma que haviam sido atribuídos, e cujo pagamento cessara em janeiro de 2014, por aplicação da norma do artigo 75.º da Lei n.º 88-C/2013, de 31 de dezembro, acrescidos de juros de mora desde a citação e até integral pagamento, peticionando, igualmente, indemnização individual por danos não patrimoniais.

Na primeira instância, a ação foi julgada totalmente improcedente. Inconformados, os autores recorreram para o Tribunal da Relação de Lisboa, argumentando, *inter alia*, que a aplicação da referida norma deveria ser recusada, por violação dos princípios da igualdade, da proporcionalidade e do direito à negociação coletiva.

Através do acórdão recorrido, o Tribunal da Relação negou provimento ao recurso, assentando a sua fundamentação, quanto à suscitada questão de inconstitucionalidade, no decidido por este Tribunal no Acórdão n.º 413/2014, em sede de fiscalização abstrata sucessiva.

Notificados, para além de recurso para o Tribunal Constitucional, os autores apresentaram ainda recurso de revista excecional para o Supremo Tribunal de Justiça, impugnação admitida apenas quanto aos autores G., I., N., U. e Y..

3. Por despacho proferido em 26 de abril de 2017 (fls. 103), o tribunal a quo indeferiu o recurso de constitucionalidade relativamente aos cinco autores que haviam visto admitido recurso de revista excecional, admitindo o recurso de constitucionalidade quanto aos demais.

4. Determinado pelo relator o prosseguimento do recurso e notificadas as partes, vieram os recorrentes apresentar alegações, com o seguinte remate conclusivo:

«1ª Está em causa nestes autos a apreciação da vigência ou não na ordem Jurídica portuguesa de uma alteração legislativa que, subitamente, autorizou a Empresa Ré Metropolitana de Lisboa a cessar o pagamento aos AA., como seus ex-trabalhadores entretanto reformados - bem como a todos os reformados de todas as empresas do setor público empresarial relativamente às quais se verificasse o circunstancialismo nele previsto, como sucedeu também - nomeadamente com a Z. - dos respetivos complementos de reforma consagrados e reconhecidos, e desde há muito, na respetiva contratação coletiva,

2ª Muito em particular à luz dos preceitos e princípios não apenas da Constituição formal, mas também da Constituição material e do Direito Internacional vigente, em particular do Direito Comunitário, desde a DUDH até ao Tratado da União e da Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores,

3ª Importa desde logo aferir se é ou não de ter por legítima e digna de proteção, designadamente constitucional - como o próprio Tribunal Constitucional consagrou no seu recentíssimo Acórdão n.º 3/2016, de 13/1/16, em sentido diametralmente oposto ao pelo próprio TC consagrado no Acórdão n.º 413/2014, tão elogiado, glosado e citado pelo Acórdão recorrido - a crença de que qualquer alteração legislativa, a ter lugar, "manteria uma configuração consentânea com a finalidade e com a natureza originais" dos complementos de reforma,

4º Estando assim em causa diversas questões e de enorme relevância jurídico-constitucional, que vão muito para além das analisadas no citado Acórdão nº 413/2014,

5º Porque, por um lado, está em questão fundamentalmente o respeito por preceitos e princípios fundamentais da nossa Sociedade e da nossa Ordem Jurídica, à luz não apenas do direito supra-legal interno mas também do internacional, maxime comunitário,

6º A cuja interpretação e aplicação conformes, aliás, os órgãos jurisdicionais nacionais estão vinculados e que devem respeitar com particular rigor, sob pena de o Estado português poder ser condenado pelo Tribunal de Justiça da U.E., como recentemente sucedeu. Contudo,

7º Para além da problemática cuja apreciação, pela sua enorme relevância jurídica, se revela indispensável para uma melhor aplicação do Direito, os interesses aqui em causa - que podem abranger milhares de trabalhadores e que se prendem com a admissibilidade de soluções legais consubstanciadoras do seu lançamento na miséria mediante cortes até 60% no respetivo rendimento disponível - têm uma inegável e particularíssima tutela por parte da Constituição,

8º Quer da Constituição formal, quer da Constituição material e muito em especial das normas de carácter internacionais, máxime comunitárias, que consagram e tutelam direitos fundamentais constitucionais.

9º É certo que este Tribunal Constitucional não está vinculado pelo enquadramento que as partes dão à questão sub judice. Porém,

10º E por um lado, ele tem de conhecer oficiosamente o Direito, todo o Direito (o que é, aliás, uma decorrência do princípio da legalidade do conteúdo das decisões judiciais), não se podendo eximir a fazê-lo sob fórmulas tabelares como as de que "não se vislumbram" violação de determinados preceitos, sem proceder a qualquer efetiva apreciação da questão,

11º Como tem também e forçosamente de resolver todas as questões que lhe tenham sido submetidas, ainda que possa interpretar e aplicar normas jurídicas distintas, ou até as mesmas que as partes invocaram, mas num sentido diferente do alegado por elas.

12º A eximção do Tribunal da Relação de Lisboa à análise e decisão das questões relativas à violação, ou não, pelo citado artº 75º da LOE-2014 de outros dispositivos normativos de natureza e valor hierárquico de preceitos constitucionais (designadamente de natureza comunitária) que aquele preceito deveria respeitar é suscetível de consubstanciar aliás uma ostensiva omissão de pronúncia, com a conseqüente nulidade, ex vi do nº 1 do artº 615º do NCPC, que ora aqui fica arguida.

13º Mas acaso se entendesse que não se trataria, em bom rigor, de uma verdadeira omissão de pronúncia, mas apenas e "apenas" de uma falta de análise e de consideração relativamente aos fundamentos ou argumentos jurídicos aduzidos pelos recorrentes, tal conduta não deixaria nunca de afetar, como afetou, a correção jurídica da decisão produzida.

14º Na verdade, o Acórdão ora recorrido (tal como a sentença da 1ª instância) pode constituir uma decisão "célere" e expedita mas, limita-se praticamente a reafirmar a dita sentença e a reproduzir o Acórdão do TC nº 413/2014.

15º E que não decide, nem sequer analisa, corretamente todas as vertentes da problemática aqui em causa, e muito em particular a relativa a outros preceitos e princípios de natureza claramente constitucional que vigoram na Ordem Jurídica interna portuguesa.

16º Medidas como a redução salarial dos trabalhadores do Estado e do setor público, bem como o não pagamento do complemento das pensões de reforma a trabalhadores das empresas do setor empresarial do Estado, por constituírem uma medida de consolidação orçamental escolhida pelo Estado Português no sentido de cumprir e implementar o direito da União e as obrigações assumidas no pedido de assistência financeira, sempre teriam que estar sujeitas à validação jusfundamental decorrente dos princípios e direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

17º Existe sobreposição de direitos fundamentais, nesta matéria, previstos na CDFUE e na Constituição da República Portuguesa, ou seja, perante ambos os catálogos, aquela medida (de redução retributiva) ofende direitos e princípios fundamentais, de natureza constitucional.

18º Não existindo qualquer conflito entre ambos os catálogos, não se colocará sequer o problema de determinar qual o instrumento normativo que confere um nível de proteção mais elevado.

19º O caso ora sub judice demonstra a possibilidade de ocorrer uma articulação entre as duas codificações de direitos fundamentais, num sistema multinível, que lhes confere uma garantia acrescida.

20º E se o Juiz nacional tem dúvidas - e mais ainda se é o órgão jurisdicional supremo a decidir, a nível interno, tal questão - sobre a interpretação e aplicação das normas de direito nacional de modo conforme com os preceitos e princípios do ordenamento jurídico comunitário, então deverá proceder ao reenvio prejudicial do processo ao Tribunal de Justiça da União europeia, para apreciação e decisão de tal questão de (in)conformidade.

21º A retribuição e o complemento de uma pensão de reforma não podem nem devem ser encarados como mero "custo económico" pois estão estritamente ligados a uma existência condigna do trabalhador e da respetiva família.

22ª A diminuição da retribuição e o corte dos complementos, ao colocarem em risco a subsistência dos trabalhadores e o seu núcleo familiar, afetam o princípio de dignidade humana, utilizado como critério interpretativo das normas constitucionais e como revelador de direitos fundamentais não escritos, impedindo que o seu quantum seja reduzido, de forma inesperada e para mais drástica, sem o acordo das partes.

23ª O corte dos referidos complementos, por ter sido apenas imposto aos trabalhadores de empresas do setor público empresarial, consubstancia ainda uma violação flagrante do princípio da igualdade e da proibição de discriminação em razão do vínculo laboral. Assim,

24ª A aplicação do artº 75º da Lei 83-C/2013, de 31/12 não só pode como deve ser recusada pelos Tribunais portugueses ao abrigo do artº 204º da CRP.

25ª O facto de o Tribunal Constitucional ter decidido num determinado sentido em sede de fiscalização sucessiva abstrata não impede nem inibe processualmente que possam ser acionados, por cidadãos individualmente considerados, os mecanismos de fiscalização sucessiva concreta, inexistindo aqui qualquer pretensão efeito de caso julgado.

26ª Acresce que as inconstitucionalidades imputadas pelos aqui AA. vão bem para além das que foram suscitadas pelos requerentes da fiscalização sucessiva abstrata, sendo que, como é óbvio, relativamente a essas outras o referido Acórdão do Tribunal Constitucional não apreciou nem decidiu coisa nenhuma,

27ª E, muito em particular, a questão da patente violação do princípio da igualdade de uma norma, bem como do conjunto de normas em que ela se insere no âmbito de um dado diploma legal, que faz recair o essencial do peso das chamadas "medidas de austeridade" sobre cidadãos que trabalham ou que, como os AA., trabalharam uma vida inteira por conta de outrem, por contraposição com a "brandura" das medidas fiscais incidentes sobre os rendimentos do capital.

28ª De todo não corresponde à verdade o argumento e pressuposto daquele Acórdão do TC constante, e que é o de que o Estado não teria exercido, relativamente à Empresa Ré, "influência dominante". Com efeito,

29ª Essa "teoria" de que o Estado não exerceria influência dominante na Empresa Ré não tem qualquer suporte fáctico e está mesmo em completa contradição com aquilo que ela, Empresa, e os diversos órgãos do Estado foram, ao longo dos tempos, apurando, declarando, assumindo e dando por assente! Por outro lado,

30ª Aquela já citada norma do artº 75º da LOE-2014, interpretada e aplicada como o fez a decisão recorrida, o que determina é suspender/cessar o pagamento de complemento de pensões que estava previsto em IRCT's, ou seja, o que faz é não



apenas suspender unilateralmente disposições contratuais livremente acordadas pelas partes de uma dada convenção coletiva,

31ª Como também, para não dizer sobretudo, impedir, para futuro, e em função de uma condição totalmente dependente da vontade e da atuação do Governo e de verificação não apenas totalmente incerta como a ocorrer, ou não, num período temporal absolutamente indeterminado, o estabelecimento de quaisquer derrogações à referida regra da chamada "suspensão" (verdadeira "cessação") do pagamento do complemento.

32ª Mas o que o dito artº 75º da LOE, assim interpretado e aplicado, afinal o que faz é cessar a eficácia das situações jurídicas já perfeita e previamente estabelecidas por convenção coletiva de trabalho vigente,

33ª Pondo em causa esta em si mesma, e violando assim o artº 56º, nº 3 da CRP, o qual garante - e de forma direta e imediata, e não derivada da lei ordinária - o direito à contratação coletiva, e com um mínimo de conteúdo útil (ou "conteúdo essencial").

34ª A tutela que a convenção coletiva de trabalho necessariamente pressupõe - e que a referida garantia constitucional impõe - impede assim que o legislador ordinário lese, e para mais de forma tão marcante e decisiva (corte puro e simples) como aqui o fez, os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho já anteriormente celebrados e em pleno vigor à data da entrada em vigor da lei,

35ª A consagração constitucional do direito à contratação coletiva só é substancialmente respeitada se se respeitar a reserva de convenção coletiva, e esta mesma reserva integra e abrange também o objeto da própria contratação coletiva, significando isso que está vedado ao legislador ordinário imiscuir-se e alterar o "núcleo duro" de matérias que constituem tal objeto.

36ª Os beneficiários do referido complemento de reforma - como os AA. - condicionaram decisões relevantes da sua vida ao direito ou, pelo menos, à legítima expectativa de receberem os complementos de pensões de reforma que lhes estavam garantidos ou, pelo menos, e tal como o TC consagrou no recentíssimo Acórdão nº 3/2016, de 13 de Janeiro, de que tinham a crença legítima e digna de proteção constitucional de que qualquer alteração legislativa, a ter lugar, manteria uma configuração dos referidos complementos de reforma consentânea com a sua finalidade e a sua natureza originais.

37ª Ora, tal consubstancia uma grave e totalmente infundamentada violação do princípio da proteção da confiança, enquanto decorrência do Estado de direito, consagrado, como é sabido, no artº 2º da CRP, tal como o mesmo TC, no supracitado Acórdão, consignou relativamente às subvenções vitalícias dos políticos. Ademais,

38ª Esta medida lançou na fome, na miséria e no desemprego os AA., retirando-lhes nalguns casos mais de metade do que passou a ser, para mais em

plena época de crise, a sua única fonte de subsistência, atirando, só na Empresa Ré, uns milhares de pessoas para uma situação de enorme carência e gravidade económico-financeira,

39º Enquanto o "benefício" (ou seja, a "poupança") alegadamente alcançada com tal medida - aplicável a todas as empresas do Setor Empresarial do Estado e de forma muito particular a duas, o Metro de Lisboa e outra - ascende afinal a 11,3 ou, no máximo, 13 milhões de euros, ou seja, a qualquer coisa como 0,007 ou 0,008 do PIB (!?)!

40º Tudo isto bem mostra o completo desequilíbrio entre o pretensão benefício coletivo que resultaria da medida em causa e as graves desvantagens e prejuízos para os cidadãos afetados, com nova e violenta, desnecessária e totalmente desadequada violação do basilar princípio da proporcionalidade!

41º Não é de todo compaginável com os princípios do Estado de direito exigir-se que o trabalhador de uma empresa do Setor Empresarial do Estado tenha de prever e de ter em conta que o acordo que ele (ou o respetivo Sindicato) celebrou de boa fé com a administração da respetiva entidade empregadora possa afinal não ser cumprido, por o Estado, em cujo Setor Empresarial tal empresa se insere e que a tutela, assim o poder a todo o momento decidir e determinar!?

42º A conformidade constitucional das várias soluções legislativas deve ser aferida por confronto com os preceitos e princípios constitucionais, e não em função da maior ou menor eficiência da solução normativa em causa para conseguir atingir, ou não, estes ou aqueles objetivos de natureza económico-financeira.

43º E estas questões são tanto mais relevantes quanto outras medidas de todo não foram, todavia, adotadas pela referida entidade pública "mãe" (o Estado), designadamente quanto a modificações unilaterais com redução ou até eliminação forçada das contra-prestações do Estado nos contratos de "swaps", nas chamadas "parcerias público-privadas" ou até no âmbito das chamadas "rendas excessivas" no setor dos combustíveis e de energia!

44º A "solução legal" que resulta desta vertente normativa do artº 75º da Lei OE-2014 consubstancia assim um evidente tratamento dos titulares de rendimentos como os de complementos de pensões (como é o caso dos AA.) de forma radicalmente diversa, completa, e totalmente infundamentada, da adotada relativamente aos titulares de outras fontes de rendimentos (como os AA.), maxime os de capital,

45º Impondo-lhes deste modo uma marcada e mesmo gritante diferença de tratamento em absoluto infundada, desadequada, desproporcionada e desnecessária, ou seja, uma autêntica discriminação dos titulares deste tipo de rendimentos relativamente aos restantes cidadãos, o que consubstancia, manifestamente e também por esta via, uma nova e incontornável

inconstitucionalidade material do referido artº 75º da LOE-2014, agora por violação do princípio da igualdade consagrado no artº 13º da CRP.

46º A norma da Lei OE-2014 (o seu artº 75º), interpretada e aplicada como o foi pela mesma Empresa Ré como fundamento para a cessação do pagamento, revela-se multiplamente inconstitucional, também por violação designadamente do direito à contratação coletiva, consagrada no artº 56º, nº 3 da CRP, bem como do princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica, ínsito na ideia do Estado de Direito consagrado no artº 2º da Lei Fundamental, em particular pela ausência de necessidade, de adequação e de proporcionalidade de tal medida, e enfim do princípio da igualdade, consagrado no artº 13º da mesma CRP! Deste modo,

47º A referida cessação pela R. do pagamento aos AA. dos complementos de reforma a que eles têm legítimo direito consubstancia uma conduta ilícita, que faz incorrer a Empresa Ré na obrigação de a fazer de imediato cessar e ainda na obrigação de indemnização de todos os danos materiais e morais dela decorrentes!

48º Por outro lado, afigura-se evidente a desconformidade do artº 75º da Lei nº 83-C/2013, de 31/12, com os princípios e objetivos plasmados nos Tratados e Convenções Internacionais acima mencionados. Com efeito,

49º Não há dúvida de que a Lei do Orçamento de Estado para 2014, tal como as para 2011, 2012 e 2013, implementaram medidas económicas e financeiras no quadro do Direito da União acima mencionado, denominado pelo TJUE como quadro regulamentar para o reforço da governança económica da União e são suscetíveis de lesar direitos fundamentais previstos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

50º Não está em causa uma questão de remuneração ou do setor público "stricto sensu" mas sim o saber se a legislação interna em causa, ao implementar e concretizar direito da União, viola ou não o princípio da igualdade, a proibição de discriminação (artº 2º do Tratado e artºs 20º e 21º da CDFUE), basilares da construção da União, as condições de trabalho dignas (artº 31º, nº 1 da CDFUE), que têm na sua base o valor fundamental do respeito pela dignidade humana e a negociação coletiva, desrespeitando o conteúdo essencial desses direitos fundamentais.

51º A jurisprudência do Tribunal Constitucional aplicou - e agora de forma óbvia para as subvenções vitalícias dos políticos no Acórdão nº 3/2016 - o mecanismo da ponderação de interesses, considerando legítima a restrição do princípio da igualdade por estar em causa o interesse público de consolidação orçamental a que o Estado se encontra vinculado, até por imperativos da União Europeia, mas esqueceu-se de analisar essa igualdade não apenas entre os que trabalham (ou já trabalharam uma vida inteira) num ou noutro setor, mas entre todos

esses cidadãos e os outros que não trabalham, nem trabalharam, mas são titulares de rendimentos do capital.

52ª Importará, por outro lado, analisar e verificar se, efetivamente, a redução prevista nas Leis do Orçamento de Estado e desde logo na Lei OE 2014 e no seu artº 75º, consubstancia tão-só uma questão puramente "interna", ou se, ao invés, o direito da União Europeia não esteve e não continua a estar diretamente conexionado com esta linha estratégica de atuação do Estado. Ora,

53ª Se restasse alguma dúvida de que o Estado aplicou o direito da União através da redução das despesas com o pessoal inserida nas Leis do Orçamento de Estado desde 2011, as justificações apresentadas pelo Governo Português a este respeito, em conformidade, aliás, com o quadro normativo supra descrito, clarificam, de forma definitiva, essa questão.

54ª A "margem de manobra" que o Estado-Membro dispõe para concretizar as orientações de política orçamental consignadas no Memorando de Entendimento de todo não o desvincula da obrigação de salvaguardar os direitos fundamentais plasmados na CDFUE!

55ª Os tribunais nacionais, e desde logo os Tribunais do Trabalho portugueses, o Tribunal da Relação de Lisboa e este Tribunal Constitucional, enquanto tribunais comuns da União Europeia, estão obrigados a averiguar da correta interpretação e aplicação da CDFUE quando esteja em causa o Direito da União Europeia, e o legislador nacional também se encontra estritamente vinculado ao respeito pelos ditames da mesma CDFUE.

56ª O direito a condições de trabalho dignas previsto no referido artº 31º, nº 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da U.E., num sentido amplo e interpretado à luz do princípio, essencial e basilar da dignidade do trabalhador, dos direitos fundamentais consagrados na Carta Social Europeia e do artº 59º, nº 1, al. a) da CRP, corresponde ainda ao direito a uma remuneração justa no ativo e uma prestação de reforma que assegure aos trabalhadores e respetiva família um nível de vida satisfatório, o que necessariamente implica a proibição absoluta da diminuição do respetivo meio de subsistência, sem o acordo do trabalhador, sobretudo no caso de o respetivo contrato, individual ou coletivo, se manter inalterado.

57ª A suspensão ou cessação do pagamento dos complementos de reforma desrespeita também o direito previsto no artº 31º, nº 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da U.E., por não ser de todo previsível nem expectável pelos trabalhadores, os quais não podiam contar com um corte desse complemento, representando diminuições unilaterais e substanciais no seu rendimento anual, chegando mesmo a 60% e colocando em risco o nível de vida e os compromissos de ordem financeira oportunamente assumidos pelos trabalhadores e respetivas famílias.

58ª Não se trata aqui sequer de uma mera questão sobre remuneração "stricto sensu", ou seja, sobre o quantum remuneratório, matéria sobre a qual é vedada qualquer intervenção da União, mas sobre condições de trabalho e de vida alteradas unilateralmente pelo Estado num aspeto primordial para os cidadãos trabalhadores e respetiva família, que é o exato rendimento proveniente direta ou indiretamente da sua atividade profissional, presente ou passado, e com base na qual garantem a sua subsistência.

59ª Por outro lado, a referida Lei do Orçamento de Estado para 2014, em especial no citado artº 75º, ao estabelecer que o regime de suspensão do pagamento dos mencionados complementos de reforma é imposto contra instrumentos de regulamentação coletiva de natureza convencional, prevalecendo sobre os mesmos, é claramente contrária ao direito de negociação coletiva previsto no artigo 28º da Carta e interligado com o artº 56º, nº 3 da CRP.

60ª Importará verificar ainda se, face à Constituição da República Portuguesa, a redução do meio de subsistência imposta aos AA. como ex-trabalhadores de uma Empresa do setor público e para mais com pressupostos referentes a factos que a eles são inteiramente estranhos, e com projeção para o futuro (como já teve em 2015 e continua a ter em 2016), está em conformidade com os direitos fundamentais nessa sede consagrados. Ora,

61ª A retribuição ou a pensão, ou o complemento da pensão do trabalhador não configura apenas uma medida de natureza puramente económico-financeira com a qual se possa "jogar" livremente no quadro de uma política económica, mesmo em situação de crise grave de sustentabilidade das finanças públicas do Estado.

62ª E para responder à questão essencial colocada é antes de mais relevante ter presente o disposto no 1.º da CRP, o qual estabelece que "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária". Por outro lado,

63ª E no capítulo dos Direitos e Deveres Fundamentais, o artº 13º, nº 1 da C.R.P. consagra o princípio da igualdade dos cidadãos em duas vertentes: em face da lei e na sua dignidade social. Ora,

64ª Este preceito constitucional, por respeitar aos "direitos, liberdades e garantias", é diretamente aplicável e vincula as entidades públicas e privadas - v. artº 18º, nº 1 da CRP.

65ª E a lei só pode restringir esses direitos nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos – nº 2 do artº 18º.

66ª Trata-se, assim, de um princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito Democrático, correspondente ao princípio geral de Direito que está inscrito em todas as constituições europeias, e consagrado também no artº 7º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, igualmente vigente na Ordem Jurídica interna portuguesa, e com caráter de Constituição material e, logo, de grau hierárquico superior ao das leis ordinárias internas, designadamente as leis do Orçamento do Estado, por exemplo a LOE-2014.

67ª Na Carta Social Europeia, as Partes subscritoras reconheceram como objetivo de uma política que prosseguirão por todos os meios úteis, nos planos nacional e internacional, a realização de condições próprias a assegurar o exercício efetivo de todo um conjunto de direitos e princípios.

68ª Os direitos fundamentais consagrados na Carta Social Europeia e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores devem, segundo o artº 151º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, ser atendidos pela União e Estados-Membros na prossecução dos objetivos da política social.

69ª Neste sistema multinível em que na Ordem Jurídica portuguesa se integra, existe consenso no que respeita ao facto de a remuneração ou prestação de reforma ou complemento desta não se cingir ao mero aspeto económico, na medida em que elas estão estritamente ligadas ao bem estar do trabalhador e da sua família, numa palavra, a uma existência digna!

70ª O "Princípio da Dignidade Humana", em que, nos termos do já citado artº 1º da CRP, a República Portuguesa se baseia tem de ser perspectivado, na sociedade atual, de uma forma inovadora, deixando de fazer sentido a sua invocação tão só em casos-limite.

71ª No campo dos direitos sociais, justifica-se plenamente o apelo a esse direito fundador nos casos que configuram exclusões sociais e/ou degradação significativa das condições de vida dos trabalhadores resultante da redução inesperada e drástica do seu meio de subsistência e das condições de vida e de trabalho em geral.

72ª Assim, e como decorrência de todo este acervo normativo que se vem de referir e analisar, forçoso se torna concluir que o artº 75º da Lei nº 83-C/2013, de 31/12, ao proibir o pagamento dos complementos de reforma apenas aos trabalhadores das empresas do setor público empresarial, manifestamente violou também o princípio da igualdade, em ambas as vertentes, e o princípio da proibição da discriminação.

73ª A violação do princípio da igualdade verifica-se não só perante a lei mas sobretudo no que concerne à dignidade social dos trabalhadores.

74ª Por isso, uma redução do meio de subsistência de quem trabalha ou já trabalhou uma vida inteira, e que se assume como diminuição de salários e/ou o

congelamento de acréscimos retributivos ou complementos de pensões, sem que seja declarado o estado de sítio ou o estado de emergência constitui uma flagrante violação daquele princípio elementar de tratamento igualitário, e, mais do que isso, ofende o princípio da dignidade social e humana dos trabalhadores.

75ª É que a redução de salários, tal como da prestação retributiva para os trabalhadores na pré-reforma e complemento da pensão de reforma para os reformados, na medida em que coloca em risco o nível de vida e os compromissos de ordem financeira assumidos pelos trabalhadores e respetiva família anteriormente a essa redução, viola, e viola gravemente, a garantia a uma existência condigna através da retribuição prevista no nº 1, al. a) do artigo 59º da CRP, e que é aplicável a todo o tipo de contrapartidas, simultâneas ou subsequentes, da prestação de trabalho.

76ª As restrições aos direitos sociais mais elementares dos trabalhadores impostas pelo Estado Português aos AA. como ex-trabalhadores do setor público empresarial, sendo que a sustentabilidade das finanças públicas prosseguida pelos orçamentos do Estado é um assunto da responsabilidade de todos os cidadãos, configura ainda uma discriminação em razão do vínculo laboral e que, por não ser previsível nem expectável pelos visados, é manifestamente contrária ao direito a uma existência condigna prevista no artigo 59º, nº 1, al. a) da CRP.

77ª E a natureza imperativa deste regime que decorre do referido artigo 75º da LOE, no sentido de que prevalece sobre quaisquer outras normas legais ou convencionais em contrário, viola, e de forma óbvia, a autonomia coletiva consagrada no artigo 56º da CRP já que neutralizou os resultados da negociação coletiva previstos nos instrumentos de regulamentação coletiva.

78ª O artº 75º da LOE é assim, e por todas estas razões - que, como se vê, extravasam por completo as temáticas e as questões aludidas, analisadas e decididas pelo Acórdão do Tribunal Constitucional nº 413/2014 - múltipla e materialmente inconstitucional e violador de normas de direito internacional de valor de Constituição material e, logo, hierarquicamente superior.

79ª A decisão ora sob recurso passou, afinal, por completo ao lado de todas as questões que supra se colocaram e analisaram, e se limitou a fazer uma espécie de uma confirmação tabelar da sentença da 1ª instância e de um "copy paste" do texto do Acórdão nº 413/2014 do TC.

80ª Sustentar que não houve violação do princípio da confiança no caso dos AA. porquanto quem teria formalizado a obrigação do pagamento dos complementos de reforma teriam sido as administrações das empresas do sector público empresarial e quem agora decidiu o não pagamento de tais complementos era o Estado, para além de representar a completa, absurda e intolerável hipervalorização da formalidade sobre a materialidade, configura mesmo uma

arrepiante e constitucionalmente inadmissível insensibilidade face à proteção da dignidade da pessoa humana e aos princípios fundamentais de um Estado de direito.

81ª Não é de toda verdade que os complementos não tenham natureza retributiva, não só no sentido de constituírem, ou não, salários, mas sim e sobretudo no de serem uma contrapartida de uma vida inteira de trabalho e de consubstanciarem o (único) meio de subsistência de quem assim, tal como os AA., trabalhou.

82ª E, mais, o que foi livre e formalmente convencionado no âmbito de um negócio jurídico livre e eficazmente celebrado entre as partes dos contratos de trabalho dos AA. não foi uma liberalidade, uma facilidade ou um "benefício", mas sim um direito.

83ª Acresce que nem está demonstrada a existência de um verdadeiro interesse público na solução consagrada nem muito menos que os respetivos pressupostos se ajustem à realidade, dimensão e, mesmo, brutalidade da medida.

84ª E não basta a invocação, ou sequer a própria demonstração, de um fim público legítimo para logo justificar todos os meios alegadamente destinados a alcançá-los, já que o que caracteriza na sua essência um Estado de direito é precisamente que "os fins (mesmo os mais legítimos) não justificam (todos) os meios"!

85ª Argumentar com a suposta finalidade da contribuição para o saneamento financeiro e consolidação das empresas públicas e da não menor suposta adequação de uma medida que, ao mesmo tempo que cobra menos 220 milhões de euros aos titulares dos rendimentos do capital, confisca a trabalhadores reformados do Metro de Lisboa, com pensões da ordem apenas das centenas ou, quando muito, de um milhar de euros mensais uma parcela de 40, 50 ou 60 desse valor, para assim conseguir obter o valor, no máximo, de 13,5 milhões de euros, não tem o menor vislumbre de fundamento.

86ª A teoria de que a fixação, por contratação coletiva, de complementos de prestação de reforma não teria um suporte jurídico-constitucional, por se tratar de meros "benefícios" e, logo, estes não fazerem parte do núcleo duro do direito de contratação coletiva, não integrando o seu conteúdo essencial, também não tem qualquer fundamento, quer na letra, quer na "ratio" da Lei Fundamental.

87ª Quanto a direitos que têm natureza obrigacional privada, não se integrando por isso no sistema de segurança social pública, é que precisamente faz sentido que eles façam, ou possam fazer, parte do âmbito da própria contratação coletiva, mais ainda quando eles foram livre, expressa e formalmente negociados no momento temporal e nos estritos condicionalismos e pressupostos em que aqui o foram.

88ª Pretender que, por a Ré se tratar de uma Empresa do Setor Público Empresarial, o mesmo Estado poderia legitimamente determinar, por via legislativa



ou outra qualquer, que a regra do "pacto sunt servanda" poderia ser livremente afastada porque os AA. teriam sido suficientemente tolos para acederem a celebrar com a R. o seu contrato de trabalho, o seu acordo de pré-reforma ou a sua ida para a reforma, já que deveriam saber que a tutela em qualquer momento poderia mandar cessar o pagamento do complemento que fora requisito essencial para a formação dessa sua vontade de contratar, representa uma violação, gravíssima, do princípio da proteção da confiança, inferível do artº 2º da CRP e um absurdo tão monstruoso que os valores e os princípios vigentes, e não suspensos, na nossa Ordem Jurídica, bem como a sensibilidade jurídica e o sistema de Justiça dominantes na nossa Sociedade, claramente repudiam e impedem.

89º Nestes termos, sendo patente a múltipla inconstitucionalidade e contraditoriedade com os preceitos supra nacionais acima citados do artº 75º da LOE-2014 e, logo, não podendo vigorar na Ordem Jurídica Portuguesa, deve tal inconstitucionalidade ser declarada, com a revogação do Acórdão recorrido e todas as demais consequências jurídicas.»

5. O recorrido Metropolitano apresentou contra-alegações, formulando as seguintes conclusões:

«A) Nos termos do disposto no artigo 280.º da CRP, cabe ao Tribunal Constitucional a competência para apreciar a legalidade da aplicação de normas cuja inconstitucionalidade foi suscitada no processo.

B) Por outro lado, a alegação da violação de legislação comunitária constitui uma alteração do pedido, face à forma como os Recorrentes o conformaram na Pl., pelo que a mesma não pode ser levado em conta na presente fase processual.

C) Contudo, ainda que assim não se entendesse, as decisões até à data proferidas pelo Tribunal Europeu de Justiça e pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vão no sentido, respetivamente, de uma ausência de jurisdição sobre matéria que não envolve questões de direito europeu e de confirmação da legalidade de uma questão semelhante à discutida nos presentes autos.

D) Acresce que decisão recorrida não enferma de qualquer vício de inconstitucionalidade.

E) Através do Acórdão nº 413/2014, o Tribunal Constitucional veio considerar que o artigo 75.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro não enfermava de qualquer inconstitucionalidade, particularmente no que se referia a uma alegada violação do princípio da proteção da confiança, do princípio da igualdade, do princípio da proporcionalidade, nem tão pouco do princípio da contratação coletiva.

F) Do mesmo modo, o Tribunal Constitucional, através das decisões proferidas nos Autos de Recurso n.º 826/15 e n.º 652/15, ambos da 1.ª Secção, n.º 437/16 e 29/17, da 2.ª Secção e n.º 1/17 da 3.ª Secção do Tribunal Constitucional, também já se

pronunciou, agora em sede de apreciação concreta da constitucionalidade, sobre a constitucionalidade da referida norma, tendo igualmente concluído pela sua constitucionalidade.

G) Pelo que, tendo o Tribunal Constitucional já concluído pela constitucionalidade em termos abstratos e confirmando-se, agora já em duas decisões, também a constitucionalidade em termos concretos do artigo 75.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, o cumprimento pela Recorrente do disposto na norma legal que determina a suspensão do pagamento dos complementos de pensão prevista neste artigo, não pode merecer qualquer censura de um ponto de vista jurídico.

H) Acresce que os Recorrentes conforme conformaram a sua P.I., não invocaram quaisquer factos concretos que possam justificar a reanálise da constitucionalidade da norma no presente processo em termos concretos.

I) Uma vez que a causa de pedir conforme foi formulada pelos Recorrentes na presente ação é única e exclusivamente a inconstitucionalidade abstrata da norma.

J) Refira-se ainda que no caso presente não se verifica a violação de qualquer princípio constitucional.

K) Não se verifica qualquer violação do princípio da igualdade, uma vez que a medida que aqui está em causa, o eventual direito ao pagamento de um complemento pago pela Recorrida que acresce à pensão da segurança social, constitui um benefício extraordinário dos Recorrentes, no quadro dos direitos da generalidade dos trabalhadores do setor privado e também do setor público.

L) O complemento de pensão auferido pela maioria dos Recorrentes constitui em muitos casos um benefício discricionário e gestionário que não se enquadra na lei nem no normativo do Acordo de Empresa.

M) Acresce que a Recorrida e os sindicatos negociaram já uma alteração do enquadramento jurídico do complemento de pensão, por forma a excluir este benefício dos trabalhadores admitidos após 2003, situação que já evidenciava as dificuldades da Recorrida no pagamento do complemento de pensão aos seus ex-trabalhadores.

N) Deve ainda ser referido que a comunidade de trabalho da Recorrida sempre teve por isso consciência da situação económica e financeira da empresa e das conseqüentes dificuldades em manter o pagamento deste benefício.

O) Não se verifica, portanto, qualquer violação dos princípios constitucionais da contratação coletiva, nem tão pouco da proteção da confiança.

P) Acresce ainda que a suspensão do pagamento do complemento de pensão, determinado pela LOE 2014, constitui uma medida transitória que já foi

revogada, tendo-se retomado o pagamento do complemento de pensão num quadro de reequilíbrio económico-financeiro da Recorrida.

Q) Esta revogação ocorreu com a entrada em vigor da LOE para 2016.

R) Relativamente ao conteúdo do acórdão do TC n.º 3/2016 de 13.01.2016 refira-se que o mesmo não só não alterou, como veio confirmar o sentido da anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional relativamente à conformação constitucional do princípio da confiança.

S) De facto, a jurisprudência do Acórdão proferida neste processo não se pode aplicar ao caso presente, uma vez que os complementos de pensão constituem um benefício com uma natureza privatística, resultante de uma negociação entre os trabalhadores e uma entidade empresarial, inexistindo por isso qualquer relação com o Estado.

T) Enquanto no caso das subvenções de que beneficiam os ex-titulares de cargos políticos, matéria analisada no âmbito daquele acórdão, está em causa precisamente um compromisso assumido pelo Estado perante um determinado grupo de cidadãos.

U) Assim, no caso das subvenções dos políticos, está efetivamente em causa o respeito pelo princípio da confiança uma vez que estamos perante uma relação que se desenvolve entre o Estado e os cidadãos, o que não acontece no caso dos Recorrentes cuja relação se enquadra apenas no âmbito de uma relação de natureza laboral.

V) Sendo ainda de notar, repita-se, que os Recorrentes não alegam quaisquer factos nem nenhuma situação concreta que justifique uma reanálise, em concreto, da constitucionalidade do artigo 75.º da Lei n.º 83-C/2013.»

Cumprе apreciar e decidir.

## II. Fundamentação

6. O presente recurso tem como objeto a norma contida no artigo 75.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, diploma que aprovou o Orçamento do Estado para o ano de 2014 (LOE 2014), no sentido em que impõe a suspensão do pagamento de complementos de pensão, consagrados em Instrumento de Regulamentação Coletiva, aos trabalhadores reformados de empresas do setor público empresarial que tenham apresentado resultados líquidos negativos nos três últimos exercícios apurados, à data de entrada em vigor da referida Lei.

Com efeito, esse foi o critério normativo de decisão mobilizado pelo tribunal recorrido, como avulta dos fundamentos de facto – onde se deu como provado que cada um dos autores recebera mensalmente da Ré à entrada em vigor da LOE de

2014 determinada quantia, a título de complemento de reforma, e que, a partir dessa data, a Ré «suspendeu o pagamento dos complementos de pensão aos seus ex-trabalhadores em situação de reforma e familiares, beneficiários deste abono» - , e do percurso fundamentador do acórdão recorrido na vertente jurídico-constitucional, todo orientado para o controlo da norma contida no artigo 75.º da Lei n.º 83-C/2013, assim como pela verificação do respeito pelo referido sentido normativo dos diversos parâmetros de constitucionalidade invocados pelos aqui recorrentes.

7. O artigo 75.º da Lei n.º 83-C/2013, estabelece o seguinte:

«Artigo 75.º

Complementos de pensão

1 — Nas empresas do setor público empresarial que tenham apresentado resultados líquidos negativos nos três últimos exercícios apurados, à data de entrada em vigor da presente lei, apenas é permitido o pagamento de complementos às pensões atribuídas pelo Sistema Previdencial da Segurança Social, pela CGA ou por outro sistema de proteção social, nos casos em que aqueles complementos sejam integralmente financiados pelas contribuições ou quotizações dos trabalhadores, através de fundos especiais ou outros regimes complementares, nos termos da legislação aplicável.

2 — O disposto no número anterior aplica-se ao pagamento de complementos de pensão aos trabalhadores no ativo e aos antigos trabalhadores aposentados, reformados e demais pensionistas.

3 — O pagamento de complementos de pensão pelas empresas a que se refere o n.º 1, fora das condições estabelecidas nos números anteriores, encontra-se suspenso.

4 — Excetua-se do disposto nos números anteriores o pagamento de complementos de pensão pelas empresas que já os realizavam em 31 de dezembro de 2013, nos casos em que a soma das pensões auferidas pelo respetivo beneficiário do Sistema Previdencial da Segurança Social, da CGA e de outros sistemas de proteção social seja igual ou inferior a € 600 mensais.

5 — Nos casos a que se refere o número anterior, o valor mensal do complemento de pensão encontra-se limitado ao valor mensal de complemento de pensão pago a 31 de dezembro de 2013 e à diferença entre os € 600 mensais e a soma das pensões mensais auferidas pelo respetivo beneficiário do Sistema Previdencial da Segurança Social, da CGA e de outros sistemas de proteção social.

6 — O pagamento de complementos de pensão é retomado num contexto de reposição do equilíbrio financeiro das empresas do setor público empresarial, após a verificação de três anos consecutivos de resultados líquidos positivos.

7 — O regime fixado no presente artigo tem natureza imperativa, enquanto se verificarem as condições nele estabelecidas, prevalecendo sobre contratos de trabalho ou instrumentos de regulação coletiva de trabalho e quaisquer outras normas legais, especiais ou excepcionais, em contrário, não podendo ser afastado ou modificado pelas mesmas.»

Refira-se que esse regime deixou de ter aplicação em 31 de março de 2016, porquanto, nos termos n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 11/2016, de 4 de abril, foi «reposto o pagamento de todos os complementos de pensão nas empresas do sector público empresarial aos trabalhadores no ativo e aos antigos trabalhadores aposentados, reformados e demais pensionistas», com efeitos reportados à entrada em vigor do OE de 2016.

8. Em plano argumentativo autónomo relativamente aos parâmetros com assento na Constituição que têm como violados, esgrimem os recorrentes um conjunto de questões, com o que pretendem ver confrontada a dimensão normativa sindicada com parâmetros de direito europeu.

Inscribe-se nessa linha, na qual se esteia a afirmação de que o presente recurso comporta a colocação de problemas que transcendem aqueles apreciados no Acórdão n.º 413/2014, a afirmação de que a norma integra «medida de consolidação orçamental escolhida pelo Estado Português no sentido de cumprir e implementar o direito da União» e de que «se o Juiz nacional tem dúvidas (...) sobre a interpretação e aplicação das normas de direito nacional de modo conforme com os preceitos e princípios do ordenamento jurídico comunitário, então deverá proceder ao reenvio prejudicial do processo ao Tribunal de Justiça da União europeia, para apreciação e decisão de tal questão de (in)conformidade» (conclusões 16.ª a 20.ª). Como, ainda, a indicação de que «a legislação interna em causa» implementa e concretiza direito da União vinculante, suscitando os recorrentes a violação dos artigos 20.º, 21.º, 28.º e 31.º, n.º 1 do CDFUE (conclusão 50.ª).

Falece, porém, fundamento à pretensão de formulação de reenvio prejudicial, aliás, apenas avançada no recurso para este Tribunal.

Desde logo, o Tribunal tem entendido que, independentemente do reconhecimento constitucional do primado do direito da União Europeia, de acordo com o n.º 4 do artigo 8.º da Constituição, a desconformidade de norma legislativa interna com as normas comunitárias, de direito originário ou derivado, não constitui um problema de constitucionalidade que se integre na esfera cognitiva deste Tribunal (Acórdãos n.º 569/2016, 137/2017 e 841/2017).

Acresce que a admissibilidade de pedidos de decisão prejudicial com vista ao confronto de legislação de um Estado Membro com normas fundamentais acolhidas na CDFUE depende da demonstração de que o regime nacional em questão comporta uma conexão precípua com normas positivadas no direito da União, não bastando a simples invocação paramétrica da Carta e a indicação do direito interno em equação. Como referido no Acórdão n.º 328/2019, «decorre da jurisprudência do TJUE que a decisão de reenvio judicial deve conter uma exposição das razões que o levam o órgão jurisdicional a interrogar-se sobre a interpretação ou a validade de certas disposições do direito da União, bem como o nexos que se estabelece essas disposições e a legislação nacional em causa (artigo 94.º, alínea c) do Regulamento de Processo)», o que significa que «[a]usente ou falhada tal demonstração, não se está perante «aplicação do direito da União», na aceção do artigo 51.º da Carta, carecendo o TJUE de competência para apreciar pedido que lhe seja dirigido com tal objeto».

Ora, nem os recorrentes não identificam qual a disposição ou disposições de Direito da União Europeia a que, na sua ótica, foi dada execução através da medida de suspensão do pagamento de complementos de pensão, nem, paralelamente, concretizam o teor da questão ou questões que entendem dever ser colocadas ao TJUE. Em boa verdade, limitam-se a invocar genericamente o instituto do reenvio prejudicial e as injunções decorrentes da Carta, o que, como se disse, não basta para legitimar a mobilização do instituto, por inverificados os pressupostos exigidos pelo artigo 267.º do TFUE.

De todo o modo, e como os recorrentes reconhecem (conclusões 17.ª a 19.ª), o nível de proteção conferido no âmbito material em análise pelo catálogo de direitos fundamentais contida na Carta, não é superior à que resulta da Constituição da República Portuguesa. Aliás, *in casu*, a problematização desenvolvida pelos recorrentes em alegações no âmbito dessa segunda linha argumentativa não se distingue da que consubstancia a invocação paramétrica de princípios com assento na Constituição.

9. Como referido pelo tribunal a quo e reconhecido pelas partes, a questão de inconstitucionalidade colocada no presente recurso não é nova. O Tribunal apreciou já, no Acórdão n.º 413/2014, proferido pelo Plenário em sede de fiscalização abstrata sucessiva, a conformidade constitucional da medida de suspensão de pagamento de complementos de pensão, consubstanciada na norma sindicada, concluindo por julgamento negativo de inconstitucionalidade, entendimento também aplicado em fiscalização concreta, mormente nos Acórdãos n.ºs 103/2016 (1.ª Secção), 168/2016 (1.ª Secção), 170/2016 (1.ª Secção), 241/2017 (3.ª Secção) e 729/2017 (2.ª Secção).

A fundamentação em que se alicerçou o juízo foi a seguinte:

«B) Normas do artigo 75.º (complementos de pensão)

48. Os autores dos pedidos correspondentes aos Processos n.ºs 14/14 e 47/14 suscitam a questão da constitucionalidade da norma do artigo 75.º da Lei n.º 83-C/2013, referente a complementos de pensão, por considerarem que a mesma contende com o princípio da proteção da confiança, ínsito no princípio do Estado de direito democrático, com o princípio da igualdade e com o princípio da proporcionalidade, também decorrente do princípio do Estado de direito democrático. Vem ainda invocada a violação do direito de contratação coletiva, uma vez que o n.º 7 daquele preceito determina que o regime aí fixado tem natureza imperativa, prevalecendo, por isso, sobre instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

O artigo 75.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro (LOE 2014) estabelece o seguinte:

#### Artigo 75.º

##### Complementos de pensão

1 — Nas empresas do setor público empresarial que tenham apresentado resultados líquidos negativos nos três últimos exercícios apurados, à data de entrada em vigor da presente lei, apenas é permitido o pagamento de complementos às pensões atribuídas pelo Sistema Previdencial da Segurança Social, pela CGA ou por outro sistema de proteção social, nos casos em que aqueles complementos sejam integralmente financiados pelas contribuições ou quotizações dos trabalhadores, através de fundos especiais ou outros regimes complementares, nos termos da legislação aplicável.

2 — O disposto no número anterior aplica-se ao pagamento de complementos de pensão aos trabalhadores no ativo e aos antigos trabalhadores aposentados, reformados e demais pensionistas.

3 — O pagamento de complementos de pensão pelas empresas a que se refere o n.º 1, fora das condições estabelecidas nos números anteriores, encontra-se suspenso.

4 — Excetua-se do disposto nos números anteriores o pagamento de complementos de pensão pelas empresas que já os realizavam em 31 de dezembro de 2013, nos casos em que a soma das pensões auferidas pelo respetivo beneficiário do Sistema Previdencial da Segurança Social, da CGA e de outros sistemas de proteção social seja igual ou inferior a € 600 mensais.

5 — Nos casos a que se refere o número anterior, o valor mensal do complemento de pensão encontra-se limitado ao valor mensal de complemento de pensão pago a 31 de dezembro de 2013 e à diferença entre os € 600 mensais e a

soma das pensões mensais auferidas pelo respectivo beneficiário do Sistema Previdencial da Segurança Social, da CGA e de outros sistemas de proteção social.

6 — O pagamento de complementos de pensão é retomado num contexto de reposição do equilíbrio financeiro das empresas do setor público empresarial, após a verificação de três anos consecutivos de resultados líquidos positivos.

7 — O regime fixado no presente artigo tem natureza imperativa, enquanto se verificarem as condições nele estabelecidas, prevalecendo sobre contratos de trabalho ou instrumentos de regulação coletiva de trabalho e quaisquer outras normas legais, especiais ou excepcionais, em contrário, não podendo ser afastado ou modificado pelas mesmas.

49. Os pedidos vêm sustentados, em síntese, nas seguintes razões:

a) O artigo 75.º da LOE 2014 impõe que nas empresas do setor público empresarial que tenham apresentado resultados líquidos negativos nos três últimos exercícios apurados apenas seja permitido o pagamento de complementos às pensões atribuídas pelo Sistema Previdencial da Segurança Social, pela CGA ou por outro sistema de proteção social, nos casos em que aqueles complementos sejam integralmente financiados pelas contribuições ou quotizações dos trabalhadores, através de fundos especiais ou outros regimes complementares;

b) Trata-se de uma *conditio impossibilis*, dada a fáctica inexistência de tais fundos em diversos casos, notória e documentável, acoplada, no tocante à delimitação do âmbito de aplicação temporal, por outra condição (a reposição do equilíbrio financeiro das empresas do setor público empresarial, após a verificação de três anos consecutivos de resultados líquidos positivos) cuja verificação é impossível face à esperança de vida dos trabalhadores afetados;

c) Pelo que o alcance das normas é, pura e simplesmente, a ablação unilateral pelo Estado de montantes negociados e devidos;

d) Os complementos de reforma surgem na sequência de negociação de reformas antecipadas em empresas, com a respetiva penalização, sendo que os trabalhadores abrangidos não teriam feito essa opção e teriam preferido aguardar pelo fim das respetivas carreiras contributivas, se tivessem a mínima suspeita de que no seu horizonte de vida alguma medida legislativa pudesse vir a alterar negativamente o quadro legal em que fez assentar as suas expectativas;

e) As expectativas de continuidade eram absolutas, legítimas, justificadas e fundadas em boas razões e todos os trabalhadores nessa situação traçaram os seus planos de vida baseados na convicção da continuidade do comportamento estadual;

f) As normas do artigo 75.º da LOE 2014 contêm soluções legislativas manifestamente assistemáticas e desenquadradas de qualquer esforço global de



sustentabilidade do sistema público de proteção social e de repartição intergeracional e intrageracional, merecendo por isso o mesmo destino que as normas que estiveram em apreciação no acórdão n.º 862/2013 desse Tribunal, isto é, a declaração de inconstitucionalidade por violação do princípio da proteção da confiança;

g) Mas, para além disso, aquelas normas do artigo 75.º da LOE 2014 violam também o princípio da igualdade. Visivelmente, o legislador isolou categorias ou classes específicas de pensionistas, com apenas algumas dezenas ou poucas centenas de pessoas e introduziu diferenciações que nem sequer parecem ter um fundamento racional, desse modo violando a versão mais elementar do princípio geral da igualdade como proibição do arbítrio;

h) Designadamente, a norma prevista no n.º 3 do artigo 75.º da LOE 2014 tem consequências demolidoras para os trabalhadores já reformados e pensionistas do Metropolitano de Lisboa e Z., conduzindo, pelo menos ao nível do Metropolitano de Lisboa, a cortes no valor total bruto da pensão recebida que pode ultrapassar os 60%;

i) Ora, é inequívoco que é o Estado que define os objetivos das empresas do setor público empresarial e que condiciona/aprova a política tarifária, no entendimento, partilhado por todos os governos, de que as tarifas praticadas em redes urbanas de grandes cidades têm sempre uma componente social que não permite cobrir os custos de produção do transporte;

j) Por conseguinte, a existência de resultados líquidos negativos não é imputável aos trabalhadores ou aos ex-trabalhadores, que nada poderiam fazer para que eles fossem ou deixassem de ser negativos. Nesse contexto, escolher como "razão" ou critério da diferenciação entre grupos de pensionistas a circunstância da existência ou não de resultados líquidos negativos da respetiva empresa torna a medida completamente arbitrária e remete-a para o domínio da irracionalidade;

l) As normas do artigo 75.º da LOE 2014 violam também o princípio da proporcionalidade. Desde logo porque, conforme se alegou a propósito do artigo 33.º, o próprio legislador, pelos seus comportamentos noutras zonas da política orçamental, mostra que existe margem para medidas alternativas menos drásticas para estas categorias específicas de beneficiários da proteção social. Consequentemente, há violação do segmento da necessidade;

m) O número de trabalhadores afetados pelas medidas em apreço não permite que se considere que está aqui em causa o cumprimento dos acordos internacionais que têm servido de justificação às medidas penalizadoras dos rendimentos do trabalho e das pensões, nem assumem qualquer dimensão digna de nota quanto à sustentabilidade da segurança social. Não se trata manifestamente de uma medida idónea, indispensável, ou proporcional;

n) E há também violação do segmento da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que o sacrifício imposto, particularmente quando analisado pelo ângulo individual de cada uma das pessoas atingidas, é de tal forma intenso que não é justificado pela obtenção de ganhos de consolidação orçamental manifestamente escassos;

o) Segundo o n.º 7 do artigo 75.º, o regime fixado tem natureza imperativa, enquanto se verificarem as condições nele estabelecidas, prevalecendo sobre contratos de trabalho ou instrumentos de regulação coletiva de trabalho e quaisquer outras normas legais, especiais ou excecionais, em contrário, não podendo ser afastado ou modificado pelas mesmas. É assim posto em causa o direito de contratação coletiva (artigo 56.º, n.º 3, da Constituição), na medida em que são revogadas normas livremente acordadas entre as partes e é afastada a possibilidade de negociações futuras sobre a matéria.

#### Âmbito e alcance do artigo 75.º

50. A previsão do artigo 75.º reporta-se diretamente às empresas do setor público empresarial que tenham apresentado resultados líquidos negativos «nos três últimos exercícios apurados, à data de entrada em vigor da» Lei n.º 83-C/2013, e determina, observados determinados pressupostos, a suspensão do pagamento de complementos às pensões atribuídas por sistemas de proteção social, nomeadamente pelo sistema previdencial da segurança social e pela CGA, que não sejam «integralmente financiados pelas contribuições ou quotizações dos trabalhadores, através de fundos especiais ou outros regimes complementares, nos termos da legislação aplicável» até que se mostre reposto o equilíbrio financeiro das empresas em causa. O significado e alcance desta norma encontram-se a partir daquele âmbito de aplicação subjetivo e objetivo, indiciando a sua estrutura e a sua ratio tratar-se de disposição não especificamente orçamental, mas antes de norma de natureza conjuntural dirigida a disciplinar aspetos particulares do sistema normativo próprio do setor público empresarial. No mesmo sentido concorre, de resto, a ausência de qualquer limite temporal quanto à cessação da produção de efeitos.

Recorde-se que o regime jurídico do citado setor foi poucos meses antes da aprovação da Lei n.º 83-C/2013 objeto de uma significativa reforma – constante do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro – tendo em vista prosseguir, entre outros, o objetivo de reforçar as condições de eficiência e eficácia, operacional e financeira, de todas as empresas nele integradas e de, por essa via, contribuir para o controlo do endividamento do setor público, e de submeter a um mesmo regime as matérias nucleares referentes a todas as organizações empresariais direta ou indiretamente detidas por entidades públicas, de natureza administrativa ou empresarial, independentemente da forma jurídica que assumam (cfr. o preâmbulo do citado

decreto-lei). Nesse contexto, uma primeira alteração a assinalar respeitou a um efetivo alargamento do âmbito subjetivo de aplicação do regime das empresas públicas, passando a abranger todas as organizações empresariais em que o Estado ou outras entidades públicas, possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante (artigo 3.º). Uma segunda alteração relevante consistiu no alargamento do âmbito sectorial de aplicação deste regime jurídico, introduzindo o conceito de setor público empresarial, o qual integra o setor empresarial do Estado, assim como o setor empresarial local (artigo 2.º, n.º 1).

Por outro lado, estabelecem-se regras claras referentes à limitação do endividamento das empresas públicas não financeiras, de forma a impedir o avolumar de situações que contribuam para o aumento da dívida e do desequilíbrio das contas do setor público. E pretende-se estabelecer um regime jurídico mais exigente, mas também mais claro, transparente e eficaz, no que respeita ao controlo da legalidade e da boa gestão pública na alocação de recursos públicos para a prossecução de atividades em modo empresarial (cfr. artigos 43.º a 45.º).

Cumprir notar igualmente que o setor empresarial do Estado integra as empresas públicas e as empresas participadas por entidades públicas estaduais (artigos 2.º, n.º 2, 7.º e 8.º, n.º 1), determinando as participações públicas de carácter local em empresas comerciais que estas últimas também integrem o setor empresarial local (artigos 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 133/2013 e 1.º, n.º 3, 3.º, 4.º 7.º e 51.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto – regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais).

51. A relação entre o interesse na sustentabilidade das contas do setor público e a situação financeira das empresas públicas encontra-se ainda subjacente ao próprio regime definido na Lei de Enquadramento Orçamental, aprovada pela Lei n.º 91/2001, republicada com as alterações subseqüentes pela Lei n.º 37/2013, de 14 de junho.

De acordo com o respetivo artigo 10.º, o «Orçamento do Estado subordina-se ao princípio da equidade na distribuição de benefícios e custos entre gerações», sendo que a equidade intergeracional incluirá necessariamente a incidência orçamental, entre outras, «das necessidades de financiamento do setor empresarial do Estado» (n.º 2, alínea e). Para além disso, o relatório da proposta de Lei do Orçamento do Estado, que «contém a apresentação e a justificação da política orçamental proposta», incluirá obrigatoriamente, entre outras informações, a análise dos principais elementos relativos à situação do endividamento global do conjunto das empresas públicas (incluindo as regionais e locais), bem como às «transferências orçamentais para as empresas públicas e outras instituições não integradas no setor público administrativo» (artigo 37.º, n.º 1, alíneas h) e q).

Em consonância com tal previsão, o Relatório que acompanhou a Proposta do Orçamento para 2014 contém informação detalhada sobre a situação das

empresas públicas, aí se afirmando, a propósito do setor empresarial do Estado, os seguintes objetivos (págs. 72-73):

(i) Em matéria de redução dos gastos operacionais, dar «continuidade à reestruturação das empresas públicas e à criação de condições para assegurar a sustentabilidade económica e financeira destas empresas, bem como contribuir para a diminuição da despesa do Estado, sem colocar em causa a prestação do serviço público»;

(ii) No que se refere ao endividamento, conter «o acréscimo do endividamento financeiro para a generalidade das empresas [...], limitando o crescimento do endividamento das empresas públicas [...]. Mais ainda, pretendendo-se dar início a um processo de reforço do capital próprio de algumas empresas públicas reclassificadas, consubstanciado na atribuição de dotações de capitais e/ou conversão de créditos do Estado em capital, os limites de acréscimo do endividamento deverão contemplar as referidas operações financeiras de recapitalização.»

No mesmo Relatório reconhece-se igualmente que a «execução das medidas de reestruturação do SEE [setor empresarial do Estado] em curso, tais como redução dos gastos correntes, reestruturação do financiamento, extinção, fusão, privatização e concessão de empresas tem reflexos no esforço de consolidação orçamental e redução dos níveis de dívida pública» (pág. 77).

De todo o modo, conforme também se clarifica no citado Relatório, o «impacto da materialização dos riscos operacionais do SEE no Orçamento do Estado» será, no entanto, «diferente consoante se trate de empresas integradas, ou não, no perímetro de consolidação das Administrações Públicas». No primeiro caso – que corresponderá à situação das empresas públicas reclassificadas –, «o impacto será por via da consolidação dos resultados das empresas do perímetro», enquanto no segundo caso – que dirá respeito à situação das empresas não reclassificadas-, «o retorno para o acionista público será mediante um eventual aumento de prejuízos ou redução dos resultados traduzidos em dividendos» (pág. 78).

52. Segundo o artigo 2.º, n.º 5, da Lei de Enquadramento Orçamental, aprovada pela Lei n.º 91/2001, são entidades públicas reclassificadas aquelas que, independentemente da sua natureza e forma, sejam incluídas no setor público administrativo no âmbito do Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais SEC 95 a que se refere o Regulamento (CE) n.º 2223/96 do Conselho, de 25 de junho de 1996, (Jornal Oficial, série L, n.º 310, de 30 de novembro de 1996). Conforme referido no Relatório OE 2014, pág. 79:

«A reclassificação de empresas do setor empresarial do Estado dentro do perímetro de consolidação das Administrações Públicas (na ótica de contabilidade nacional) poderá ocorrer caso se verifique um de três critérios relacionados com o

nível de inserção em mercados concorrenciais e com o grau de dependência do acionista público:

(i) Nível de receitas mercantis inferior a 50% dos encargos com o desenvolvimento da sua atividade, critério que determina a necessidade de contratualização da prestação de serviço público relativamente às empresas públicas que beneficiam de indemnizações compensatórias, o que abrange essencialmente as empresas dos setores da cultura, transportes e infraestruturas;

(ii) Classificação como empresa instrumental de investimento público em função da sua área de atuação principal;

(iii) Empresas dependentes do acionista público em função do elevado endividamento bancário e das dificuldades de acesso aos mercados financeiros.»

As entidades públicas reclassificadas são, assim, equiparadas a Serviços e Fundos Autónomos, sendo integradas no universo do Orçamento do Estado e sendo-lhes por essa via distribuídas dotações orçamentais em termos idênticos aos que se verificam relativamente aos serviços e organismos que integram a Administração. Por assim ser, o Relatório assume a necessidade de, «adicionalmente aos riscos de financiamento do Estado», serem considerados «os riscos do serviço da dívida destas empresas que continuam a apresentar elevadas necessidades de financiamento para 2014», prevendo que o Orçamento do Estado para 2014 integre «uma dotação correspondente às necessidades evidenciadas no orçamento das empresas em resultado do processo de racionalização de custos e encargos e potenciação das receitas em curso». Assim, no caso das empresas de capitais maioritariamente públicos reclassificadas dentro do perímetro das Administrações Públicas, os riscos relevantes para o Orçamento do Estado decorrem da sua própria atividade na medida em que, quer os resultados operacionais, quer a dívida, se encontram refletidos na conta das Administrações Públicas e, conseqüentemente, na respetiva dívida pública.

A reclassificação de entidades públicas assume, no quadro do Programa de Assistência Económica e Financeira, considerável importância, já que tem como consequência a inclusão dos défices e excedentes das entidades reclassificadas para o cálculo do défice e da dívida pública global, consolidada, nos termos da legislação e práticas da União Europeia. Neste cenário, justifica-se uma especial atenção por parte do legislador orçamental à situação económica das entidades em causa. As empresas públicas reclassificadas mantêm todas as obrigações legais decorrentes do regime jurídico do setor público empresarial e das empresas públicas, bem como do Código das Sociedades Comerciais, às quais acrescem as obrigações decorrentes da equiparação a serviços e fundos autónomos, por força da Lei de Enquadramento Orçamental.

O mesmo Relatório identifica ainda, e autonomamente, numa outra passagem, o risco de reclassificação de novas entidades, nos termos seguintes (pág. 79):

«[É] de referir que se prevê a entrada em vigor da atualização do Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais (o designado SEC 2010) já em 2014, e que os seus efeitos irão retroagir, em termos de séries estatísticas, a 2010. Uma alteração fundamental incide sobre a forma de apuramento do “Critério da Mercantilidade”, o que poderá implicar a inclusão de um número adicional de empresas públicas no perímetro de consolidação das Administrações Públicas, no âmbito de aplicação do supramencionado sistema.»

Recorde-se que presentemente – no quadro da SEC 95 – são consideradas não mercantis as entidades que não vendam a sua produção a preços economicamente significativos, de tal modo que a principal fonte de financiamento não pode ser a receita associada a um preço, tarifa ou taxa pelos bens e serviços que presta. Englobam-se ainda neste domínio, as instituições que têm receitas próprias de valor inferior a 50% dos seus custos de produção.

53. Em relação às empresas públicas não reclassificadas, importa referir que, além do aludido risco de reclassificação, a apresentação de resultados líquidos negativos não é indiferente para o esforço financeiro do Estado (assim como de qualquer outro investidor público) nas suas empresas. Com efeito, ocorrendo tal circunstância, não é só a impossibilidade de distribuir dividendos que está em causa. À mesma acresce, por via dos resultados transitados, a diminuição do capital próprio da empresa e a conseqüente necessidade de compensação, seja por via do endividamento, seja pela via do reforço de capital. Qualquer uma destas vias importa, a prazo, despesa pública, efetiva (dotações de capital, conversão de créditos ou assunção de passivos) ou potencial (concessão de garantias a terceiros pelo financiamento concedido à empresa).

De resto, é essa também a razão justificativa do instituto da «perda de metade do capital» previsto no artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais:

«1 - Resultando das contas de exercício ou de contas intercalares, tal como elaboradas pelo órgão de administração, que metade do capital social se encontra perdido [...], devem os gerentes convocar de imediato a assembleia geral ou os administradores requerer prontamente a convocação da mesma, a fim de nela se informar os sócios da situação e de estes tomarem as medidas julgadas convenientes.

2 - Considera-se estar perdida metade do capital social quando o capital próprio da sociedade for igual ou inferior a metade do capital social.

3 - [...].»

54. Na Lei n.º 83-C/2013 os objetivos de racionalização do funcionamento das empresas públicas e de contenção do seu endividamento são prosseguidos por diversas vias. A solução consignada no artigo 75.º é uma delas.

Nesse preceito, o legislador pretende adotar uma solução em linha com as preocupações em matéria de endividamento e de equilíbrio financeiro das empresas públicas expressas no Decreto-Lei n.º 133/2013 (e também na Lei n.º 50/2012, em especial, no seu artigo 40.º): a um tempo, prevenir e corrigir situações de descapitalização, restabelecendo a viabilidade e sustentabilidade económica e financeira de empresas que tenham iniciado um ciclo de exploração deficitária. Daí a utilização do índice previsto no seu n.º 1: a apresentação de resultados líquidos negativos nos três últimos exercícios apurados, à data da entrada em vigor da LOE 2014.

Com efeito, dada a já aludida correlação entre resultados líquidos negativos e diminuição do capital próprio da empresa, a concretização da situação prevista no n.º 1 do artigo em apreço constitui um «alarme» que sinaliza a necessidade de racionalizar os gastos e perdas incorridos pela empresa. Nessa perspetiva, a suspensão do pagamento aos trabalhadores no ativo e aos antigos trabalhadores já aposentados de complementos correspondentes a benefícios que não constituem nem retribuição nem pensão devida nos termos da legislação sobre segurança social representa uma medida de contenção de gastos com pessoal.

Saliente-se que esta mesma lógica vale, na proporção das participações sociais detidas por entidades públicas, igualmente em relação às empresas participadas. De resto, o Relatório OE 2014 identifica, a propósito, um risco específico que confirma justamente esta proposição (pág. 81):

«A carteira de participações do Estado inclui várias empresas cuja composição dos capitais próprios indicia uma situação de dificuldade económica que, nos termos do artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais, poderá eventualmente originar a necessidade de reforço dos respetivos capitais por parte dos acionistas, o que pode constituir um risco potencial de encargo para o Orçamento do Estado.»

55. O questionado artigo 75.º impõe a suspensão do pagamento de complementos de pensão aos trabalhadores no ativo e aos antigos trabalhadores aposentados, reformados e demais pensionistas das empresas do setor público empresarial que tenham apresentado resultados líquidos negativos nos três últimos exercícios apurados, à data de entrada em vigor da Lei n.º 83-C/2013. Tal pagamento só será retomado após três anos consecutivos de resultados líquidos positivos.

Contudo, e para salvaguarda de situações mais gritantes, o legislador excecionou os pagamentos a trabalhadores que já recebiam complementos de pensão a 31 de dezembro de 2013, nos casos em que a soma das pensões auferidas pelo respetivo beneficiário do Sistema Previdencial da Segurança Social, da CGA e

de outros sistemas de proteção social seja igual ou inferior a € 600 mensais. Nestas situações, o valor mensal do complemento de pensão encontra-se limitado ao valor mensal de complemento de pensão pago a 31 de dezembro de 2013 e à diferença entre os € 600 mensais e a soma das pensões mensais auferidas pelo respetivo beneficiário do Sistema Previdencial da Segurança Social, da CGA e de outros sistemas de proteção social.

56. Nos pedidos de fiscalização são referidas em especial duas empresas – a Metropolitano de Lisboa, E.P.E. (Metropolitano de Lisboa), e a Z., S.A. (Z.) –, chegando a afirmar-se que, embora haja várias empresas do setor público empresarial com complementos de pensão atribuídos aos seus reformados e pensionistas, a condição prevista naquele artigo 75.º, n.º 1, da Lei n.º 83-C/2013 da apresentação de resultados líquidos negativos restringe a sua aplicação ao Metropolitano de Lisboa e à Z., conduzindo a avultados cortes no valor bruto das pensões.

Por outro lado, existe uma referência expressa no Relatório OE 2014 à «viabilização financeira do SEE na área dos transportes», nomeadamente a medidas destinadas a «consolidar o equilíbrio operacional e a estancar o aumento do endividamento (pág. 170). Nesse contexto, é referida, entre as medidas a adotar, «a suspensão dos pagamentos relativos a complementos de pensões – integralmente suportados pelas próprias empresas e que não resultam de contribuições dos trabalhadores – nas empresas que tenham apresentado um resultado líquido negativo nos 3 últimos anos, medida com a qual se estima, já em 2014, uma diminuição dos encargos das EPR (empresa pública reclassificada) em 11,3 milhões de euros» (ibidem).

Contudo, estes dados, só por si, não determinam um âmbito de aplicação subjetivo do artigo 75.º da Lei n.º 83-C/2013 mais restrito do que aquele que decorre da sua letra. Acresce, que, como mencionado, a razão de ser do mesmo preceito postula a sua aplicação a todas as empresas do setor público empresarial, desde que o pressuposto específico da apresentação consecutiva de resultados líquidos negativos nos três últimos exercícios apurados, à data da entrada em vigor da Lei n.º 83-C/2013, se verifique. E, em qualquer caso, o Tribunal não dispõe de informação suficiente para determinar quais as empresas e, no âmbito destas, quais os trabalhadores e ex-trabalhadores que serão afetados e em que termos.

Questões de constitucionalidade

Violação do princípio da confiança

57. No que respeita ao princípio da proteção da confiança, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e que constitui o lado subjetivo da garantia de estabilidade e segurança jurídica, este Tribunal tem uma jurisprudência



constante e reiterada (cfr., em especial, a formulação do Acórdão n.º 128/2009, reiterada em numerosas decisões posteriores).

A aplicação do princípio da confiança deve partir de uma definição rigorosa dos requisitos cumulativos a que deve obedecer a situação de confiança, para ser digna de tutela: em primeiro lugar, as expectativas de estabilidade do regime jurídico em causa devem ter sido induzidas ou alimentadas por comportamentos dos poderes públicos; elas devem, igualmente, ser legítimas, ou seja, fundadas em boas razões, a avaliar no quadro axiológico jurídico-constitucional; por fim, o cidadão deve ter orientado a sua vida e feito opções, precisamente, com base em expectativas de manutenção do quadro jurídico.

Dados por verificados esses requisitos, há que proceder a um balanceamento ou ponderação entre os interesses particulares desfavoravelmente afetados pela alteração do quadro normativo que os regula e o interesse público que justifica essa alteração. Com efeito, para que a situação de confiança seja constitucionalmente protegida, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa.

58. No caso em apreço, para aferir do respeito daquele princípio por parte do legislador, cumpre considerar eventuais situações de confiança correspondentes à expectativa de continuidade do pagamento dos complementos de pensão fundadas em contrato individual de trabalho ou instrumento de regulamentação coletiva de trabalho.

Contudo, em ambas as hipóteses podem suscitar-se dúvidas quanto à imputação da situação de confiança ao Estado, mormente ao Estado-legislador. Com efeito, e desde logo, o compromisso ou a assunção da responsabilidade é da empresa, não do Estado diretamente.

Acresce que, relativamente às empresas participadas e às empresas do setor empresarial local – qualquer uma destas duas categorias de empresas integra o setor público empresarial a que se refere o n.º 1 do artigo 75.º da Lei n.º 83-C/2013 – o Estado, mesmo que considerado enquanto mero acionista, não exerce uma influência dominante. Consequentemente, nem sequer se pode falar, ainda que indiretamente, em comportamento estadual. É o primeiro teste de aplicação do princípio de proteção da confiança que dá um resultado negativo. Com efeito, relativamente a essas situações, verifica-se que o autor da norma – o Estado nas suas vestes de legislador – não encetou qualquer comportamento capaz de gerar nos trabalhadores expectativas de continuidade. Quem o fez foram empresas dominadas e controladas por entidades públicas na órbita da administração autárquica – que detém autonomia em relação ao Estado central- como é o caso das empresas locais (artigo 19.º, n.º 4, da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto); ou empresas dominadas e controladas por particulares – e, como tal, fruto da liberdade

de iniciativa económica, como é o caso das empresas participadas (artigo 14.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 133/2013).

Mas mesmo no respeitante às empresas públicas do setor empresarial do Estado – sociedades de capitais maioritária ou exclusivamente públicos e entidades públicas empresariais –, não é possível pura e simplesmente desconsiderar a respetiva personalidade e autonomia.

No setor empresarial do Estado, a função acionista é exercida pelo titular da participação social, que, no caso das empresas públicas, cabe ao membro do Governo responsável pela área das finanças, em articulação com o membro do Governo responsável pelo respetivo setor de atividade, e integra, designadamente, poderes de definição das orientações a aplicar no desenvolvimento da atividade empresarial reportada a cada triénio e de definição dos objetivos e resultados, em especial, económicos e financeiros, a alcançar em cada ano e triénio, no respeito pelas orientações estratégicas e sectoriais que tenham sido emitidas pelo Governo no exercício da sua função política (artigos 37.º e 38.º do Decreto-Lei n.º 133/13).

O conteúdo e o exercício da função acionista não interfere, no entanto, com a autonomia de gestão da empresa pública e os titulares dos órgãos de administração gozam de liberdade de conformação quanto aos métodos, modelos e práticas de gestão concretamente aplicáveis ao desenvolvimento da respetiva atividade (artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 133/13).

Por outro lado, as empresas públicas regem-se prevalecentemente pelo direito privado e desenvolvem a sua atividade nas mesmas condições e termos aplicáveis a qualquer empresa privada, impondo-se nas relações estabelecidas entre as entidades públicas titulares do capital social ou estatutário e as empresas públicas detidas a total observância das regras da concorrência (artigos 14.º e 15.º do Decreto-Lei n.º 133/13). As especificidades que se poderão observar decorrem unicamente de certas condicionantes de direito público que implicam um regime especial de orientação e controlo externo, que é essencialmente realizado por via do exercício da função acionista.

O que não impede que as empresas públicas, enquanto pessoas jurídicas distintas do Estado ou das entidades públicas que detêm a influência dominante, realizem os seus interesses próprios (sociais e estatutários) e atuem segundo opções autónomas dos respetivos dirigentes.

Por outro lado, estes mesmos princípios eram aplicáveis no quadro do precedente regime empresarial do Estado, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro – agora revogado pelo Decreto-Lei n.º 133/13 –, e no domínio do qual terão sido contratualizados os complementos de pensão a que se referem as normas do artigo 75.º da LOE de 2014.

Nesse sentido, há que reconhecer um distanciamento das empresas públicas face à «entidade pública mãe» que não tem paralelo com o que resulta da criação de entidades públicas de administração indireta, as quais são instituídas num contorno de direito administrativo e que se encontram submetidas a um regime jurídico público de orientação e controlo (a superintendência e a tutela).

Ora, pela sua própria natureza, o artigo 75.º da Lei n.º 83-C/2013, sem prejuízo da sua função e conseqüente relevância orçamental, respeita à regulação da matéria conexcionada com o endividamento e a autossustentabilidade das empresas públicas e enquadra-se no relacionamento jurídico de âmbito societário entre as sociedades de mão pública e os seus sócios públicos. Nessa mesma medida, tal preceito também postula uma separação e uma distância entre o Estado-legislador e o Estado-empresário, retirando desse modo base para a imputação ao primeiro de uma eventual situação de confiança criada pelo segundo. Os critérios de gestão que permitiram a atribuição dos complementos de pensão são totalmente estranhos às razões que ditam a suspensão do seu pagamento nos termos do artigo 75.º da Lei n.º 83-C/2013.

Por outro lado, não existe qualquer evidência de que tenha sido o Estado-administrador, enquanto titular da função acionista, a induzir as empresas visadas a formalizar, através de contratação coletiva, o pagamento de complementos de pensão.

59. No tocante ao segundo teste de aplicação do princípio da tutela da confiança legítima – a legitimidade, justificação e as boas razões das expectativas de quem confia – a resposta também não é positiva.

Em primeiro lugar, há que ter presente a natureza não retributiva dos complementos em questão, conjugada com a circunstância de também não serem devidos nos termos da legislação sobre segurança social. Trata-se, com efeito, de prestações que acrescem às pensões já atribuídas pelo sistema previdencial da segurança social, pela CGA ou por outro sistema de proteção social – sistemas esses de natureza contributiva, porque têm na sua base uma relação sinalagmática direta entre a obrigação legal de contribuir do trabalhador e o direito deste às prestações (artigo 54.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro) – e que são financiadas diretamente pelas próprias empresas. Daí a sua qualificação como meros benefícios que não constituem nem retribuição nem pensão legalmente devida nos termos da legislação sobre segurança social. A sua justificação, numa estrita racionalidade empresarial, é a de partilhar com o fator trabalho os resultados positivos da empresa. Tal benefício pode fazer sentido na ótica da gestão global da empresa, mas implica sempre uma partilha de rendimentos que à partida, e numa estrita racionalidade empresarial, não têm de ser alocados ao fator trabalho.

Apurando-se resultados líquidos negativos, o pagamento do benefício em causa agrava o prejuízo e compromete a viabilidade económica e financeira da

empresa. A prazo, o seu pagamento torna-se não apenas insustentável, como põe em causa a própria subsistência da empresa, já que os resultados negativos transitados abatem ao capital próprio da empresa, descapitalizando-a e diminuindo o seu valor patrimonial líquido.

Na medida em que os complementos de pensão se processam no âmbito interno da empresa e a garantia do seu pagamento depende das receitas correntes, existe um efetivo risco – que os beneficiários e as organizações representativas dos trabalhadores não podem desconhecer – de a empresa poder ficar sem condições financeiras para assegurar, de forma permanente e definitiva, o cumprimento dessas responsabilidades. Cessando o pressuposto de solvabilidade de que depende o pagamento dos complementos, deixa igualmente de ser legítima a expectativa referente à continuidade da sua atribuição.

60. No caso de empresas cujo capital seja participado, maioritariamente ou não, por entidades públicas – como as que são abrangidas pela previsão do artigo 75.º da Lei n.º 83-C/2013 –, há ainda que atender às especiais exigências postas pelo princípio da neutralidade competitiva dos poderes públicos. Isto vale, pelas razões anteriormente indicadas, sobretudo para as empresas públicas reclassificadas, mas atento o aludido risco de reclassificação, também não é irrelevante quanto às que (ainda) não sejam reclassificadas.

A Constituição garante a coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção (artigo 80.º, alínea b)) e a liberdade de iniciativa e organização no quadro de uma economia mista (artigo 80.º, alínea c)). Por outro lado, incumbe prioritariamente ao Estado, no âmbito económico e social, assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral (artigo 81.º, alínea f)).

Como dizem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, as três formas de iniciativa são concorrenciais nas áreas em que “coabitam”, não podendo o poder público tirar proveito da sua condição e dos seus poderes públicos para criar vantagens para as suas empresas (Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, 4.ª edição, Coimbra, 2007, pág. 958). O princípio da concorrência não exclui as empresas públicas e a ordenação constitucional da economia garante a existência de um setor público mais ou menos extenso. Todavia, a ordem constitucional económica impede que as empresas que fazem parte do setor público empresarial sejam favorecidas pelo Estado relativamente às suas concorrentes de outros setores (idem, pág. 970). Portanto, o Estado-legislador não pode deixar de cumprir os imperativos da constituição económica mesmo em relação às empresas do setor público empresarial. De resto, no estrito plano das regras de concorrência, torna-se tão relevante o desvalor das medidas legislativas que atribuam exclusivos ou privilégios às empresas públicas que atuem em economia de mercado, como, inversamente,

o daquelas que imponham encargos ou sujeições às empresas públicas que se tornem suscetíveis de distorcer o funcionamento do mercado.

Isso mesmo encontra-se consagrado no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 133/2013 (que, neste particular, não inovou substancialmente relativamente ao que dispunha o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 558/99, desde a sua redação originária):

«1 – As empresas públicas desenvolvem a sua atividade nas mesmas condições e termos aplicáveis a qualquer empresa privada, e estão sujeitas às regras gerais da concorrência, nacionais e de direito da União Europeia.

2 – As relações estabelecidas entre as entidades públicas titulares do capital social ou estatutário e as empresas públicas detidas ou participadas processa-se em termos que assegurem a total observância das regras da concorrência, abstendo-se aquelas entidades de praticar, direta ou indiretamente, todo e qualquer ato que restrinja, falseie ou impeça a aplicação destas regras.»

Por ser assim, as empresas públicas também estão submetidas à Lei da Concorrência, tal como as empresas participadas ou as demais empresas privadas, não lhes podendo ser atribuídos auxílios públicos indevidos (artigos 2.º, 4.º, n.º 1, e 65.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio; e também, quanto às empresas locais, o artigo 34.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, e, quanto às empresas participadas, o artigo 14.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro). Isto, naturalmente, sem prejuízo de eventuais missões particulares que lhes tenham sido confiadas (artigo 4.º, n.º 2, da Lei da Concorrência). O conceito de «auxílio público» corresponde grosso modo ao de apoios, incluindo as transferências correntes e de capital, e a cedência de património público, concedidos a título de subvenção pública (cfr. o artigo 2.º da Lei n.º 64/2013, de 27 de agosto, que regula a obrigatoriedade de publicitação dos benefícios concedidos pela Administração Pública a particulares).

Entre tais apoios importa autonomizar as chamadas «indenizações compensatórias», que, nos termos do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de agosto, correspondem a pagamentos efetuados com verbas do orçamento do Estado a entidades públicas e privadas, de acordo com o regime legalmente previsto, destinados a compensar custos de exploração resultantes de serviços de interesse geral. Tais indenizações obedecem a uma lógica de prossecução de interesse público. Quaisquer outros tipos de subsídios públicos à exploração, designadamente os que visem pura e simplesmente salvaguardar o equilíbrio financeiro das empresas, só podem eventualmente ser justificados em termos do princípio da concorrência desde que obedeçam a idêntica lógica de interesse público; de outro modo, configurarão um favorecimento particular de certas empresas em detrimento de outras.

O que tem como consequência que, cessando a autossustentabilidade económica e financeira da empresa que atribui complementos de pensão previstos no artigo 75.º, deve igualmente cessar a sua atribuição até que a empresa recupere

a capacidade de autofinanciamento da sua atividade produtiva corrente. Daí não poderem considerar-se legítimas as expectativas quanto à continuidade do pagamento dos complementos de pensão antes de verificado esse facto.

61. Por fim, e não obstante ser já segura a inexistência de uma situação de confiança legítima a tutelar frente ao disposto no artigo 75.º da Lei n.º 83-C/2013, é também certo que este preceito supera o teste do interesse público: no balanceamento ou ponderação a realizar entre os interesses desfavoravelmente afetados pela alteração do quadro normativo que os regula e o interesse público que justifica essa alteração, este último deve prevalecer.

O interesse público que se visa garantir com a adoção do regime jurídico em análise é, imediatamente, o de acautelar a sustentabilidade das empresas do setor público empresarial e, mediatamente, o equilíbrio orçamental e a diminuição do défice público, ainda no quadro da vigência do PAEF, escopos estes que não podem deixar de ser encarados como de grande relevância para o financiamento do Estado português. Trata-se de interesses públicos concretos, individualizados e constitucionalmente credenciados.

Sendo inquestionável que a medida legal em análise é ditada pela necessidade de salvaguardar interesses constitucionalmente protegidos, há ainda que avaliar se essa salvaguarda, nos termos em que é concretamente operacionalizada, não acarreta sacrifícios desproporcionados aos trabalhadores afetados. Impõe-se, pois, uma ponderação entre aqueles interesses públicos e as legítimas expectativas dos particulares, numa perspetiva de proporcionalidade, em particular da dimensão de proibição do excesso.

Ao permitir diminuir a despesa das empresas visadas, a medida em causa contribui para a consolidação das contas públicas, através da redução das transferências do Orçamento do Estado para tais empresas, a fim de compensar a situação deficitária. A observância das exigências de neutralidade competitiva anteriormente analisadas mostram, por outro lado, que a necessidade ou não dispensabilidade da medida é em concreto defensável.

Os pressupostos de início e termo da suspensão – respetivamente, apresentação de resultados líquidos negativos nos três últimos exercícios apurados, à data de entrada em vigor da Lei n.º 83-C/2013 e verificação de três anos consecutivos de resultados líquidos positivos – mostram-se ajustados à finalidade da medida, em especial à salvaguarda do equilíbrio financeiro das empresas do setor público empresarial (artigo 75.º, n.ºs 1 e 6).

Acresce que o legislador optou por não sacrificar em definitivo o complemento de pensão concedido em cada empresa; limita-se a suspender o respetivo pagamento apenas na medida em que a empresa devedora não seja financeiramente autossustentável. Deste modo, a lei salvaguarda não apenas os

interesses dos beneficiários como a própria autonomia de gestão da empresa devedora.

Por todo o exposto, deve entender-se que as razões de interesse público que ditaram o artigo 75.º, n.º 4, da Lei n.º 83-C/2013 sempre seriam aptas a justificar, em ponderação, a suspensão do pagamento de complementos de pensão que até à aprovação da citada Lei vinham sendo pagos por empresas do setor público empresarial financeiramente não autossustentáveis.

Violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade

62. A exposição anterior permite evidenciar também que as soluções do artigo 75.º da Lei n.º 83-C/2013 não são nem arbitrárias nem excessivas.

Contrariamente ao que defendem os requerentes, não é exato que o legislador tenha isolado «categorias específicas de pensionistas» e introduzido diferenciações sem um qualquer fundamento racional. O citado artigo 75.º visa acautelar a sustentabilidade das empresas do setor público empresarial, prevenindo e minorando os impactos orçamentais negativos associados ao seu desequilíbrio financeiro. Por ser assim, justifica-se que apenas sejam visadas as empresas de tal setor que tenham apresentado resultados líquidos negativos nos três últimos exercícios apurados, à data de entrada em vigor da Lei n.º 83-C/2013, uma vez que em relação a elas já se verifica terem iniciado um ciclo de exploração deficitária justificativo da adoção de medidas racionalizadora dos gastos e perdas incorridos. E é precisamente esse o contexto que explica a suspensão do pagamento aos trabalhadores no ativo e aos antigos trabalhadores já aposentados de complementos correspondentes a benefícios que não constituem nem retribuição nem pensão devida nos termos da legislação sobre segurança social: tal medida consubstancia um esforço de contenção de gastos com pessoal que, em rigor, não revestem natureza operacional, uma vez que são alheios à atividade produtiva que constitui o objeto da empresa.

Por outro lado, na perspetiva do princípio da proibição do excesso, já se assinalou que, ao permitir diminuir a despesa corrente das empresas visadas, a medida em causa contribui não só para o respetivo saneamento financeiro como para a consolidação das contas públicas, através da redução das transferências, atuais ou potenciais, do Orçamento do Estado para tais empresas, a fim de compensar a situação deficitária. Ela é por isso adequada e necessária aos fins legítimos que visa atingir. Além disso, ponderando aqueles interesses públicos com os interesses dos particulares que são afetados pela medida, e tendo em conta igualmente quer o seu caráter não definitivo, quer a circunstância de a mesma medida respeitar a dimensão negativa da garantia do mínimo de existência, não se mostra que a opção do legislador em apreciação seja desproporcionada, desequilibrada ou desrazoável.

Violação do direito de contratação coletiva

63. Por último, importa considerar o argumento relativo à violação do direito de contratação coletiva (artigo 56.º, n.º 3, da Constituição). Segundo os requerentes, tal direito é posto em causa em virtude da natureza imperativa conferida ao regime do artigo 75.º da Lei n.º 83-C/2013 pelo seu n.º 7, enquanto se verificarem as condições nele estabelecidas, prevalecendo sobre instrumentos de regulação coletiva de trabalho. Com efeito, defendem que, na medida em que são revogadas normas livremente acordadas em sede de contratação coletiva e é afastada a possibilidade de negociações futuras sobre a matéria, o citado direito fundamental é violado.

O Tribunal Constitucional tem entendido que o direito de contratação coletiva é um direito que os trabalhadores apenas podem exercer através das associações sindicais, sendo, além disso, um direito que se acha colocado sob reserva da lei: a Constituição garante-o, de facto, «nos termos da lei» (artigo 56.º, n.º 3). Isto significa que a lei pode regular o direito de negociação e contratação coletiva - delimitando-o ou restringindo-o -, mas deixando sempre um conjunto minimamente significativo de matérias aberto a essa negociação. Ou seja, pelo menos, a lei há de garantir uma reserva da convenção coletiva.

Nesse sentido se pronunciou, mais recentemente, na linha de anterior jurisprudência, o acórdão n.º 602/2013, onde se refere:

«A delimitação desse núcleo intangível do direito de contratação coletiva não pode ser feita a partir da lei, sob pena de "inversão da hierarquia normativa e de esvaziamento da força jurídica do preceito constitucional" (cfr. VIEIRA DE ANDRADE e FERNANDA MAÇÃS, *Contratação Coletiva e Benefícios Complementares de Segurança Social*, in *Scientia Iuridica*, Maio-Agosto 2001, n.º 290, pág. 29 e segs.). A determinação desse núcleo essencial, por via interpretativa, há de resultar dos "contributos firmes" dados pela Constituição, concretamente, do n.º 1 do artigo 56.º da Constituição, que comete às associações sindicais a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores, e dos artigos 58.º e, sobretudo, 59.º, "na medida em que estabelece um vasto elenco de direitos dos trabalhadores e de imposições dirigidas ao Estado sobre as condições da prestação de trabalho", do qual se pode extrair um "núcleo duro, típico, das matérias que se reportam às relações laborais e que constituirão o objeto próprio das convenções coletivas" (idem, págs. 34 e 35).

Na concretização deste domínio de «reserva de convenção coletiva», o Tribunal Constitucional já afirmou a não inconstitucionalidade da subtração por lei ao domínio da contratação coletiva da matéria do procedimento disciplinar (Acórdão n.º 94/92); da matéria das prestações complementares de segurança social (Acórdão n.º 517/98, citado); do regime da cessação do contrato de trabalho (Acórdão n.º 581/95 e Acórdão n.º 391/2004, citado); do método de cálculo da pensão de aposentação (Acórdão n.º 54/2009); ou da eficácia temporal das convenções coletivas (Acórdão n.º 338/2010).»



No acórdão n.º 517/98 - debruçando-se sobre o artigo 6.º, n.º 1, alínea e), do Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29 de dezembro, que proibia que os instrumentos de regulamentação coletiva estabelecessem e regulassem «benefícios complementares dos assegurados pelas instituições da previdência» – o Tribunal concluiu ser admissível o entendimento de que a Constituição remete para a lei a definição das matérias que podem constituir objeto de negociação e contratação coletiva. Aquela norma não conteria, por isso, qualquer restrição do direito de contratação coletiva, limitando-se antes a proceder à «delimitação negativa do âmbito material» de um tal direito, sem ultrapassar os seus poderes de conformação.

E isso era assim porque se tratava de matéria que não integrava o núcleo material reservado da contratação coletiva, conforme a seguir se explicitou:

«É que, e desde logo, a matéria das prestações complementares de segurança social não faz parte do núcleo duro do direito de contratação coletiva, pois que, como bem resulta do confronto do artigo 59º (que trata dos direitos dos trabalhadores) com o artigo 63º da Constituição (atínente à segurança social), o direito a prestações da segurança social (maxime, o direito à pensão de reforma) não é, de facto, um direito exclusivo dos trabalhadores, mas, antes, um direito dos cidadãos. A isto acresce que existe fundamento material para excluir da contratação coletiva a matéria respeitante às prestações de reforma, complementares das asseguradas pelas instituições estaduais de segurança social.

De facto, atento o elevado esforço financeiro que implica a montagem de esquemas complementares de segurança social, os trabalhadores só verdadeiramente terão a garantia de que essas prestações complementares (maxime, a prestação complementar de reforma) lhes serão pagas, se o seu pagamento for posto a cargo de entidades com aptidão e capacidade (designadamente financeira) para gerir um esquema de seguro. É que, quando por esse pagamento fica responsável a própria empresa empregadora (como no caso acontece), pode acontecer que, em dado momento, esta deixe de ter disponibilidades financeiras para satisfazer os respetivos encargos. E, para além disso, a empresa empregadora, ao assumir essa obrigação, pode ir afetar grandemente os seus ativos financeiros, desse modo pondo em risco a sua subsistência e os direitos dos credores.»

Mas, no mesmo aresto, o Tribunal não deixou de considerar uma perspectiva alternativa, considerando que a idêntica conclusão deverá chegar também quem entenda que a matéria de prestações complementares de segurança social, por estar intimamente conexas com a das relações laborais, se encontra ainda naturalmente no âmbito da contratação coletiva. E que, para além disso, o direito de contratação coletiva, por se enquadrar no âmbito dos direitos, liberdades e garantias, está sujeito ao regime do artigo 18.º, pelo que apenas pode ser restringido «nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente

protegidos» e não «diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial» do direito. É que, de acordo com um tal entendimento, o artigo 56.º, n.º 3, da Constituição, ao remeter para a lei, constituiria credencial bastante para que a lei pudesse restringir o referido direito de contratação coletiva. Questão é que, como então se considerou relativamente ao artigo 6.º, n.º 1, alínea e), do Decreto-Lei n.º 519-C1/79, se não atinja o seu conteúdo essencial e que as restrições se apresentem necessárias para a salvaguarda de outros direitos e interesses.

Neste outro contexto, o Tribunal exprimiu este ponto de vista:

«Com efeito, muito embora se considere [na perspetiva ora adotada] que o âmbito da contratação coletiva abrange naturalmente as prestações complementares de segurança social, forçoso se afigura reconhecer que tal matéria não constitui o cerne do objeto da negociação das condições da prestação de trabalho, sempre se apresentando como questão lateral, já que é ao Estado que incumbe, em primeira linha, garantir o direito à segurança social. Não pode, pois, como acima se referiu, ser tida como pertencendo ao núcleo duro do direito, ou seja, como fazendo parte do seu conteúdo essencial.

Por outro lado, existem fortes interesses em presença que permitem considerar como necessária, adequada e proporcionada a restrição em causa:

(a) o interesse das empresas e do aparelho produtivo, já que, perante uma negociação complexa, facilmente aquelas podem ser levadas, por imediatismo, a ceder em aspetos que, não implicando custos imediatos, se virão a traduzir em custos elevados e incomportáveis no futuro, pondo em causa a própria sobrevivência a médio prazo;

(b) o interesse dos próprios trabalhadores, uma vez que, renunciando a vantagens imediatas, podem ver, no futuro, inviabilizadas as esperadas compensações financeiras de tipo previdencial, por impossibilidade de cumprimento por parte das respetivas empresas;

(c) o interesse público, pois que o incumprimento dos compromissos em matéria de prestações complementares pode criar graves problemas de ordem social, que o Estado, em última análise, acaba por ser chamado a resolver.

Concluindo este ponto: a norma sub iudicio não viola, pois, os artigos 56º, nºs 3 e 4, 17º e 18º, n.º 2, da Constituição da República.»

64. A referida alínea e) do n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29 de dezembro – sobre que se pronunciou o acórdão n.º 517/98 -, foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 209/92, de 2 de outubro, passando a consignar que «[o]s instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho não podem [...] estabelecer e regular benefícios complementares dos assegurados pelo sistema de segurança social, salvo se ao abrigo e nos termos da legislação relativa aos regimes profissionais complementares de segurança social ou equivalentes, bem como aqueles em que

a responsabilidade pela sua atribuição tenha sido transferida para instituições seguradoras»).

O diploma foi entretanto revogado pelo artigo 21.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto – o diploma que aprovou o Código do Trabalho de 2003. Este último, assim como o Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro – e que se encontra presentemente em vigor – afastou a proibição expressa de os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho estabelecerem e regularem «benefícios complementares dos assegurados pelas instituições de previdência».

Em sede de «limites do conteúdo de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho» dispõe hoje o artigo 478.º, n.º 2, do Código do Trabalho de 2009 (neste particular não se afastando do que anteriormente estatuiu o artigo 533.º, n.º 2, do Código do Trabalho de 2003):

«O instrumento de regulamentação coletiva de trabalho pode instituir regime complementar contratual que atribua prestações complementares do subsistema previdencial na parte não coberta por este, nos termos da lei.»

A remissão para os «termos da lei» tem por objeto os regimes complementares de iniciativa coletiva e os regimes profissionais complementares previstos na Lei de Bases da Segurança Social (Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro), que, por força do respetivo artigo 85.º, devem ser administrados «por entidades públicas, cooperativas ou privadas, nomeadamente de natureza mutualista, criadas para esse efeito nos termos legalmente previstos» (cfr., em especial, o Decreto-Lei n.º 12/2006, de 20 de janeiro, que regula a constituição e o funcionamento dos fundos de pensões e das entidades gestoras de fundos de pensões e transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2003/41/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de junho, relativa às atividades e à supervisão das instituições de realização de planos de pensões profissionais).

Trata-se, em todo o caso, de regimes complementares que se encontram especialmente regulados e integram também o sistema de segurança social, dando concretização prática a um princípio de complementaridade que, como um dos princípios gerais do sistema, se traduz na «articulação de várias formas de proteção social públicas, sociais, cooperativas, mutualistas e privadas com o objetivo de melhorar a cobertura das situações abrangidas e promover a partilha de responsabilidades” - artigo 15º da Lei n.º 4/2007.

A permissão de atribuição de prestações complementares do subsistema previdencial através de contratação coletiva, que consta do atual artigo 478.º, n.º 2, do Código do Trabalho – em termos, aliás, similares aos previstos, ainda que com uma diferente formulação verbal, no antigo artigo 6.º, n.º1, alínea e), do Decreto-Lei n.º 519-C1/79, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 209/92 –, não abrange claramente os complementos de pensões, que, como se observou já, são meros

benefícios que não constituem retribuição, nem pensão legalmente devida nos termos da legislação da segurança social (cfr. supra n.º 55). Enquanto que os regimes complementares têm um suporte jurídico-institucional e financeiro externo à empresa e estão estreitamente associados aos fins da segurança social, os complementos de pensões têm um suporte interno, na medida em que a responsabilidade e garantia pelo pagamento das prestações se situa no âmbito da empresa e apenas pode ser realizada através das receitas correntes, e está fora de qualquer modalidade de segurança social (assinalando os riscos que a contratação destas prestações têm para as empresas e a continuidade dos direitos dos trabalhadores, ILÍDIO DAS NEVES, Os regimes complementares de segurança social, in Revista de Direito e Estudos Sociais, Ano XXXVI, n.º 4, Outubro-Dezembro de 1994, págs. 279-280).

65. Como não pode deixar de reconhecer-se, o artigo 75.º da Lei do OE de 2104 não põe em causa o pagamento de prestações no âmbito dos regimes complementares instituídos nos termos da Lei de Bases da Segurança Social, mas apenas os complementos de pensões que se encontrem fora desse enquadramento legal.

Independentemente de todas as dúvidas que a admissibilidade legal destes complementos possa suscitar, atentos os termos do artigo 478.º, n.º 2, do Código do Trabalho (e da legislação precedente desde a publicação do Decreto-Lei n.º 209/92), certo é que no plano constitucional, seguindo a jurisprudência do acórdão n.º 517/98, se entende que a matéria das prestações complementares de segurança social não faz parte do núcleo duro do direito de contratação coletiva, ou seja, não integra o seu conteúdo essencial. Conforme afirmado nesse mesmo aresto, «a lei pode regular o direito de negociação e contratação coletiva — delimitando-o ou restringindo-o —, mas deixando sempre um conjunto minimamente significativo de matérias aberto a essa negociação. Ou seja: pelo menos, a lei há de garantir uma reserva de convenção coletiva», sendo este núcleo determinado em função dos direitos dos trabalhadores e das imposições dirigidas ao Estado sobre as condições da prestação de trabalho previstos nos artigos 56.º, n.º 1, 58.º e 59.º da Constituição.

Encontrando-se a reserva da contratação coletiva materialmente delimitada pelo elenco de direitos dos trabalhadores constitucionalmente consagrados, dela se encontra necessariamente excluída a matéria atinente à segurança social a que se refere o artigo 63.º, que constitui um direito de natureza diferente do da contratação coletiva e com distintos destinatários (também, neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE e FERNANDA MAÇÃS, ob. cit., págs. 34-35). E esta asserção é válida para os regimes profissionais complementares, sê-lo-á, com maior evidência, em relação a benefícios que se não enquadram no sistema da segurança social e relativamente aos quais até pode existir fundamento material para os excluir da contratação coletiva pelo risco quanto à solvabilidade das empresas e à garantia do pagamento das prestações.

E, de qualquer modo, as considerações feitas no citado Acórdão n.º 517/98 relativamente à proibição legal da instituição por via de convenção coletiva de «benefícios complementares dos assegurados pelas instituições de previdência» mostram-se aplicáveis – até por maioria de razão – à suspensão imperativa do pagamento de tais benefícios determinada por razões de sustentabilidade financeira das empresas por eles responsáveis. Com efeito, valem aqui também as razões justificativas de uma eventual restrição do direito fundamental de contratação coletiva indicadas nesse acórdão com referência ao interesse das empresas e do aparelho produtivo e ao interesse público (na conjuntura atual, em que o país se encontra ainda ao abrigo do PAEF, e considerando que está em causa o equilíbrio financeiro de empresas do setor público empresarial, este interesse mostra-se especialmente reforçado). Por outro lado, também não podem ser negligenciados nem o interesse dos trabalhadores atuais das empresas em dificuldades – que, antes de mais, pretendem ver garantido o seu posto de trabalho – nem o interesse das empresas concorrentes e dos seus trabalhadores – que aspiram a uma real igualdade de oportunidades – nem, tão pouco, o interesse dos contribuintes em geral – que não devem ser chamados a financiar os benefícios particulares objeto de contratação coletiva em determinadas empresas. Acrescem as ponderações anteriormente realizadas, a propósito da proporcionalidade da solução normativa consignada no artigo 75.º da Lei n.º 83-C/2013 (cfr. supra n.º 62).

Em conclusão: a norma aqui em apreciação não viola nem o artigo 56.º, n.º 3, nem o artigo 18.º, n.º 2, ambos da Constituição.»

10. Não se avançando argumentos inovadores - qualidade que não assiste à invocação de outros juízos, proferidos sobre normas e problemas substancialmente distintos – deve, também aqui, concluir-se pela emissão de juízo negativo de inconstitucionalidade e pela improcedência do recurso.

### III. Decisão

Pelo exposto, decide o Tribunal Constitucional:

a) Não julgar inconstitucional a norma contida no artigo 75.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, no sentido em que impõe a suspensão do pagamento de complementos de pensão, consagrados em Instrumento de Regulamentação Coletiva, aos trabalhadores reformados de empresas do setor público empresarial que tenham apresentado resultados líquidos negativos nos três últimos exercícios apurados, à data de entrada em vigor da referida Lei;

e, em consequência,

b) Julgar improcedente o recurso;

c) Condenar os recorrentes nas custas pelo decaimento no recurso, que se fixam, em atenção a complexidade do mesmo, em 25 (vinte e cinco) UC.

Notifique.

Lisboa, 22 de junho de 2021

Fernando Vaz Ventura (por aplicação do Acórdão 413/2014, à semelhança do que sucedeu na decisão sumária n.412/2016, em atenção à estabilidade da jurisprudência Constitucional e ao valor de aplicação uniforme do direito, uma vez que cessou a vigência da norma em exame)

Assunção Raimundo ( voto a decisão por segurança jurídica e apenas porque em plenário, em fiscalização abstrata sucessiva, se decidiu em idêntico sentido em situação análoga)

Mariana Canotilho (vencida, nos termos da declaração de voto junta)

Pedro Machete

#### Declaração de voto

Vencida. Discordo radicalmente da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre esta questão, em particular do disposto no Acórdão n.º 413/2014, que não subscrevi e ao qual não me sinto vinculada. Entendo haver dois fortes fundamentos para um juízo de inconstitucionalidade, que em seguida explicarei. Julgo, também, que a decisão que o Tribunal então tomou é particularmente injusta, causando enorme prejuízo aos trabalhadores afetados, razão pela qual as ideias de segurança jurídica, igualdade e estabilidade da jurisprudência, a que se apela no presente Acórdão para renovar a decisão proferida em 2014, não me parecem dever proceder.

Creio, porém, desnecessário retomar, nesta sede, toda a discussão que se travou, e cujos dois polos se encontram perfeitamente expressos no texto daquele Acórdão e nas declarações de voto de vencido então lavradas.

Nestes termos, e em síntese:

No meu entender, a jurisprudência do Acórdão n.º 413/2014, que aqui se renova, não leva suficientemente a sério o lugar constitucional das convenções coletivas de trabalho como fonte normativa, produto do direito fundamental dos trabalhadores a regular coletivamente as relações de trabalho, com os empregadores ou as suas associações representativas; este direito resulta do artigo 56.º, n.ºs 3 e 4, da CRP, sendo que a Constituição impõe a existência de um espaço de autonomia contratual coletiva, que não pode ser obliterado por via de lei. Na

verdade, e pelo contrário, a CRP exige ao legislador que garanta o exercício do direito à contratação coletiva, o que, naturalmente, implica que este assumira um papel proactivo no sentido de a promover, facilitando a ampliação do seu âmbito de protecção, respeitando os limites por ela impostos e os concretos regimes normativos ali consagrados, assegurando a manutenção da contratação vigente e abstendo-se de quaisquer comportamentos que possam conduzir à aniquilação prática da contratação coletiva enquanto instrumento normativo específico, no domínio laboral.

Ora, é difícil imaginar uma medida que atinja mais fortemente esta ideia de garantia da contratação coletiva do que uma norma como a questionada, que, pura e simplesmente, elimina o conteúdo de uma convenção acerca de determinada questão, neutralizando o acordo alcançado entre trabalhadores e empregadores sobre essa matéria. Como pode ler-se na declaração de voto do Conselheiro Sousa Ribeiro no Acórdão n.º 413/2014, "colocar os efeitos vinculativos de uma convenção coletiva de trabalho, «sob condição resolutiva imprópria de livre revogação [ou suspensão] por lei posterior é destruir a garantia institucional que o reconhecimento constitucional do direito à contratação coletiva subentende». Está em causa a violação, pelo legislador, do dever de respeitar os efeitos normativos resultantes de um anterior exercício da autonomia coletiva". Assim, entendo que a norma em análise é violadora do disposto no artigo 56.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa.

Por outro lado, afigura-se-me evidente que a norma questionada viola, de igual modo, o princípio da protecção da confiança legítima, enquanto decorrência do princípio do Estado de direito democrático, ínsito no artigo 2.º da CRP.

Desde logo, poucas dúvidas cabem de que, no caso em apreço, o papel dos poderes públicos na indução de expectativas de estabilidade do regime jurídico nos particulares foi de grande importância; antes de mais, porque os regimes de complementos de reforma cujo pagamento a norma questionada permite fazer cessar resultam de normas negociadas e acordadas livremente entre os representantes dos trabalhadores e cada uma das empresas (públicas) envolvidas, em particular, a empresa Metropolitano de Lisboa, EPE, aqui concretamente em causa. Não pode, pois, deixar de valorar-se, nesta sede, o facto de a confiança a proteger não se fundar numa expectativa de manutenção de um regime jurídico comum, constituído por normas gerais e abstratas, mas sim na convicção de respeito por uma previsão individualizada para um grupo pré-definido de destinatários, pactuada num quadro de exercício da autonomia contratual por ambas as partes. Daqui parece, portanto, dever resultar uma maior intensidade da tutela conferida aos beneficiários das obrigações assumidas pelas empresas, uma vez que, se pode alegar-se ser moderadamente previsível a alteração, mais de uma década depois, de normas legais de alcance geral, esse argumento não se afigura razoável em

relação a disposições concretas plasmadas em acordos de empresa, respeitantes a um conjunto determinável de trabalhadores.

Além disso, não se olvide que não se trata, no caso em apreço, de uma empresa qualquer; independentemente de as dificuldades financeiras da mesma serem (ou não) do conhecimento dos trabalhadores, é evidente que o peso do Estado enquanto acionista funcionou como elemento adicional – e decisivo – para a formação da convicção daqueles acerca da viabilidade política e económico-financeira da manutenção dos acordos respeitantes aos complementos de reforma. Assim, a consideração da separação formal entre a empresa pública e as estruturas políticas do Estado, a que se deu grande importância em 2014, não passa disso mesmo – de um argumento meramente formal, que permite ignorar a situação material destes trabalhadores. Na verdade, o que estes então sabiam é que era o Estado que nomeava a administração da empresa e definia, em Assembleia Geral, as suas opções estratégicas. Ora, o Estado é sempre o (mesmo) Estado, e deve atuar de boa fé, nas relações com os particulares. Não pode o legislador desculpar-se com a ação do executivo, ou o executivo sustentar que nada teve que ver com decisões tomadas por administrações de empresas por si nomeadas, em prossecução de opções de gestão por si definidas. Por isso, creio que o princípio da proteção da confiança não só permite, como impõe, a desconsideração, neste plano, da personalidade jurídica das entidades empresariais outorgantes, e uma avaliação da realidade substancial subjacente à questão de constitucionalidade em apreço.

Os complementos de pensão acordados por via da contratação coletiva, e eliminados pela norma questionada, funcionaram como instrumento de uma política de recursos humanos de largo espectro, no quadro de opções fundamentais de gestão das empresas envolvidas, que permitiu flexibilidade na reestruturação dos seus quadros e saídas por acordo que possibilitaram a preservação de paz social. Neste contexto, as escolhas dos trabalhadores não podem deixar de ser consideradas legítimas, justificadas, sérias e - sobretudo - irreversíveis, já que aqueles não podem, quer por razões legais, quer por razões materiais, voltar atrás, renunciando ao status de aposentado e procurando adotar um percurso contributivo distinto, de forma a obter uma pensão superior por parte do respetivo regime de segurança social. Além disso, não é difícil crer, como alegam os recorrentes, que a atribuição destes complementos de pensão tenha sido um elemento fundamentalíssimo para a opção pelo abandono da vida ativa, incentivada pela empresa recorrida – Metropolitano de Lisboa – e viabilizada pela obtenção de uma pensão correspondente a uma carreira contributiva completa, somando a pensão de aposentação aos mencionados complementos.

Nestes termos, mesmo considerando como contrapolo valorativo o justificado empenho do legislador orçamental na consolidação das contas e da complexa situação financeira de algumas empresas públicas, mais ainda no cenário político e



económico-financeiro em que foi aprovada a norma questionada, entendo ser verosímil considerar que existiriam opções legislativas menos gravosas que permitissem alcançar idêntico resultado de consolidação das contas públicas, pondo, por isso, em causa a observância da dimensão de necessidade, no quadro do princípio da proporcionalidade. Por outro lado, julgo que pode fundadamente defender-se que se ultrapassa aqui o princípio da proibição do excesso, dado o elevado sacrifício imposto aos afetados, que implica uma ablação de parte do seu rendimento, chegando a percentagens muito significativas do rendimento mensal. Note-se, ainda, que esta ablação de uma parcela do rendimento se somou, durante a vigência das chamadas medidas de austeridade, às resultantes de outras opções normativas, de carácter geral, com vista à consolidação orçamental, como o aumento da carga fiscal ou o alargamento da Contribuição Extraordinária de Solidariedade, a que os beneficiários dos complementos de pensão em causa ficaram sujeitos.

Deste modo, e pelas razões expostas, entendo que a norma questionada é inconstitucional, (também) por violação do princípio da proteção da confiança legítima.

Mariana Canotilho

## **Acórdão nº 278/2022**

**Processo n.º 793/2021**

**1ª Secção**

**Relator: Conselheiro José António Teles Pereira**

Acordam na 1.ª Secção do Tribunal Constitucional

I – A Causa

1. A. (o ora recorrente) apresentou, nos serviços da Segurança Social, um pedido de apoio judiciário na modalidade de dispensa da taxa de justiça e demais encargos com o processo, tendo em vista a dedução de oposição a um pedido de declaração de insolvência, nos termos do artigo 30.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE).

1.1. Confrontado com a proposta de decisão de deferimento do benefício na modalidade de pagamento faseado da taxa de justiça e demais encargos com o processo, o requerente não a aceitou, por pretender apenas o benefício nos exatos termos em que o solicitou. Perante a não aceitação, os serviços da Segurança Social indeferiram o pedido.

1.1.1. O requerente impugnou esta decisão junto do Juízo de Comércio de Vila Nova de Gaia, invocando, designadamente, a inconstitucionalidade da “[...] norma que resulta dos critérios estabelecidos para efeito de prova e apreciação da insuficiência económica na Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, e na Portaria n.º 1085-A/2004, de 31 de agosto, em especial, das disposições constantes dos artigos 8.º, 8.º-A e 8.º-B e do anexo da mencionada lei e dos artigos 12.º e anexo IV da referida portaria, quando interpretadas no sentido de que não se encontra em situação de insuficiência económica aquele cujo rendimento mensal disponível é igual, ou praticamente igual, ao valor da taxa de justiça a pagar no concreto procedimento judicial para o qual solicitou a proteção jurídica na modalidade de dispensa do pagamento da taxa de justiça ou aquele que, em consequência da concessão de proteção jurídica na modalidade de pagamento faseado e do pagamento das correspondentes prestações, passa a dispor de um rendimento mensal disponível inferior ao valor do salário mínimo nacional”.

1.1.2. Por sentença de 30/04/2021, o Juízo de Comércio de Vila Nova de Gaia julgou improcedente a impugnação. Assentou esta decisão nos fundamentos seguintes:

“[...]”

Factos com interesse para a decisão:

– Em 08.07.2020 o requerente B., S.A. veio requerer a declaração de insolvência de A..

– Citado, veio o requerido A. em 04.08.2020 deduzir oposição ao pedido de declaração de insolvência formulado.

[...]”

– O requerente é titular das seguintes quotas sociais: – no valor nominal de €100,00 na sociedade C., Lda.; – no valor nominal de €1.250,00 na sociedade ‘D., Lda.’;

– as quotas da sociedade ‘E., Lda.’ são no valor de €2.750,00 e €2.250,00.

Vejamos.

Como resulta do requerimento que deu origem aos presentes autos, o requerente [...] veio impugnar a decisão do ISS que lhe indeferiu o pedido de apoio judiciário na modalidade de dispensa de pagamento da taxa de justiça e demais encargos para intervir nos presentes autos, invocando, desde logo, que ocorreu uma nulidade, porquanto o ISS não identifica os ativos em que baseou a sua decisão, assentando a decisão do ISS em factos incorretos e insuficientes.

Na sua decisão, o ISS dá por assente que o impugnante tem uma participação social de €1.250,00.

Por seu turno, na sua impugnação, o requerente invoca, no artigo 3.º, que apenas reconhece ser titular de uma quota social com o valor nominal de €100,00, na sociedade C., Lda.', a qual não tem qualquer valor por não ter qualquer atividade e que a não identificação dos alegados ativos imputados ao agregado familiar impediu o mesmo de se pronunciar sobre a proposta dos serviços do ISS...' (artigo 4.º).

No entanto, resulta dos documentos juntos aos autos, que o requerente não tem apenas a referida participação social, mas também uma quota na 'D., Lda.' no valor de €1.250,00 e as quotas da sociedade 'E., Lda.' são no valor de €2.750,00 e €2.250,00.

Atendendo a estes factos e, concordando com o M.P., parece que não existem razões para as dúvidas do requerente de que a participação social a que aludiu o ISS era a única que detém nesse valor, porque não era.

Em todo o caso, compulsada a decisão do ISS, o valor da participação social não foi decisivo na decisão proferida de lhe conceder apoio judiciário na modalidade de pagamento faseado.

Deste modo, não nos parece que exista qualquer nulidade, uma vez que o requerente tinha ao seu alcance as informações necessárias à sua defesa, pois até indicou outra quota de €100,00 que também detinha.

Alegou ainda o requerente a sua situação de insuficiência económica, invocando que auferia uma pensão de €1.005,50/mês, rendimento auferido pelo agregado familiar só por si constituído, rendimento mensal líquido que está penhorado à ordem de uma execução, retendo o CNP uma quantia correspondente a 1/3 do valor da pensão, vivendo atualmente única e exclusivamente com a quantia mensal de €669,00.

Compulsada a decisão do ISS constata-se que no cálculo do rendimento anual efetuado para apreciação do pedido, foi aquele valor o considerado pelo ISS, bem como teve em atenção as despesas alegadas, o que levou o ISS a concluir que o requerente poderia beneficiar de apoio judiciário na modalidade de pagamento faseado, que o requerente não aceitou, razão pela qual o ISS indeferiu o pedido.

Por tudo isto e do que consta dos autos, entendemos, s.m.o., que o ISS analisou corretamente a situação económica do requerente tal como foi apresentada pelo requerente, pelo que, entendemos ser de manter a decisão do ISS.

[...]" (sublinhados acrescentados).

1.1.3. O requerente arguiu a nulidade da sentença de 30/04/2021, insistindo na invocação da inconstitucionalidade da norma enunciada em 1.1.1., supra.

1.1.3. Por despacho de 25/06/2021, a arguição de nulidade foi indeferida, afirmando-se, designadamente, o seguinte:

“[...]

[O] tribunal analisou, de facto, a situação pessoal e patrimonial do requerente, remetendo para a decisão do ISS as questões ali analisadas, levando em conta que o requerente auferia uma pensão de €1.005,50/mês, rendimento auferido pelo agregado familiar só por si constituído, rendimento mensal líquido que está penhorado à ordem de uma execução, retendo o CNP uma quantia correspondente a 1/3 do valor da pensão, vivendo atualmente única e exclusivamente com a quantia mensal de €669,00. Por outro lado, ao considerar-se que a decisão do ISS levou em conta no cálculo do rendimento anual para apreciação do pedido o valor invocado pelo requerente assim como as despesas por ele alegadas e concluiu que o requerente poderia beneficiar de apoio judiciário na modalidade de pagamento faseado, implicitamente, consideramos as normas invocadas constitucionais, porém, a não entender assim, sempre se dirá que, se é certo que a Constituição da República Portuguesa estabelece que a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais e que a justiça não pode ser denegada por insuficiência de meios económicos, essa insuficiência económica terá de ser aferida de acordo com o art.º 8.º e 8.º A da Lei 34/2004, de 29 de julho, não se podendo igualmente esquecer que o acesso à justiça não é gratuito e que o legislador apenas quis contemplar, nas situações do apoio judiciário, as situações de impossibilidade económica para fazer face às despesas normais de uma ação.

No caso sub judice, de acordo com a decisão do ISS de atribuição do apoio judiciário na modalidade de pagamento faseado, o requerente, não obstante o valor da taxa de justiça, terá de despendar, mensalmente, a prestação de €64,97, valor que, s.m.o., atento o seu agregado familiar composto apenas por si, não nos parece que esse valor mensal tenha um impacto de relevo na sua subsistência.

Deste modo e atento o exposto não nos parece que haja fundamento para que o tribunal declare a inconstitucionalidade das normas em apreço, nem que se verifique qualquer nulidade da decisão.

[...]” (sublinhados acrescentados).

1.2. Desta decisão recorreu o requerente para o Tribunal Constitucional, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC – recurso que deu origem aos presentes autos –, tendo em vista um juízo de inconstitucionalidade da norma enunciada em 1.1.1., supra.

1.2.1. O recurso foi admitido no Juízo de Comércio de Vila Nova de Gaia, com efeito suspensivo.

1.2.2. No Tribunal Constitucional, o relator proferiu despacho com o seguinte teor:

“[...]

Deve ter-se em atenção que, nos presentes autos, a decisão recorrida não afastou – logo, implicitamente acolheu – como dados pressupostos na sua fundamentação os dados de facto que o recorrente assinalou, designadamente que o pedido de apoio judiciário se destinou a suportar taxa de justiça no valor de €612,00 e que o pagamento faseado afetaria o rendimento líquido disponível do requerente tornando-o inferior ao valor da remuneração mínima mensal garantida.

Também resulta admitido expressamente na decisão recorrida que o rendimento mensal líquido disponível para o recorrente é de €669,00.

O recorrente indica como objeto do recurso uma norma extraída dos artigos 8.º, 8.º-A, 8.º-B e Anexo da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, e 12.º e Anexo IV da Portaria n.º 1085-A, de 31 de agosto, na interpretação segundo a qual 'não se encontra em situação de insuficiência económica aquele cujo rendimento mensal disponível é igual ou praticamente igual ao valor da taxa de justiça a pagar no concreto procedimento judicial para o qual solicitou a proteção jurídica na modalidade de dispensa de pagamento da taxa de justiça e demais encargos ou aquele que, em consequência da concessão de proteção jurídica na modalidade de pagamento faseado e do pagamento das correspondentes prestações, passa a dispor de um rendimento mensal disponível inferior ao valor do salário mínimo nacional'.

Sendo a pretensão clara e, em geral, ajustada aos fundamentos da decisão recorrida, importa tornar um pouco mais preciso, em termos formais, o objeto do recurso, respeitando o sentido substancial assinalado pelo recorrente.

Assim, notifique as partes para alegações, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 79.º, n.º 1, da LTC, com cópia do presente despacho, devendo ter-se como objeto do recurso a norma contida nos artigos 8.º, 8.º-A, 8.º-B e Anexo da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, e 12.º e Anexo IV da Portaria n.º 1085-A/2004, de 31 de agosto, interpretados no sentido segundo o qual a insuficiência económica demonstrada pelo requerente do benefício do apoio judiciário não lhe permite obter o benefício da dispensa de pagamento da taxa de justiça e demais encargos com o processo, mas apenas o respetivo pagamento faseado, quando o rendimento mensal disponível é substancialmente equivalente ao valor da taxa de justiça inicial a suportar no processo e o valor da prestação mensal a suportar na modalidade de pagamento faseado tem como consequência uma diminuição do rendimento mensal líquido do beneficiário para um valor inferior ao da remuneração mínima mensal garantida.

[...]" (sublinhado acrescentado).

1.2.3. O recorrente apresentou alegações, que rematou com as seguintes conclusões:

“[...]

1. O recorrente, com o intuito de instruir oposição à declaração de insolvência contra si intentada, [...] solicitou a concessão de apoio judiciário na modalidade de dispensa de taxa de justiça e demais encargos com o processo, implicando a dedução da mencionada oposição o pagamento de uma taxa de justiça no valor de €612,00.

2. Em face do mencionado pedido de assistência judiciária, o ISS entendeu que não se mostram verificados os critérios de que depende o deferimento do pedido de proteção jurídica na modalidade requerida pelo recorrente, considerando adequada a concessão de assistência judiciária na modalidade de pagamento faseado da taxa de justiça e demais encargos com o processo, mediante o pagamento de prestações mensais no valor de €60,00.

3. Com fundamento na não verificação dos requisitos de que depende a atribuição de apoio judiciário na modalidade requerida e na não aceitação pelo Recorrente da sua proposta de concessão de assistência judiciária na modalidade de pagamento faseado da taxa de justiça e demais encargos com o processo, indeferiu o pedido de apoio judiciário apresentado pelo Recorrente.

4. Por força deste indeferimento, o Recorrente apresentou impugnação judicial na qual, para além do mais, alegou que 'a interpretação dos critérios estabelecidos para efeito de prova e apreciação da insuficiência económica na Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, e na Portaria n.º 1085-A/2004, de 31 de agosto, em especial, das disposições constantes dos artigos 8.º, 8.º-A, 8.º-B e do anexo da mencionada lei e dos artigos 12º e anexo IV da referida portaria, no sentido de que não se encontra em situação de insuficiência económica aquele cujo rendimento mensal disponível é igual, ou praticamente igual, ao valor da taxa de justiça a pagar no concreto procedimento judicial para o qual solicitou a proteção jurídica na modalidade de dispensa do pagamento da taxa de justiça ou aquele que, em consequência da concessão de proteção jurídica na modalidade de pagamento faseado e do pagamento das correspondentes prestações, passa a dispor de um rendimento mensal disponível inferior ao valor do salário mínimo nacional, mostra-se inconstitucional por violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito de acesso ao direito aos tribunais, consagrados nos artigos 1.º e 20.º da Constituição da República Portuguesa'.

5. O Tribunal a quo, não obstante reconhecer que o rendimento mensal disponível do recorrente é de €669,00, entendeu que o 'ISS analisou corretamente a situação económica tal como foi apresentada pelo requerente' e que 'não nos parece que haja fundamento para que o tribunal declare a inconstitucionalidade das normas em apreço'.

6. O recorrente aufero o rendimento mensal líquido de €669,00, correspondente à pensão mensal líquida por si auferida no valor de €1.005,50, deduzida de quantia correspondente a 1/3 do respetivo valor, penhorada à ordem

de execução instaurada contra o requerente e que corre termos sob o processo n.º 20312/18.6T8PRT.

7. A concessão ao recorrente de apoio judiciário na modalidade de pagamento faseado, nos termos propostos pelo ISS, implicaria que o Recorrente, após o pagamento mensal de 60,00€, ficaria com um rendimento disponível de €609,00 durante dez meses, inferior ao rendimento mensal mínimo garantido que se cifra em €665,00.

8. O pagamento integral pelo recorrente da taxa de justiça no montante de €612,00, necessária para instruir a oposição à declaração de insolvência, caso não beneficie de proteção jurídica, implicaria que o mesmo, atento o valor de pensão mensal auferida, ficasse com um rendimento disponível de €57,00, montante claramente insuficiente para fazer face às despesas mensais de qualquer cidadão.

9. O ISS e o Tribunal a quo interpretaram as normas constantes dos artigos 8.º, 8.º-A, 8.º-B e do anexo da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, e dos artigos 12.º e anexo IV da Portaria n.º 1085-A, de 31 de agosto, que visam determinar as situações de insuficiência económica merecedoras da concessão de assistência judiciária, no sentido de não se conceder ao Recorrente a dispensa do pagamento da taxa de justiça e demais encargos com o processo, não obstante o respetivo rendimento se fixar num valor equivalente ao valor da taxa de justiça a suportar no processo em causa, mas apenas o respetivo pagamento faseado, apesar de o pagamento da prestação mensal a pagar pelo Recorrente determinar a diminuição do rendimento líquido do beneficiário para um valor inferior ao da remuneração mínima mensal garantida.

10. "Assim como o salário mínimo nacional contém em si a ideia de que é a remuneração básica estritamente indispensável para satisfazer as necessidades impostas pela sobrevivência digna do trabalhador e que por ter sido concebido como o "mínimo dos mínimos" não pode ser, de todo em todo, reduzido, qualquer que seja o motivo, assim, também uma pensão por invalidez, doença, velhice ou viuvez cujo montante não seja superior ao salário mínimo nacional não pode deixar de contar em si a ideia de que a sua atribuição corresponde ao montante mínimo considerado necessário para uma subsistência digna do respetivo beneficiário." (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 177/2002, de 23 de abril).

11. 'A retribuição mínima mensal garantida corresponde assim ao montante mínimo capaz de assegurar a subsistência com o mínimo de dignidade.' (Acórdão do Tribunal a Relação de Guimarães, Processo n.º 1248/20.7TVNF.G1)

12. Resulta do princípio da dignidade da pessoa humana e da interpretação das normas infraconstitucionais em harmonia com esse mesmo princípio, que ninguém pode ser privado de valor igual ao rendimento mínimo mensal garantido, sob pena de não ter condições para uma vida digna.

13. 'Sendo a 'dignidade' um princípio basilar que o Estado adota na Lei Fundamental como 'princípio dos princípios', faz sentido que, na interpretação das normas infraconstitucionais que pressupõe tal conceito, se acolha o critério da interpretação conforme à Constituição' (acórdão do Tribunal Constitucional n.º 177/2002)

14. A interpretação das disposições constantes dos artigos 8.º, 8.º-A, 8.º-B e do anexo da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, e do artigo 12.º e do anexo IV da Portaria n.º 1085-A, de 31 de agosto, nos termos em que é efetuada pelo ISS e pelo Tribunal a quo, determina que o exercício pelo Recorrente do seu direito de defesa fique sujeito a uma das seguintes duas opções possíveis: ou abdica praticamente da totalidade do valor disponível da sua pensão mensal num determinado mês, ficando reduzido à quantia mensal de 57,00€, ou fica limitado durante dez meses a uma pensão líquida mensal com um valor inferior ao rendimento mínimo mensal garantido, a saber, €609,00, chocando qualquer um dos referidos cenários com o princípio da dignidade humana.

15. O direito de acesso ao direito e aos tribunais, consagrado no artigo 20.º da CRP, 'proíbe seguramente que eles [os serviços de justiça] sejam tão onerosos que dificultem, de forma considerável, o acesso aos tribunais. Em qualquer caso, não pode deixar de haver isenções para quem não puder suportá-los sem grandes sacrifícios.' (José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada Volume 1, 4a Edição, 2007, p. 411).

16. 'O conceito de insuficiência de meios económicos é um conceito relativo, não podendo ser dissociado do valor das custas e dos encargos no acesso ao direito e tribunais. A incapacidade económica que justifica a concessão de apoio judiciário deve, concretamente, ser 'aferida tendo em conta os custos concretos de cada ação e a disponibilidade da parte que o solicita, não estando excluído que seja concedido, em maior ou menos medida, a cidadãos com capacidade económica bem superior à média, se o valor em causa assim o justificar (Ac. N.º 247/99)' (Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, tomo 1, 2.ª edição, pp. 427 e 428).

17. Resulta inelutavelmente do princípio constitucional do acesso ao direito e aos tribunais que não pode ser vedado aos cidadãos o acesso ao direito, bem como aos tribunais, por força de dificuldades económicas, devendo a insuficiência de meios económicos ser aferida em função do valor de custas e de encargos para o acesso aos tribunais.

18. No caso sub judice, qualquer uma das soluções facultadas ao Recorrente, a saber, a recusa liminar de assistência judiciária ou a atribuição de apoio na modalidade de pagamento faseado, mediante o pagamento de prestações mensais no valor de 60,00€, limitam de forma intolerável o seu direito ao acesso aos tribunais e à justiça, numa clara violação do preceituado no artigo 20.º, n.º 1, da CRP.



19. No n.º 8 do artigo 8.º-A da Lei n.º 34/2004 consagra-se uma válvula de segurança para impedir que a aplicação dos critérios previstos no regime que regula a assistência judiciária, para determinar as situações de insuficiência económica, possa conduzir a uma “manifesta negação do acesso ao direito e aos tribunais”, como a que se verifica no caso sub judice, não tendo tal válvula sido considerada nem pelo Recorrido, nem pelo Tribunal a quo.

20. Por tudo o exposto supra, ao interpretar os artigos 8.º, 8.º-A, 8.º-B e Anexo da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, e 12.º e Anexo IV da Portaria n.º 1085-A, de 31 de agosto, no sentido segundo o qual a insuficiência económica demonstrada pelo requerente do benefício do apoio judiciário não lhe permite obter o benefício da dispensa de pagamento «da taxa de justiça e demais encargos com o processo, mas apenas o respetivo pagamento faseado, quando o rendimento mensal disponível é substancialmente equivalente ao valor da taxa de justiça inicial a suportar no processo e o valor da prestação mensal a suportar na modalidade de pagamento faseado tem como consequência uma diminuição do rendimento mensal líquido do beneficiário para um valor inferior ao da remuneração mínima mensal garantida, o aresto em crise violou de uma forma manifesta e grosseira os princípios da dignidade da pessoa humana e do acesso ao direito e aos tribunais consagrados nos artigos 1.º e 20.º da CRP, devendo tal interpretação ser considerada como inconstitucional e, conseqüentemente, determinar-se a revogação desse aresto e a sua substituição por decisão que determine o deferimento do pedido do Recorrente de proteção jurídica na modalidade de dispensa do pagamento da taxa de justiça e demais encargos com o processo.

[...]”.

1.2.4. O recorrido não apresentou contra-alegações.

Cumpra, enfim, apreciar e decidir o presente recurso.

## II – Fundamentação

2. Está em causa, nos presentes autos, a norma contida nos artigos 8.º, 8.º-A, 8.º-B e Anexo da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, e 12.º e Anexo IV da Portaria n.º 1085-A/2004, de 31 de agosto, interpretados no sentido segundo o qual a insuficiência económica demonstrada pelo requerente do benefício do apoio judiciário não lhe permite obter o benefício da dispensa de pagamento da taxa de justiça e demais encargos com o processo, mas apenas o respetivo pagamento faseado, quando o rendimento mensal disponível é substancialmente equivalente ao valor da taxa de justiça inicial a suportar no processo e o valor da prestação mensal a suportar na modalidade de pagamento faseado tem como consequência uma diminuição do rendimento mensal líquido do beneficiário para um valor inferior ao da remuneração mínima mensal garantida.

2.1. O recorrente invoca os parâmetros previstos nos artigos 1.º e 20.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), o primeiro por referência ao princípio da dignidade da pessoa humana e o segundo na dimensão de acesso ao direito e aos tribunais (contida no n.º 1 do referido artigo 20.º).

Parece seguro afirmar que o parâmetro mais diretamente mobilizável como critério de solução da questão que molda o recurso é o do artigo 20.º, n.º 1, da CRP, ao consagrar expressamente a proibição de denegação da justiça por insuficiência de meios económicos, nessa medida concretizando, no domínio em causa, o princípio geral do artigo 1.º, para além de outros que concorrem para a apontada proibição.

Não obstante, não deixarão de se extrair do artigo 1.º da CRP algumas exigências relevantes na matéria em apreço, designadamente, como assinalam Jorge Miranda e António Cortês [Jorge Miranda e Rui Medeiros (org.), Constituição Portuguesa Anotada, vol. I, 2.ª edição revista, Lisboa, 2017, p. 69]:

“[...]”

[A] dignidade da pessoa exige condições económicas de vida capazes de assegurar liberdade e bem-estar (cfr., ainda, artigo 25.º da Declaração Universal). [...] Daí ainda caber ao sistema de segurança social proteger os cidadãos [...] na doença, na velhice, na invalidez, na viuvez e na orfandade, no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição dos meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho (artigo 63.º, n.º 3). [...]

Daí, conseqüentemente, o direito das pessoas a uma existência condigna [artigo 59.º, n.º 2, alínea a), in fine] ou a um mínimo de subsistência, numa dupla dimensão:

a) Negativa – garantia de salário, impenhorabilidade do salário mínimo ou de parte do salário e da pensão que afete a subsistência, não sujeição a imposto sobre o rendimento pessoal de quem tenha rendimento mínimo (cfr., entre tantos, Acs. n.os 349/91, 96/2004, 306/2005, 657/2006 e 28/2007).

[...]”

b) E positiva – a atribuição de prestações pecuniárias a quem esteja abaixo do mínimo de subsistência (cfr. Ac. n.º 509/2002, de 19 de dezembro). Como se diz no citado Ac. n.º 592/2002: ‘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 a florado no 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’.

[...]”.

Mais especificamente, já por referência ao disposto no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, o direito de acesso aos tribunais [assinalando-se que o direito de acesso à justiça (e, nessa medida, de acesso aos tribunais) é um “direito fundamental de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias” (Acórdãos n.ºs 364/2004, 803/2017, 675/2018 e 221/2019)] pode ser caracterizado, em termos gerais, do modo seguinte:

“[...]”

A garantia fundamental do acesso aos tribunais é uma concretização do princípio do Estado de direito, apresentando, conforme refere Gomes Canotilho, uma dimensão de defesa ou garantística (defesa dos direitos através dos tribunais) e uma dimensão «prestacional», significando o dever de o Estado assegurar meios (como o apoio judiciário) tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios económicos. Ou, como sintetiza o mesmo autor: «o acesso à justiça é um acesso materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades» (cfr. Direito Constitucional, 5.ª ed., Coimbra, 1991, p. 668).

Esta pluridimensionalidade do princípio da tutela jurisdicional dos direitos é também reconhecida por Jorge Miranda (Manual de Direito Constitucional, Parte IV, «Direitos Fundamentais», Coimbra, 1988, pp. 255-257): «os direitos fundamentais serão sempre insuficientemente protegidos enquanto estiverem desprovidos de tutela jurisdicional. Daí o artigo 8.º da Declaração Universal e daí ser significativa a colocação do artigo 20.º entre os princípios gerais dos direitos fundamentais. Quer os direitos liberdades e garantias, quer os direitos sociais, se bem que em termos mais fortes os primeiros do que os segundos, são por ele abrangidos». E, mais adiante: «o que o artigo 20.º, n.º 2, decerto, veda é qualquer tipo de restrição — nomeadamente económica — ao acesso aos tribunais. O que o artigo 20.º, n.º 1, decerto exige é que, quando esteja em causa qualquer direito, a última palavra caiba aos tribunais. E porque o próprio princípio pode configurar-se como um direito, liberdade e garantia, nessa medida participa do regime correspondente aos direitos, liberdades e garantias. Além de um direito, liberdade e garantia, o artigo 20.º, n.º 2, contém um direito social — o direito de não ter a justiça denegada por insuficiência de meios económicos» (esta redação do artigo 20.º, a que se faz referência, é anterior à revisão constitucional de 1989).

A compreensão do sentido e alcance da norma do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, haverá de ter em conta esta dupla dimensão da garantia do acesso à justiça — a dimensão de defesa e a dimensão de prestação — e ainda a necessária articulação de tal garantia com o princípio fundamental da igualdade (Constituição da República Portuguesa, artigo 13.º).

Desde logo, porque o «direito ao tribunal», nesta sua pluridimensionalidade, não significa para o Estado aquele dever de abstenção que, em regra, vai ligado

aos direitos de defesa: significa antes a incumbência de o Estado realizar a tarefa qualificada de proporcionar aos cidadãos a tutela jurisdicional dos seus direitos. Depois, porque «o imperativo constitucional da igualdade terá, inevitavelmente, o efeito de entranhar todo o sistema de direito fazendo-se valer em matéria de acesso à justiça», como afirma Martin Shapiro (na obra coletiva, *Accés à la Justice et État-Providence*, Paris, 1984, p. 21).

A avaliação da constitucionalidade das normas do Código das Custas Judiciais, na redação do Decreto-Lei n.º 387-D/87, de 29 de dezembro, aqui em apreço, coloca, desde logo o problema de saber se do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição da República, se retira o corolário da gratuitidade da justiça.

A Comissão Constitucional, com referência à versão originária da Constituição, afirmou no Parecer n.º 8/78, de 23 de fevereiro, a tal propósito:

«Ao assegurar o «acesso aos tribunais, para defesa dos seus direitos», a primeira parte do n.º 1 do artigo 20.º da Constituição consagra a garantia fundamental que se traduz em confiar a tutela dos direitos individuais àqueles órgãos de soberania a quem compete administrar a justiça em nome do povo (artigo 205.º). A defesa dos direitos e dos interesses legalmente protegidos dos cidadãos integra expressamente o conteúdo da função jurisdicional, tal como ela se acha definida no artigo 206.º da lei fundamental.

Do mesmo passo, ao assegurar a todos o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, o legislador constitucional reafirma o princípio geral da igualdade consignado no n.º 1 do artigo 13.º.

Mas indo além do mero reconhecimento de uma igualdade formal no acesso aos tribunais, o n.º 1 do artigo 20.º, na sua parte final, propõe-se afastar neste domínio a desigualdade real nascida da insuficiência de meios económicos, determinando expressamente que tal insuficiência não pode constituir motivo de denegação da justiça.

Está assim o legislador constitucional a consagrar uma aplicação concreta do princípio sancionado no n.º 2 do artigo 13.º, segundo o qual «ninguém pode ser (...) privado de qualquer direito (...) em razão de (...) situação económica».

Não se dirá, todavia, que do n.º 1 do artigo 20.º da Constituição decorre o imperativo de uma justiça gratuita.

O sentido do preceito, na sua parte final, será antes o de garantir uma igualdade de oportunidades no acesso à justiça, independentemente da situação económica dos interessados. E tal igualdade pode assegurar-se por diferentes vias, que variarão consoante o condicionalismo jurídico-económico definido para o acesso aos tribunais. Entre os meios tradicionalmente dispostos em ordem a atingir esse objetivo conta-se, como é sabido, o instituto de assistência judiciária, mas, ao lado deste, outros institutos podem apontar-se ou vir a ser reconhecidos por lei.

Será assim de concluir que haverá violação da parte final do n.º 1 do artigo 20.º da Constituição se e na medida em que na ordem jurídica portuguesa, tendo em vista o sistema jurídico-económico aí em vigor para o acesso aos tribunais, puder o cidadão, por falta de medidas legislativas adequadas, ver frustrado o seu direito justiça, devido a insuficiência de meios económicos.»

(In: Pareceres da Comissão Constitucional, 5.º vol., p. 3).

Também a jurisprudência constitucional vem afirmando que a garantia de acesso aos tribunais consagrada no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, não implica que a justiça haja de ser gratuita. No Acórdão n.º 433/87, publicado no Diário da República, II Série, de 12 de fevereiro de 1988, considerou-se:

«A ideia de uma justiça gratuita tem-se, em geral, por utópica. Mas a onerosidade dos processos constitui, de per si, um fator de forte incidência discriminatória do acesso aos tribunais, pois que pode reduzir o respetivo direito a uma pura ilusão para todos aqueles que, por falta de capacidade económica, não possam suportar as despesas inerentes ao facto de estar em juízo.

Sendo isto assim, o Estado de direito democrático não há de contentar-se com proclamar os direitos fundamentais dos cidadãos; designadamente, não lhe basta afirmar que «a todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos» (cfr. artigo 20.º, n.º 2, da Constituição). A mais do que isso, tem de preocupar-se com proporcionar a todos os meios concretos do exercício de um tal direito, providenciando para que os litigantes carecidos de meios económicos para a demanda se não vejam, por esse facto, impedidos de defender em juízo os seus direitos, nem tão-pouco sejam colocados em situação de inferioridade perante a contraparte com capacidade económica. (cfr., ainda, os Acórdãos n.os 307/90, 339/90 e 352/91, publicados, respetivamente, nos Diários da República, II Série, n.os 52, de 4 de março de 1991, 136, de 17 de junho de 1991, e 290, de 17 de dezembro de 1991).»

E, com efeito, a norma do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, não contém um imperativo de gratuitidade da justiça. É evidente, neste plano, um espaço de conformação do legislador a que não é estranha a dimensão de prestação assinalada ao princípio fundamental do acesso aos tribunais. Mas esse espaço de conformação tem os limites que são dados pela irreduzível dimensão de defesa da tutela jurisdicional dos direitos, postulando soluções legislativas que assegurem um acesso igual e efetivo aos tribunais. Então, o princípio da proporcionalidade vem aqui «alicerçar um controlo jurídico-constitucional da liberdade de conformação do legislador e situar constitucionalmente o espaço de prognose legislativa» (J. J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra 1982, p. 274).

O asseguramento da garantia do acesso aos tribunais subentende uma programação racional e constitucionalmente adequada dos custos da justiça: o

legislador não pode adotar soluções de tal modo onerosas que impeçam o cidadão médio de aceder à justiça. Além disso, vinculado que está aos princípios de universalidade e da igualdade, haverá ainda de assegurar às pessoas economicamente carenciadas formas de apoio que viabilizem a tutela jurisdicional dos seus direitos.

[...]" (sublinhados acrescentados).

A situação económica do beneficiário deve ser "[...] aferida tendo em conta os custos concretos de cada ação e a disponibilidade da parte que o solicita" (Acórdão n.º 247/99). Na apreciação da situação de carência económica do requerente do apoio judiciário, é indiscutível a relevância do salário mínimo, enquanto indicador seguro e objetivo de um limiar abaixo do qual qualquer pessoa terá, pelo menos, sérias dificuldades em assegurar uma existência digna, seguramente agravadas caso haja de suportar custas judiciais. Tal relevância não deixou de ser, de algum modo, sublinhada no Acórdão n.º 441/2008, pese embora a questão aí apreciada fosse diversa da que está em causa nos presentes autos:

"[...]

A concessão ou denegação de proteção jurídica, total ou parcial, encontra-se associada pelo legislador, no anexo I da Lei n.º 34/2004, à relação proporcional que intercede entre o valor do rendimento relevante para efeitos de proteção jurídica, resultante da subtração ao rendimento líquido das deduções relevantes para o mesmo efeito, acima assinaladas, e o valor do salário mínimo nacional.

Ora, se é certo que o método assim construído pelo legislador permite afastar a subjetividade do decisor administrativo na ponderação dos elementos económico-financeiros que seriam suscetíveis de evidenciar a capacidade económico-financeira para pagar as custas devidas na ação (sistema de custas esse conformado em função do valor da ação e que deve atender ao nível geral dos rendimentos dos cidadãos, conforme se faz notar no Acórdão n.º 102/98, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)), também não é menos certo que ele se mostra insensível para atender às especificidades da situação económica de muitos cidadãos requerentes do apoio judiciário.

Em certa perspetiva, a concreta inadequação do modelo para responder a essas situações resulta, essencialmente, do facto de em caso de baixos rendimentos ou aproximados e de algumas composições do agregado familiar, os coeficientes e os escalões de rendimento fixados, no âmbito das deduções, constantes nos anexos I a IV da Portaria, não serem capazes de deixar disponível para o cidadão uma margem de rendimento com o qual possa satisfazer as custas da ação, mesmo na forma faseada, sem que isso corresponda, perante a emergência de satisfação de necessidades básicas ou essenciais não relevadas ou não relevadas suficientemente

pelo legislador, a um impedimento ou dificuldade incomportável, próprios de uma situação de insuficiência económica.

Na verdade, esses coeficientes e valores não partem de qualquer consideração sobre o nível geral dos rendimentos e das despesas dos cidadãos médios, mas de um patamar abaixo dele.

O coeficiente de dedução de despesas com necessidades básicas do agregado familiar não é fixado em função das despesas médias do cidadão médio, integrado em um agregado familiar médio, que permita a satisfação das necessidades básicas correspondentes a esse "arquétipo" social, mas por referência às "forças" do próprio rendimento líquido completo do agregado familiar, variando regressivamente à medida que tal rendimento aumenta, mas sem que o coeficiente mais baixo se mostre idóneo para espelhar um índice adequado das despesas que é preciso suportar para que saiam satisfeitas as necessidades básicas do agregado familiar.

Para além disso, acresce que o referente com o qual é confrontado o rendimento relevante para efeitos da proteção jurídica, para determinar se a situação económica justifica e qual o modo ou grau de concessão do benefício do apoio judiciário, estabelecido no anexo da Lei n.º 34/2004, é, também, não o salário correspondente ao nível geral dos cidadãos, mas o salário mínimo nacional.

Ora, sabido que este decorre da ponderação do legislador sobre o que a economia está em condições de suportar em salários e o mínimo necessário para que o trabalhador que o afeire possa, ele próprio e apenas, viver com a dignidade própria de pessoa humana, fácil será constatar que o resultado relevado nos termos do método elegido pelo legislador se afastará, em muitos casos, de uma situação económica tal que permita aos requerentes pagar as despesas de justiça sem que isso represente um impedimento ou constrangimento intolerável no direito de acesso aos tribunais.

[...]" (sublinhados acrescentados).

Não poderá deixar-se de ver nos fundamentos do Acórdão n.º 441/2008 a afirmação de uma ideia de intangibilidade do salário mínimo nacional – aliás, o que ali se concluiu foi até um pouco além, no sentido de considerar que o limiar do salário mínimo pode mesmo ser insuficiente para dar adequada cobertura às efetivas necessidades de proteção jurídica, deixando como reverso desse entendimento que nesse limite, pelo menos, se encontrará uma barreira abaixo da qual a denegação de um apoio com dispensa integral de custas dificilmente será compatível com a Constituição.

Se a afetação do salário mínimo pode aceitar-se em condições muito excecionais, designadamente, quando a sua salvaguarda em relação a uma pessoa possa pôr em causa a subsistência de outra (assim, recentemente, o Acórdão

n.º 54/2022, no qual se decidiu não julgar inconstitucional a norma resultante da alínea c) do n.º 1 do artigo 48.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, em conjugação com o n.º 4 do artigo 738.º do Código do Processo Civil, quando interpretada no sentido de não estabelecer nenhuma diferenciação, fundada na natureza ou no montante dos rendimentos da pessoa judicialmente obrigada a prestar alimentos, e de não estabelecer como limite mínimo de aplicabilidade a preservação de montante equivalente ao valor do Indexante dos Apoios Sociais), a questão coloca-se em termos substancialmente diversos quando esteja em causa um dever de assistência a cargo do Estado orientado para assegurar a igualdade dos cidadãos no acesso à justiça.

Para tal finalidade, o limite relevante terá sempre de se encontrar acima do limiar de pobreza, correspondendo este ao “[...] critério erigido pelo Comité Europeu dos Direitos Sociais como standard de cumprimento dos deveres estaduais consagrados na Carta Social Europeia e que, de acordo com os valores disponibilizados pelo INE e Eurostat, se situa, na atualidade, aproximadamente em torno dos 540 euros mensais (e era, na avaliação anterior, de cerca de 501 euros mensais)” (novamente, Acórdão n.º 54/2022), pois mesmo esta barreira [apesar de ser muito superior ao valor do Rendimento Social de Inserção (€189,66 para o titular) e superior ao valor do Indexante dos Apoios Sociais (€443,20)] não é suficientemente robusta para assegurar verdadeira igualdade no acesso à justiça. Por outras palavras, não ser (necessariamente) pobre traz consigo a possibilidade de assegurar a subsistência, mas não assegura, só por si, uma posição verdadeiramente paritária nos tribunais, sem a qual não se poderá, enfim, afirmar que o acesso ao serviço da justiça se faz “em condições efetivas” (expressão de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra, 2014, p. 410).

Sendo imprestáveis, para o efeito assinalado, os demais critérios apontados, surge reforçada a ideia de intangibilidade do salário mínimo, que, como vimos, já havia sido afirmada, de algum modo, no Acórdão n.º 441/2008.

2.2. Regressando à hipótese dos autos, verificamos que, como se reconhece na decisão recorrida, o recorrente tem um rendimento líquido disponível mensal de €669,00 e a taxa de justiça a suportar na ação judicial para a qual pediu o benefício do apoio judiciário é de €612,00. O valor de cada prestação mensal a suportar na modalidade de pagamento faseado seria, no caso do recorrente, de €60,00 (artigos 11.º, n.º 2, e 12.º, conjugados com o Anexo IV, da Portaria n.º 1085-A/2004, de 31 de agosto), o que reduziria aquele rendimento mensal a €609,00 [ou seja, inferior ao salário mínimo nacional (ou remuneração mínima mensal garantida), seja no momento em que o pedido foi apresentado nos serviços da Segurança Social, seja no momento em que foi proferida a decisão administrativa (em ambos os casos, decorria o ano 2020), em que o respetivo valor era de €635,00, seja no momento em



que foi proferida a decisão recorrida (decorria o ano 2021), em que esse valor era de €665,00].

Tendo presente o exposto, verificamos que, nos termos da norma que viu aplicada à sua pretensão (que é posta em crise no presente recurso), o recorrente: i) não beneficia de apoio judiciário na modalidade de dispensa da taxa de justiça e demais encargos com o processo; ii) pode beneficiar de apoio judiciário na modalidade de pagamento faseado; e iii) se a não aceitar nesta última modalidade (como, efetivamente, a não aceitou), não beneficia de apoio judiciário, por não lhe ser concedida a primeira.

Que o recorrente fica intoleravelmente desprotegido nesta última opção é algo que não carece de demonstração, o que o caso dos autos bem ilustra, visto que a taxa de justiça a suportar equivale a mais de 90% do valor líquido mensal disponível para o requerente do benefício – daí, aliás ser qualificado como valor “substancialmente equivalente” a este, no enunciado da norma que se adotou (item 1.2.2., supra), consumindo-se o rendimento de um mês quase integralmente com a liquidação dessa taxa.

Resta saber se a segunda opção, que representa o resultado da norma impugnada, é aceitável, à luz do exposto no item anterior.

A resposta – desde já se adianta – não pode deixar de ser negativa.

Sublinhe-se, antes de mais, que, nos termos do artigo 13.º, n.º 1, da Portaria n.º 1085-A/2004, de 31 de agosto, o beneficiário de apoio judiciário na modalidade de pagamento faseado só pode suspender o pagamento das prestações a partir do momento em que “o somatório das prestações pagas pelo beneficiário de apoio judiciário na modalidade de pagamento faseado for, em dado momento, superior a quatro vezes o valor da taxa de justiça inicial”. Tomando como exemplo o caso dos autos, as prestações prolongar-se-iam até perfazer o valor de €2.448,00 (€612,00x4), ou seja, durante 3 anos e 5 meses. Ou seja, o recorrente encontrar-se-ia privado do valor equivalente ao salário mínimo nacional durante mais de 3 anos, para poder suportar os custos com um processo judicial.

Se esse resultado, por um só mês que fosse, dificilmente se compaginaria com as exigências jurídico-constitucionais atrás descritas, a consideração do restante regime legal e regulamentar aplicável, que estende significativamente no tempo a redução de um rendimento no limiar do salário mínimo para baixo desse limiar, mostra que o mesmo não é, simplesmente, tolerável.

Não pode razoavelmente afirmar-se que um sistema que vincula um cidadão, por um período temporal expressivo, a suportar semelhante redução do rendimento, colocando-o, nesse período, abaixo do limite equivalente àquele com que a generalidade dos trabalhadores (ainda assim, frequentemente, com grande dificuldade) podem contar para adotar um nível de vida minimamente satisfatório,

seja apto a garantir a igualdade dos cidadãos – desses cidadãos – no acesso aos tribunais. Aceitá-lo nesses termos é aceitar que um sistema que proporciona a justiça a quem a pode pagar e, num outro extremo, aos indigentes ou quase indigentes, negando-a a um considerável grupo de cidadãos posicionados entre aqueles dois extremos, como será o caso do recorrente.

Um tal nível de desproteção tem forçosamente de ser considerado incompatível com o disposto no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, sob pena de ali se encontrar uma tutela débil, de pouca expressão, que não corresponde certamente aos desígnios da Lei Fundamental em matéria de dignidade, de igualdade e de acesso aos tribunais.

2.3. De todo o modo, sempre se acrescentará que, para além de a violação do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição decorrer da afetação da disponibilidade do salário mínimo, a norma sub judice traduz uma inaceitável rigidez, que é também, só por si, violadora daquele preceito (cfr., designadamente, o Acórdão n.º 127/2008).

2.4. Em suma, existem razões bastantes para afirmar um juízo de censura jurídico-constitucional relativamente à norma contida nos artigos 8.º, 8.º-A, 8.º-B e Anexo da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, e 12.º e Anexo IV da Portaria n.º 1085-A/2004, de 31 de agosto, interpretados no sentido segundo o qual a insuficiência económica demonstrada pelo requerente do benefício do apoio judiciário não lhe permite obter o benefício da dispensa de pagamento da taxa de justiça e demais encargos com o processo, mas apenas o respetivo pagamento faseado, quando o rendimento mensal disponível é substancialmente equivalente ao valor da taxa de justiça inicial a suportar no processo e o valor da prestação mensal a suportar na modalidade de pagamento faseado tem como consequência uma diminuição do rendimento mensal líquido do beneficiário para um valor inferior ao da remuneração mínima mensal garantida. Vale o exposto por dizer que o recurso procede, com a consequente remessa do processo ao Juízo de Comércio de Vila Nova de Gaia, a fim de que este reforme a decisão em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade (artigo 80.º, n.º 2, da LTC).

### III – Decisão

#### 3. Em face do exposto, decide-se:

a) julgar inconstitucional a norma contida nos artigos 8.º, 8.º-A, 8.º-B e Anexo da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, e 12.º e Anexo IV da Portaria n.º 1085-A/2004, de 31 de agosto, interpretados no sentido segundo o qual a insuficiência económica demonstrada pelo requerente do benefício do apoio judiciário não lhe permite obter o benefício da dispensa de pagamento da taxa de justiça e demais encargos com o processo, mas apenas o respetivo pagamento faseado, quando o rendimento mensal disponível é substancialmente equivalente ao valor da taxa de justiça inicial

a suportar no processo e o valor da prestação mensal a suportar na modalidade de pagamento faseado tem como consequência uma diminuição do rendimento mensal líquido do beneficiário para um valor inferior ao da remuneração mínima mensal garantida; e, conseqüentemente,

b) julgar procedente o presente recurso, determinando-se a remessa dos autos ao Juízo de Comércio de Vila Nova de Gaia, para reforma da decisão recorrida em conformidade com o presente juízo de inconstitucionalidade.

3.1. Sem custas (artigos 84.º, n.º 2, da LTC e 4.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de outubro).

Lisboa, 26 de abril de 2022 - José Teles Pereira - Maria Benedita Urbano - Pedro Machete - José João Abrantes - João Pedro Caupers

## **Acórdão n.º 523/2021**

**Processo n.º 258/2019**

**2.ª Secção (Plenário)**

**Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros  
(Conselheira Mariana Canotilho)**

Acordam, em Plenário, no Tribunal Constitucional

### I – Relatório

1. O Ministério Público junto deste Tribunal Constitucional, interpôs recurso para o Plenário, nos termos do artigo 79.º-D, n.º 1, da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de novembro [LTC]), na sequência da prolação pela 2.ª Secção do Acórdão n.º 31/2020. Este aresto, com efeito, divergindo de pronunciamento decisório anterior do Tribunal, designadamente da Decisão Sumária n.º 659/2019, proferida na 1.ª Secção, «[julgou] inconstitucional a norma resultante da conjugação dos artigos e 432.º, n.º 1, alínea b), e 400.º, n.º 1, alínea e), ambos do Código de Processo Penal, na redação introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, na interpretação segundo a qual não é admissível recurso, para o Supremo Tribunal de Justiça, de acórdãos proferidos

em recurso, pelas Relações, que condenem os arguidos em pena de multa, ainda que as decisões recorridas da 1.ª Instância sejam absolutórias, por violação do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição».

Também o recorrente A. interpôs recurso da mesma decisão para o Plenário ao abrigo do artigo 79.º-D, n.º 1, da LTC, invocando a verificação de divergência do Acórdão n.º 31/2020 com os Acórdão n.º 49/2003, da 3.ª Secção, 255/2005, da 1.ª Secção, e 672/2017, da 3.ª Secção.

2. Admitidos os recursos a fls. 173, apenas o Ministério Público apresentou alegações, remetendo para o teor das contra-alegações que havia apresentado, neste mesmo processo, na fase que antecedeu a prolação do Acórdão n.º 31/2020 (tratou-se, nesse enquadramento processual, de recurso interposto nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, decorrente de uma decisão de não acolhimento da questão de inconstitucionalidade suscitada pelos ora recorridos).

O Ministério Público, nessas contra-alegações, citando doutrina relativa à natureza jurídica da pena de prisão suspensa na execução e recordando jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de direito ao recurso em processo penal (v.g. Acórdãos n.ºs 49/2003, da 3.ª Secção, 255/2005, da 1.ª Secção, 487/2006, da 2.ª Secção, 682/2006, da 2.ª Secção, 429/2009, da 3.ª Secção, 419/2010, da 2.ª Secção, e 163/2015, da 3.ª Secção), concluíra que a norma «extraída das disposições conjugadas dos artigos 432.º, n.º 1, alínea b), e 400.º, n.º 1, alínea e), ambos do Código de Processo Penal, na redação introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, conducente ao sentido de que não é admissível recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, de acórdãos proferidos em recurso pelas Relações, que condenem os arguidos em pena de multa, ainda que as decisões recorridas de 1.ª Instância sejam absolutórias, não viola o direito ao recurso enquanto garantia do processo criminal, consagrado no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, não sendo, por isso, inconstitucional.»

Referiu ainda que sobre a constitucionalidade da norma do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, na interpretação em causa, o Tribunal Constitucional proferiu o Acórdão n.º 646/2020, da 3.ª Secção, que, confirmando anterior decisão sumária, não a julgou inconstitucional, bem como, mais recentemente, o Acórdão n.º 234/2020, da 1.ª Secção, que decidiu no mesmo sentido.

Os ora recorridos responderam à motivação do recurso do Ministério Público, sustentando a inconstitucionalidade da norma resultante da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º conjugada com a alínea b) do n.º 1 do artigo 432.º ambos do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de não ser admissível recurso, para o Supremo Tribunal de Justiça, de acórdãos proferidos em recurso, pelos Tribunais de Relação, que condenem os Arguidos em pena de multa, ainda que as decisões de primeira Instância sejam absolutórias.

Apresentaram as seguintes conclusões:

«A) Os Arguidos, condenados inovatoriamente pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em pena de multa e indemnização civil, interpõem o presente recurso, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º, da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional), das decisões do Tribunal da Relação de Lisboa, e, do Supremo Tribunal de justiça, que negaram a admissão do recurso com fundamento no artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do C.P.P., por remissão do artigo 432.º, n.º 1, do C.P.P., isto é, pelo facto de os Arguidos terem sido condenados em pena de multa, ainda que inovatoriamente, tendo a apontada inconstitucionalidade sido suscitada logo na primeira vez que os Arguidos/Recorrentes, se viram obrigados a exercer a sua defesa contra uma decisão penal, desfavorável.

B) Esta interpretação, que no entender dos Arguidos desrespeita o espírito da Lei, pretendido pelo artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, inutiliza as garantias de defesa e o direito ao recurso dos Arguidos em processo criminal, impedindo-os de verem a decisão que os condena, ser apreciada, inovatoriamente, por um outro tribunal, ficando assim impedido o direito a, pelo menos, um único recurso,

C) A divergência do sentido decisório verificado em sede de julgamento e em sede de Tribunal de recurso, acentua a possibilidade de verificação do risco de erro judiciário e pode ocorrer no caso dos presentes Autos, permitindo legitimar a dúvida sobre a justiça da decisão, concretamente, os Arguidos, por exemplo, nunca viram reavaliada a medida de pena que lhes foi aplicada, nem tão pouco os respetivos critérios que determinaram aquela pena, facto processual este que mesmo em resposta ao recurso do Assistente, os Arguidos nunca poderiam cogitar, quanto mais, invocar argumentos de defesa, daqui se retirando que os Arguidos, nunca chegaram a beneficiar do duplo grau de jurisdição por via do qual se efetivaram as garantias de defesa constitucionalmente consagradas.

D) Conhecendo-se que o legislador impôs a limitação do direito ao recurso no artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, com vista a assegurar a celeridade processual e uma eficiente organização do sistema de administração da justiça, assume enorme injustiça que a racionalização do acesso ao Supremo Tribunal de Justiça seja alcançada à custa do sacrifício dos direitos fundamentais de defesa dos arguidos, ainda que milimetricamente condenados em pena de multa pelo Tribunal da Relação de Lisboa, porquanto as chamadas bagatelas penais que o legislador entendeu subtrair ao Supremo Tribunal de Justiça, carecendo de dignidade por via das penas de multa aplicadas, no caso dos presentes Autos, colocando-os, neste nosso Estado de Direito, como cidadãos de categoria inferior em relação aos demais cidadãos, podendo ser apelidados como os cidadãos “bagatela”, cujas condenações carecem de dignidade constitucional, quer substantiva, quer adjetiva, para serem apreciadas em sede de recurso.

E) Na esteira do Senhor Professor Doutor Manuel da Costa Andrade, que em sede de declaração de voto, exarado no Acórdão do Tribunal constitucional n.º

595/2018, concordando inteiramente com a declaração de inconstitucionalidade, escreveu que, “Do ponto de vista teleológico e político-criminal, em matéria de recurso há uma grande comunicabilidade entre a condenação em prisão efetiva e, por exemplo, a condenação em multa.”, e, permitam-nos Vossas Excelências, complementar, apesar dos aspectos formais, apenas relacionados com a medida de pena, ambas as situações se relacionam com a dignidade da pessoa humana.

F) Ponderando, será de questionar, como poderemos motivar as forças de segurança, como é o caso dos Arguidos nos presentes Autos, a cumprir a sua missão diária na promoção, sensibilização e efectivação do cumprimento da Lei pelos demais cidadãos, conferindo-lhes a qualidade de cidadãos de categoria inferior, tratando-os como cidadãos menores, desprezados, para os quais a Constituição da República Portuguesa, nem se digna a ser-lhes aplicada, pelo facto de serem condenados em pena de multa, sem qualquer possibilidade de serem atendidos qualquer argumentos de defesa que possam apresentar contra essa mesma condenação.

G) Com a coartação do direito ao recurso dos Arguidos condenados inovatoriamente por Acórdão do Tribunal da Relação, aniquila-se o princípio da igualdade de armas, na medida em que o arguido condenado inovatoriamente, termina a sua intervenção, sem nunca ter tido acesso à mesma arma que o seu oponente.»

3. Realizada a discussão em Plenário, tendo por base a decisão recorrida (o Acórdão n.º 31/2020), e tomada a decisão, nos termos previstos no n.º 5 do artigo 79.º-D da LTC, cumpre agora formulá-la.

## II – Fundamentação

4. Os autos incorporam dois recursos interpostos ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 79.º-D da LTC, segundo o qual, se o Tribunal Constitucional «julgar a questão da inconstitucionalidade (...) em sentido divergente do anteriormente adotado quanto à mesma norma, por qualquer das suas secções, dessa decisão cabe recurso para o plenário do Tribunal (...)».

Este tipo de recurso pressupõe a existência de oposição entre o julgamento constante da decisão recorrida, proferida em secção e outro julgamento, necessariamente transitado em julgado, sobre a mesma questão normativa, igualmente proferido em secção (neste sentido, cfr., entre outros, os Acórdãos n.º 122/2018, n.º 229/2021 e 385/2021, todos do Plenário).

A decisão visada por ambos os recursos consiste no julgamento de inconstitucionalidade proferido no Acórdão n.º 31/2020, referente à norma «resultante da conjugação dos artigos 432.º, n.º 1, alínea b), e 400.º, n.º 1, alínea e), ambos do Código de Processo Penal, na redação introduzida pela Lei n.º 20/2013,

de 21 de fevereiro, na interpretação segundo a qual não é admissível recurso, para o Supremo Tribunal de Justiça, de acórdãos proferidos em recurso, pelas Relações, que condenem os arguidos em pena de multa, ainda que as decisões recorridas da 1ª Instância sejam absolutórias, por violação do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição».

Não são, todavia, coincidentes as decisões-fundamento invocadas nos dois recursos.

5. O recurso interposto pelo recorrente A. assenta na invocação da oposição entre o acórdão recorrido com os Acórdãos n.º 49/2003, da 3.ª Secção, 255/2005, da 1.ª Secção, e 672/2017, da 3.ª Secção.

Em nenhum destes arestos, porém, foi julgada a exata norma objeto de apreciação no acórdão recorrido.

Com efeito, o Acórdão n.º 49/2003, apesar de ter considerado a norma contida na alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal quando aplicada a recursos interpostos de acórdãos condenatórios da Relação proferidos em recursos interpostos de decisões absolutórias da 1.ª instância, debruçou-se exclusivamente sobre a questão de saber se o n.º 1 do artigo 32.º da Constituição impõe o direito a recorrer de decisões condenatórias proferidas pelo Tribunal da Relação em recurso de decisões absolutórias, relativamente a crimes de pequena gravidade (puníveis com pena de multa ou com prisão até cinco anos).

Por sua vez, o Acórdão n.º 255/2005 confirmou uma decisão sumária que se limitou a reiterar o Acórdão n.º 49/2003.

Finalmente, no Acórdão n.º 672/2017 o Tribunal não julgou inconstitucional a norma extraível do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, de acordo com a qual não é passível de recurso o acórdão da Relação que, perante absolvição ocorrida em 1ª instância, condene o arguido em pena de multa alternativa, atentando, no âmbito do estabelecimento das consequências jurídicas do crime subjacente a tal condenação, apenas nos factos tidos por demonstrados na sentença absolutória.

Assim, apesar do paralelismo existente entre as questões de constitucionalidade apreciadas em todas estas decisões, não é possível afirmar-se a verificação da identidade normativa integral exigida como pressuposto de conhecimento do recurso previsto no artigo 79.º-D da LTC.

Como ainda recentemente o Tribunal reafirmou no Acórdão n.º 229/2021, do Plenário, constitui «requisito do recurso previsto no n.º 1 do artigo 79.º-D da LTC que haja uma real e integral identidade ou coincidência normativa entre as normas ou dimensões normativas objeto de decisões divergentes das secções (neste sentido, Carlos Lopes do Rego, Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional, Almedina, 2010, p. 281; e, entre outros, os Acórdãos n.ºs 343/2007, 551/2008 e, mais recentemente, n.º 535/2019.)»

Diante do exposto, não é possível conhecer deste recurso.

6. Subsiste, todavia, o recurso interposto pelo Ministério Público.

Efetivamente, a Decisão Sumária n.º 659/2019, proferida na 1.ª Secção, não julgou inconstitucional a norma contida no artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, na redação introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, interpretada no sentido da irrecorribilidade do acórdão da Relação que, inovadoramente face à absolvição ocorrida em 1.ª instância, condena o arguido em pena de multa. Comparado este enunciado normativo com o julgado no âmbito do Acórdão n.º 31/2020, resulta clara a sua sobreposição. A omissão da referência ao artigo 432.º, n.º 1, alínea b), do CPP na fórmula decisória da Decisão Sumária n.º 659/2019 não tem qualquer relevo no enunciado normativo sindicado, sendo manifesto que este mereceu julgamento oposto ao proferido no acórdão recorrido.

Destina-se o presente recurso, precisamente, a superar a apontada divergência, sendo o Ministério Público face aos termos do artigo 79.º-D, n.º 1, da LTC, parte legítima no recurso que interpôs, razão pela qual do mesmo se passa a conhecer.

7. O Acórdão n.º 31/2020 pronunciou-se no sentido da inconstitucionalidade da norma anteriormente delimitada, na interpretação segundo a qual não é admissível recurso, para o Supremo Tribunal de Justiça, de acórdãos proferidos em recurso, pelas Relações, que condenem os arguidos em pena de multa, ainda que as decisões recorridas da primeira instância sejam absolutórias, essencialmente por considerar que o artigo 32.º, n.º 1, da CRP impõe que seja concedida ao arguido a possibilidade de sindicarem uma decisão condenatória ex novo, mesmo no caso de estar em causa a aplicação de uma pena não privativa da liberdade. Na tese do acórdão recorrido, o critério determinante para aferir da conformidade constitucional da norma em apreciação não se situa na natureza da pena aplicada, antes no próprio teor condenatório da decisão de segunda instância. Sendo o direito constitucional ao recurso entendido como um direito subjetivo do arguido ao seu próprio recurso, o que releva na solução jusfundamental é a possibilidade de reagir à condenação, e seus elementos específicos, através de um recurso modelado pelo arguido nos termos que ele entenda por adequados. Isto porque a condenação penal acarreta, em si mesma – portanto, independentemente de ser (ou não) em pena privativa liberdade -, uma afetação significativa dos direitos do condenado. Por conseguinte, impõe-se que em todas as decisões condenatórias ex novo – porque incluem, naturalmente, a determinação da pena e/ou da respetiva medida concreta, no todo ou em parte, - ao condenado seja facultada a reapreciação por um tribunal superior àquele que se pronunciou sobre as dimensões essenciais e inovatórias da decisão condenatória.

Não foi esta, todavia, a perspetiva acolhida noutras decisões do Tribunal, entre as quais se conta a Decisão Sumária n.º 659/2019, proferida na 1.ª Secção, em que



se decidiu não julgar inconstitucional a norma que estabelece a irrecorribilidade do acórdão da Relação que, inovatoriamente face à absolvição ocorrida em 1.º instância, condena o arguido em pena de multa, constante do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal, na redação da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro.

Para além da Decisão Sumária n.º 659/2019 que constitui a decisão-fundamento do presente recurso também o Acórdão n.º 646/2020, entretanto proferido pela 3.ª Secção, confirmando decisão sumária anterior, não julgou inconstitucional a mesma norma.

8. Retomando o sentido afirmado no Acórdão n.º 595/2018, do Plenário, o Tribunal tem vindo a distinguir as exigências de tutela, no estrito plano do direito ao recurso, perante decisões condenatórias em pena de prisão efetiva (independentemente da respetiva quantificação) das decisões condenatórias em outras penas.

Assim, para além das decisões acima identificadas que incidiram sobre a irrecorribilidade do acórdão condenatório da Relação que, inovatoriamente face à absolvição de 1.ª Instância, condena o arguido em pena de multa, nos Acórdãos n.º 234/2020 e 369/2020, ambos da 1ª Secção, e o Acórdão n.º 146/2021, da 3.ª Secção, o Tribunal concluiu igualmente pela não inconstitucionalidade da irrecorribilidade do acórdão condenatório da Relação que, inovatoriamente face à absolvição de 1.ª instância, condena o arguido em pena de prisão não superior a cinco anos, suspensa na sua execução.

O Acórdão n.º 234/2020 assentou na seguinte fundamentação, retomada e reiterada nos Acórdãos n.º 369/2020, ponto 11, e 146/2021, ponto 8:

«(...)

2.1. A jurisprudência constitucional já se debruçou, por diversas vezes, sobre a inconstitucionalidade da norma contida no artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, na redação introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, em diversas interpretações.

Recentemente, pelo Acórdão n.º 595/2018, do Plenário (na sequência do Acórdão n.º 429/2016, que confirmou o Acórdão n.º 412/2015), o Tribunal declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma que estabelece a irrecorribilidade do acórdão da Relação que, inovadoramente face à absolvição ocorrida em 1.ª instância, condena os arguidos em pena de prisão efetiva não superior a cinco anos, constante do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, na redação da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, por violação do artigo 32.º, n.º 1, conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição.

Nesta decisão, sublinhou-se que a interpretação ali em causa “[deixava] livre de qualquer controlo parte da decisão condenatória” e assinalou-se a “restrição ou

compressão do direito ao recurso, uma vez que resulta totalmente excluído da sua proteção o poder de recorrer de uma parte da decisão, precisamente aquela que acarreta o maior potencial de lesão dos direitos fundamentais do arguido". No entanto, ficou bem claro – em diversos pontos da fundamentação do Acórdão – que a natureza da pena aplicada condicionava decisivamente o juízo de censura jurídico-constitucional formulado. Neste sentido, interessam as seguintes passagens:

“[...]”

21. [...] Desta forma, além de deixar livre de qualquer controlo parte da decisão condenatória, a norma em apreciação implica uma intensa e grave restrição ou compressão do direito ao recurso, uma vez que resulta totalmente excluído da sua proteção o poder de recorrer de uma parte da decisão, precisamente aquela que acarreta o maior potencial de lesão dos direitos fundamentais do arguido.

22. Levado ao limite, este argumento poderia parecer impor a garantia da recorribilidade de qualquer decisão condenatória que se apresente como inovatória, independentemente da pena concretamente aplicada. Poder-se-ia argumentar que, num caso de condenação que reverte uma absolvição de 1ª instância, o direito ao recurso é tão afetado com a aplicação de pena de multa como com a aplicação da pena máxima de 25 anos de prisão.

Um tal raciocínio ad consequentiam – que visa refutar a necessidade de recurso da condenação que, revertendo uma absolvição de 1ª instância, aplica pena de prisão pelas supostas consequências indesejáveis que poderia acarretar para a eficácia e celeridade do sistema de justiça penal ao implicar também o acesso ao recurso da condenação que, revertendo absolvição de 1ª instância, aplica uma pena de multa – baseia-se, no entanto, num paralogismo inaceitável desde logo porque a restrição do direito ao recurso em ambos os casos não é equivalente.

Existe, com efeito, uma diferença qualitativa entre a pena de prisão e todas as outras penas que deve ser relevada na verificação do respeito pelo direito ao recurso, enquanto garantia de defesa do arguido. Ignorar as particularidades da pena de prisão efetiva, é desprezar a correlação existente entre o direito fundamental ao recurso e os direitos fundamentais caracteristicamente restringidos pela pena, o que não pode ser aceite, já que é a gravidade da pena que se reflete na esfera pessoal do arguido. Quanto mais grave for a pena aplicada (i.e., quanto mais intensa for a potencial violação dos direitos fundamentais do arguido), maior necessidade existe de garantir o direito ao recurso – ou de, em compensação, contrabalançar a afetação da posição processual do arguido com a proteção de um interesse público igualmente valioso.

Ora, a norma em apreciação, e que foi julgada inconstitucional pelo Acórdão n.º 429/2016, refere-se à condenação em pena de prisão efetiva não superior a cinco

anos. Uma tal pena não pode considerar-se como uma pena de menor gravidade dentro do universo das penas abstratamente aplicáveis. Desde logo, porque a pena de prisão constitui a mais intensa restrição a direitos fundamentais admissível no ordenamento jurídico-penal português, comprometendo o valor da liberdade. Além de se revestir de uma conotação fortemente pejorativa por se encontrar associada a uma ideia de infâmia social o que a torna na pena mais estigmatizante de todas as sanções, não será excessivo lembrar que o cumprimento da pena de prisão - diferentemente de outro tipo de penas, designadamente não detentivas, implica inevitavelmente a 'dessocialização' do condenado que se vê forçado ao afastamento do meio familiar, profissional e social.

Independentemente de se poder ou não retirar do texto constitucional uma ordenação rígida de bens jurídicos, é incontestável que a Constituição dispensa uma tutela especialmente intensa ao direito à liberdade, que aprofunda o regime geral aplicável a todos os direitos fundamentais, contido no artigo 18.º. São reveladoras desta posição de destaque do direito à liberdade as disposições contidas nos artigos 27.º e 31.º da Constituição. Desta forma, a Constituição perspetiva a pena de prisão - qualquer pena de prisão - como uma restrição muito grave do direito à liberdade do arguido. Do princípio da preferência pelas reações criminais não privativas da liberdade, corolário do princípio constitucional da necessidade e subsidiariedade da intervenção penal, resulta que a pena de prisão é uma sanção que só deve ser aplicada como *ultima ratio*, em concretização da ideia essencial da reintegração social e socialização do arguido condenado - que a jurisprudência constitucional identifica, na falta de disposição constitucional expressa, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 25.º, n.º 1) e das normas constitucionais constantes dos artigos 2.º, 9.º, alínea d), e 18.º, todos da Constituição (v., entre outros, os Acórdãos n.ºs 336/2008 e 427/2009, ponto 4). As disposições em questão revelam igualmente que a Constituição é tributária de uma tradição humanista e liberal em matéria político-criminal que rejeita tanto a pena de morte (no que Portugal foi pioneiro), como a pena de prisão perpétua (artigos 24.º, n.º 2, e 30.º, n.º 1) e tem horror à privação injusta de liberdade. São emanações claras desse postulado de princípio a consagração expressa do mecanismo do *habeas corpus* e da indemnização por privação de liberdade ilegal (artigos 31.º e 27.º, n.º 5, da Constituição).

23. Esta distinção entre as penas privativas e não privativas da liberdade, aliás, resulta evidenciada em recentes acórdãos do Tribunal Constitucional que se debruçaram sobre dimensões extraídas do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, referentes a condenação em pena de multa. É o caso, designadamente, do Acórdão n.º 672/2017, da 3.ª Secção, em que o Tribunal não julgou inconstitucional a irrecorribilidade do acórdão da Relação que, perante a absolvição ocorrida em 1.ª instância, condene o arguido em pena de multa alternativa, atentando, no âmbito do estabelecimento das consequências jurídicas do crime subjacente a tal condenação apenas nos factos tidos por demonstrado na sentença absolutória, e o

Acórdão n.º 128/2018, da 1.ª Secção, que não julgou inconstitucional a norma que estabelece a irrecorribilidade dos acórdãos proferidos, em recurso, pelas Relações que, após decisão absolutória de 1.ª instância, condenem e apliquem pena de multa a arguida pessoa coletiva.

Nestes acórdãos o Tribunal relevou as diferenças de que se reveste o processo decisório de aplicação de uma pena de prisão relativamente à aplicação de uma pena de multa (designadamente uma pena de multa alternativa ou uma pena de multa a uma arguida pessoa coletiva) e o reflexo que essas diferenças têm na possibilidade de antecipação da defesa do arguido, concretamente em sede de contra-alegações no recurso interposto da sua absolvição. Reconheceu que, tal como sucede nos casos de aplicação de uma pena de prisão efetiva, também nos casos de aplicação de uma pena de multa o direito ao recurso que ao arguido é constitucionalmente reconhecido, ao esgotar-se na garantia do duplo grau de jurisdição, fica limitado à faculdade de influir ex ante no juízo decisório que o Tribunal ad quem terá de desenvolver para fixar os termos da respetiva responsabilidade, sem contemplar a faculdade de impugnar o resultado de tal processo. O Tribunal considerou, porém, que nas situações então em apreço o arguido tivera ainda a possibilidade de influenciar a medida da pena através dos argumentos articulados no âmbito das contra-alegações ao recurso interposto da decisão absolutória proferida em primeira instância, uma vez que estava em causa apenas a fixação do número de dias da pena de multa e respetiva taxa diária. Em conformidade concluiu que, apesar de não corresponder à mais ampla ou eficaz modalidade de concretização do direito ao recurso, a verificação da possibilidade de condicionar esse juízo não coloca tal direito aquém do ponto constitucionalmente prescrito pelo artigo 32.º, n.º 1, da Constituição. Diferentemente da condenação em pena de multa, no caso de condenação em pena de prisão efetiva não superior a cinco anos definida pelo Tribunal da Relação, 'a dimensão inovatória da decisão proferida por aquele Tribunal inclui, para além da determinação da medida concreta da pena aplicada, outros dois momentos, igualmente compreendidos no processo decisório pressuposto pelo estabelecimento das consequências jurídicas do crime: um momento anterior, caracterizado pelo afastamento da pena de multa alternativa, sempre que esta se encontrar prevista no tipo legal aplicável; e um momento posterior, coincidente com a opção de não substituir a pena de prisão fixada em medida não superior a cinco anos por qualquer uma das penas de substituição previstas no Código Penal e aplicáveis ao caso. Tendo em conta a especial amplitude do juízo cuja revisibilidade é nestes casos excluída e, em particular, o facto de nela irem justamente implicadas ambas as operações jurídicas que, a montante e a jusante, conduziram a uma decisão de privação da liberdade, compreende-se que a mera possibilidade de influenciar o processo decisório que, em caso de revogação da decisão absolutória proferida em primeira instância, o Tribunal da Relação terá de levar a cabo para estabelecer as consequências jurídicas do crime,

corresponda a uma concretização insuficiente ou deficitária das garantias de defesa do arguido incluídas no direito ao recurso' (cfr. Acórdão n.º 672/2017, ponto 14).

A diferença adensa-se se pensarmos na elasticidade que caracteriza a execução da pena de multa (ou mesmo qualquer pena não detentiva). Pense-se, v.g., na possibilidade de pagamento diferido da multa ou em prestações (artigo 47.º, n.º 3, do CP), na faculdade de requerer a substituição, total ou parcial, da pena de multa por prestação de dias de trabalho a favor da comunidade (artigo 48.º, n.º 1, do CP) ou na prorrogação do prazo de suspensão da execução da pena de prisão (artigo 55.º, alínea d), do CP), para citar apenas algumas das possibilidades previstas na lei. Em contraste com a execução coativa das penas não detentivas, a execução da pena de prisão efetiva não pode ser condicionada por qualquer decisão adicional. Não existe qualquer outro meio de defesa ao dispor do condenado para impedir, atenuar ou sequer adiar a execução da prisão efetiva em que é definitivamente condenado. Por conseguinte, a ausência de possibilidade de recurso implica a imediata restrição forçada da sua liberdade o que demonstra o imperativo de se reconhecer ao condenado o direito ao recurso enquanto valor garantístico próprio – e único! – no quadro das garantias de defesa constitucionalmente asseguradas ao arguido.

Ademais, tendo o direito ao recurso, enquanto garantia de defesa, uma função primordial precisamente na prevenção da condenação injusta, não se exigindo dupla conforme na norma em apreço, a probabilidade de haver erro judiciário é naturalmente maior – *ceteris paribus* – do que nas situações em que a Relação confirma a decisão de primeira instância.

24. O desvalor constitucional que se identifica na impossibilidade de interpor recurso da condenação em pena de privação da liberdade proferida pelo tribunal de recurso em reversão da absolvição de 1.ª instância, não tem paralelo nos casos em que à revogação da sentença absolutória proferida em primeira instância se segue a aplicação de uma pena de multa.

Diante destas circunstâncias, a compressão do conteúdo do direito ao recurso traduzida na impossibilidade de impugnar as consequências jurídicas do crime impostas na primeira decisão condenatória quando estas se saldarem na imposição de uma pena de prisão representa um sacrifício dos direitos fundamentais do arguido de tal ordem que não encontra já fundamento suficiente no propósito em si legítimo de racionalização do acesso ao Supremo Tribunal de Justiça.

Deste modo, ainda que, no contexto em questão, a Constituição não atribua ao direito ao recurso uma proteção absoluta, negar ao arguido a possibilidade de se defender – *ex post facto* – desta decisão constitui uma afetação de tal modo relevante da posição da defesa que sempre exigiria, como contrapeso valorativo, a justificação num interesse público de relevo equivalente.

[...]" (sublinhados e ênfase acrescentados).

2.2. Os excertos transcritos do Acórdão n.º 595/2018, cujo sentido aqui retomamos, permitem traçar uma linha nítida que distingue as exigências de tutela, no estrito plano do direito ao recurso, perante decisões condenatórias em pena de prisão efetiva (independentemente da respetiva quantificação) das decisões condenatórias em outras penas.

As importantes ressalvas daquela decisão, bem como os fundamentos dos Acórdãos n.os 672/2017 e 128/2018, que naquele foram citados, reconduzem-se à ideia de que a gravidade intrínseca da pena privativa da liberdade impõe o afastamento da regra da irrecorribilidade da decisão condenatória do Tribunal da Relação subsequente à absolvição em primeira instância.

2.3. Contra aquela leitura jurídico-constitucional tem sido por vezes referido que “[...] nada na Constituição estabelece uma indexação interna, no direito ao recurso, nos termos da qual o valor deste direito tenha mais peso quando o conteúdo de uma pena seja quantitativa ou qualitativamente mais ou menos grave, segundo critérios atinentes à intensidade da interferência da condenação na esfera de direitos fundamentais de que cada pessoa é sujeito” e “[...] nenhuma razão, maxime de racionalização do sistema e tutela da sua eficiência, se afigura suficientemente forte para impedir o reexame, por uma instância jurisdicional diferente da que tomou a decisão, pelo menos, da dimensão nova introduzida pela Relação, a saber, a determinação da pena e da respetiva medida concreta” (Acórdão n.º 31/2020).

2.3.1. Dúvida não há de que, acolhendo os fundamentos do Acórdão n.º 31/2020, o juízo de inconstitucionalidade nele afirmado relativamente aos casos de condenação em pena de multa, valeria, por idênticas razões, para os casos de condenação em pena de prisão suspensa na sua execução, sobre os quais incide a norma sub judice.

Como é evidente, trata-se, no Acórdão n.º 31/2020, de uma leitura dos preceitos constitucionais diferente da que se afirma no Acórdão n.º 595/2018, designadamente no que respeita à irrelevância (para aquele) ou relevância (para este) da natureza da pena aplicada na modelação das exigências decorrentes do direito constitucionalmente consagrado ao recurso.

Assim, no momento de aferir a inconstitucionalidade da norma que estabelece a irrecorribilidade do acórdão da Relação que, inovatoriamente face à absolvição ocorrida em 1.ª instância, condena o arguido em pena de prisão não superior a cinco anos, suspensa na sua execução, há que tomar posição sobre a (ir)relevância da natureza da pena aplicada para aqueles efeitos.

Entende-se, neste conspecto, que o entendimento mais conforme ao sentido do artigo 32.º, n.º 1, da CRP é o que se encontra nos fundamentos do Acórdão n.º 595/2018, supratranscritos (item 2.1.).

Na verdade, o direito ao recurso não deve ser visto como absoluto e “imunizado contra restrições legais”, prevalecendo sempre “em caso de colisão com outros bens constitucionais”. “Bem pelo contrário. Conforme referido no Acórdão n.º 595/2018, existe uma correlação ‘entre o direito fundamental ao recurso e os direitos fundamentais caracteristicamente restringidos pela pena, [...], já que é a gravidade da pena que se reflete na esfera pessoal do arguido. Quanto mais grave for a pena aplicada (i.e., quanto mais intensa for a potencial violação dos direitos fundamentais do arguido), maior necessidade existe de garantir o direito ao recurso – ou de, em compensação, contrabalançar a afetação da posição processual do arguido com a proteção de um interesse público igualmente valioso». (...) Daí que a substituição de um juízo absolutório proferido em 1.ª instância por uma condenação em prisão efetiva decidida em 2.ª instância apresente especificidades (e uma gravidade muitíssimo maior), por comparação com a condenação, em circunstâncias paralelas, noutras penas (ou, porventura, até com dispensa de pena, nos termos do artigo 74.º do Código Penal), suficientes para que, do ponto de vista constitucional, se justifique proceder a uma ponderação entre os sacrifícios impostos ao arguido em cada caso e os ganhos de racionalidade, celeridade, eficácia e eficiência do sistema de administração da justiça, globalmente considerado, cujo resultado não pode – nem deve – ser sempre o mesmo. A interdependência do direito ao recurso e da organização dos tribunais (artigos 209.º a 211.º da Constituição), maxime no que toca ao acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, explica – e legitima – que se não absolutize, neste domínio, um dos polos com total abstração do que está em causa em cada situação típica. (...) Uma justiça morosa não é nem efetiva (e justa) nem eficaz. (...) Impor, sempre que a decisão recorrida é revertida em desfavor do arguido, uma nova decisão por um tribunal diferente do tribunal de recurso, independentemente da gravidade do crime por que aquele é condenado e da gravidade da pena que em consequência lhe é aplicada, tem o efeito inelutável e perverso de adiar por mais algum tempo a decisão final’ (cfr. a declaração de voto aposta ao Acórdão n.º 31/2020, sublinhados acrescentados).

Em suma, “[...] a restrição do recurso (de segundo grau) perante o Supremo Tribunal de Justiça adotada pelo legislador encontra justificação em interesses de celeridade e eficiência da administração da justiça penal, dignos de proteção à luz do texto constitucional. Indispensável será, no entanto, que a compressão do direito fundamental em causa na solução da limitação do direito ao recurso, para além de adequada e necessária, tendo em vista resguardar a intervenção do Supremo Tribunal de Justiça aos casos de maior merecimento penal, não se apresente como excessiva para assegurar os fins prosseguidos, designadamente tendo em vista os efeitos que produz na garantia de defesa do arguido” (cfr. Maria de Fátima Mata-Mouros, “A jurisprudência do Tribunal Constitucional e a garantia do direito ao recurso – o caso do arguido condenado em pena de prisão efetiva por acórdão da relação em revogação da absolvição de 1.ª Instância”, in Estudos em Homenagem

ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro, volume I, Coimbra, 2019, p. 187).

Resolver a apontada divergência em favor dos fundamentos do Acórdão n.º 595/2018, evita, desde logo, a indesejável rigidez do parâmetro constitucional decorrente do carácter absoluto do direito ao recurso em qualquer situação de reversão da absolvição em 2.ª instância, que se prefiguraria particularmente desajustada perante reações jurídico-penais de reduzida intensidade (pense-se não apenas na pena de multa, mas também na prestação de trabalho a favor da comunidade ou, até mesmo, no limite, na admoestação).

A solução adotada no Acórdão n.º 595/2018 também reflete adequadamente o peso da tutela do direito à liberdade na ponderação dos valores em conflito, com a correspondente excecionalidade da pena de prisão (como ali se escreveu: “[...] uma sanção que só deve ser aplicada como ultima ratio, em concretização da ideia essencial da reintegração social e socialização do arguido condenado – que a jurisprudência constitucional identifica, na falta de disposição constitucional expressa, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 25.º, n.º 1) e das normas constitucionais constantes dos artigos 2.º, 9.º, alínea d), e 18.º, todos da Constituição (v., entre outros, os Acórdãos n.ºs 336/2008 e 427/2009, ponto 4). As disposições em questão revelam igualmente que a Constituição é tributária de uma tradição humanista e liberal em matéria político-criminal que rejeita tanto a pena de morte (no que Portugal foi pioneiro), como a pena de prisão perpétua (artigos 24.º, n.º 2, e 30.º, n.º 1) e tem horror à privação injusta de liberdade. São emanações claras desse postulado de princípio a consagração expressa do mecanismo do habeas corpus e da indemnização por privação de liberdade ilegal (artigos 31.º e 27.º, n.º 5, da Constituição)”, sem paralelo com qualquer outra pena.

O padrão de exigência constitucional do direito ao recurso pode, assim, obedecer a uma geometria variável em função da natureza da pena aplicada, reveladora da intensidade da reação penal, sem que com isso se comprometa a essência da garantia de defesa do direito ao recurso. Não se tratando de procurar o melhor regime, mas de saber aquele que é constitucionalmente tolerável, é de afirmar, em geral, a conformidade à Constituição da limitação do acesso ao STJ nos casos de aplicação de penas não privativas da liberdade.

Assim será, mesmo reconhecendo que o direito do arguido ao recurso é restringido, uma vez que, “[...] ao esgotar-se na garantia do duplo grau de jurisdição, fica limitado à faculdade de influir ex ante no juízo decisório que o Tribunal ad quem terá de desenvolver para fixar os termos da respetiva responsabilidade, sem contemplar a faculdade de impugnar o resultado de tal processo” (Acórdão n.º 595/2018).

[...]



2.5. Resulta do exposto – recuperando, de algum modo, os fundamentos do Acórdão n.º 595/2018 (e, por via deste, dos fundamentos dos Acórdãos n.os 672/2017 e 128/2018), para concluir que a diversidade das normas apreciadas reclama decisão diversa nos presentes autos – que não há razões para um juízo de censura jurídico-constitucional da norma que estabelece a irrecorribilidade do acórdão da Relação que, inovatoriamente face à absolvição ocorrida em 1.ª instância, condena o arguido em pena de prisão não superior a cinco anos, suspensa na sua execução, constante do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal, na redação da Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto.»

8. Os mesmos fundamentos, valendo por idênticas de razões, conduzem ao afastamento do juízo de censura jurídico-constitucional da norma que estabelece a irrecorribilidade do acórdão da Relação que, inovatoriamente face à absolvição ocorrida em 1.ª instância, condena o arguido em pena de multa, resultante do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal, em conjugação com o artigo 432.º, n.º 1, alínea b) do mesmo diploma legal.

O direito fundamental ao recurso não é um direito absoluto, não sendo, portanto, imune a restrições legais. Tal como acontece com os restantes direitos, liberdades e garantias inscritos na Constituição, às restrições a este direito aplica-se o regime decorrente do artigo 18.º da Constituição. Isto significa, nomeadamente, que a restrição é possível em caso de colisão com outros bens constitucionais, devendo, nesse caso, proceder-se a uma ponderação entre os sacrifícios impostos ao arguido e os ganhos de racionalidade, celeridade, eficácia e eficiência do sistema de administração da justiça, globalmente considerado.

Nesta análise, não pode ser esquecido que existe uma correlação entre o direito fundamental ao recurso e os direitos fundamentais caracteristicamente restringidos pela pena, já que é a gravidade da pena que se reflete na esfera pessoal do arguido. Não é, por isso, indiferente ao julgamento da questão de constitucionalidade da restrição do direito ao recurso qual a pena aplicada ao arguido pela decisão em causa. De facto, a natureza da pena aplicada condiciona decisivamente o juízo de censura jurídico-constitucional sobre as normas que restringem o direito ao recurso.

A gravidade intrínseca da pena privativa da liberdade impõe o afastamento da regra da irrecorribilidade da decisão condenatória da Relação que, inovadoramente relativamente à absolvição da primeira instância, condena o arguido em prisão efetiva. Foi essa a conclusão a que o Tribunal Constitucional chegou no Acórdão n.º 595/2018. Diferentemente, estando em causa a aplicação de uma pena não privativa da liberdade, como é o caso da pena de multa, o carácter inovador da apreciação empreendida pelo Tribunal da Relação da matéria de facto, e consequentemente da matéria de direito, não implica consequências fundamentais na posição jurídica do arguido, designadamente na sua liberdade.

A relevância da distinção entre as penas privativas e não privativas da liberdade na apreciação das normas que restringem o direito ao recurso – já evidenciada no Acórdão n.º 672/2017, da 3.ª Secção, e no Acórdão n.º 128/2018, da 1.ª Secção, – adensa-se pela elasticidade que caracteriza a execução da pena de multa diante da possibilidade de pagamento diferido ou em prestações (artigo 47.º, n.º 3, do CP) ou da faculdade de requerer a substituição, total ou parcial por prestação de dias de trabalho a favor da comunidade (artigo 48.º, n.º 1, do CP).

Apesar de restringir o direito ao recurso à faculdade de influir ex ante no juízo decisório que o tribunal ad quem terá de desenvolver para fixar os termos da respetiva responsabilidade e, nessa medida, representar um sacrifício dos direitos fundamentais do arguido, a norma em apreciação não compromete as garantias de defesa, encontrando justificação na necessidade de preservar a racionalização do acesso ao Supremo Tribunal de Justiça reservando-o aos casos de maior merecimento penal.

Não se tratando de procurar o melhor regime, mas de saber se a solução normativa objeto do processo de fiscalização é constitucionalmente tolerável, é de afirmar, em geral, que a limitação do acesso ao Supremo Tribunal de Justiça nos casos de aplicação de penas não privativas da liberdade não é desconforme à Constituição.

É o sentido decisório assim assumido, e diversas vezes reiterado, pelo Tribunal Constitucional, num entendimento geral desta questão que ora cumpre, em oposição ao Acórdão recorrido, afirmar de novo.

### III – Decisão

Em face do exposto, decide-se:

a) Não conhecer do recurso interposto pelo recorrente A.;

b) Não julgar inconstitucional a norma resultante da conjugação dos artigos 432.º, n.º 1, alínea b), e 400.º, n.º 1, alínea e), ambos do Código de Processo Penal, na redação introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, na interpretação segundo a qual não é admissível recurso, para o Supremo Tribunal de Justiça, de acórdãos proferidos em recurso, pelas Relações, que condenem os arguidos em pena de multa, ainda que as decisões recorridas da 1.ª Instância sejam absolutórias;

c) Revogar o Acórdão n.º 31/2020, proferido nos presentes autos; e, consequentemente,

d) Julgar improcedente o recurso originariamente interposto.

Custas do recurso interposto por A. pelo recorrente (artigo 84.º, n.º 3 da LTC e artigo 2.º do DL n.º 303/98, de 7 de outubro), com taxa de justiça que se fixa em 1 unidade de conta, ponderados os critérios estabelecidos no artigo 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de outubro (cfr. o artigo 6.º, n.º 3, do mesmo diploma), considerando o resultado final do processo em que o recorrente vê, afinal, confirmada a sua pretensão de revogação da decisão recorrida.

Custas do recurso interposto pelo Ministério Público pelos recorrentes na impugnação inicial (os recorridos no recurso para o Plenário), por terem decaído globalmente neste processo, em função do resultado do presente recurso, na pretensão impugnatória que dirigiu ao Tribunal Constitucional (artigo 84.º, n.º 2, da LTC), fixando-se a taxa de justiça em 25 unidades de conta, ponderados os critérios estabelecidos no artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de outubro (cfr. o artigo 6.º, n.º 1, do mesmo diploma).

Lisboa, 13 de julho de 2021

Maria de Fátima Mata-Mouros

José João Abrantes

Joana Fernandes Costa

Maria José Rangel de Mesquita

Assunção Raimundo

Gonçalo Almeida Ribeiro

Fernando Vaz Ventura

Mariana Canotilho (Vencida, por, naturalmente, me rever na decisão e, sobretudo, na fundamentação do Acórdão nº 31/20.

João Pedro Caupers

A relatora atesta voto de conformidade dos Conselheiros Lino Ribeiro, Teles Pereira e Pedro Machete.

Maria de Fátima Mata-Mouros

## **Acórdão N.º 6/84**

**Processo n.º 42/83.**

**2.ª Secção.**

**Relator: Conselheiro Magalhães Godinho.**

**Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional:**

Em 8 de Março do ano passado, no Tribunal Judicial da Comarca de Amares, respondeu em processo de transgressão, A. com base no auto levantado pela Guarda Nacional Republicana em 17 de Novembro de 1982 por infracção da alínea g) do artigo 187.º do Regulamento de Transportes Automóveis e punido pela alínea d) do artigo 213.º do mesmo Regulamento com a multa de 1000\$.

Aquela disposição legal impõe ao pessoal que presta serviço nos veículos empregados em transportes colectivos de passageiros a obrigação de se apresentar devidamente uniformizado e barbeado. O infractor era cobrador em serviço num autocarro de transporte de passageiros.

Na audiência de julgamento foi dado como provado que o A. trazia a barba crescida de um dia, usa permanentemente bigode, e que lhe é, segundo assegurou, extremamente doloroso cortar a barba todos os dias, por ser muito sensível de pele e ficar a sangrar quando a barba é cortada de um dia.

Na sentença o juiz não fez aplicação das disposições legais atrás citadas, por as considerar violadoras do preceito do artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República e, portanto, inconstitucionais, e absolveu o arguido.

É desta sentença que o agente do Ministério Público daquela Comarca interpôs recurso, que foi recebido e remetido ao Tribunal Constitucional.

Notificados o Digm.º Agente do Ministério Público junto deste Tribunal, e o recorrido, para apresentarem as suas alegações, só aquele magistrado o fez, sustentando doutamente que «deve conceder-se provimento ao recurso, revogando-se a sentença por violar o artigo 26.º, n.º 3, da Constituição, para ser reformado o julgado em conformidade com o juízo de constitucionalidade da alínea g) do artigo 187.º do Regulamento de Transportes em Automóveis».

Tudo visto, cumpre decidir.

Parece fora de dúvida que a infracção de que o arguido é acusado, não pode encontrar qualquer protecção ao direito à imagem consagrado no n.º 1 do artigo 26.º da Constituição da República.

Com efeito, a referência que nesse artigo se faz à imagem, sem qualquer definição, leva-nos a pensar que se quis considerar o que a seu respeito se dispõe no nosso Código Civil, e só isso.

E basta uma leitura do artigo 79.º do Código Civil, para se concluir que a protecção legal da imagem tem a ver não com aspecto da pessoa e a imagem que dela se tenha, mas sim e apenas com a imagem no sentido de retrato, seja em pintura, simples desenho, fotografia, slide ou filme impedindo a sua exposição ou o seu lançamento no comércio, sem autorização do retratado, ou das pessoas citadas no n.º 2 do artigo 71.º do mesmo Código, se este já tiver falecido, dispensando-se o consentimento nos casos especiais que o n.º 2 do citado artigo 79.º contempla.

Quer dizer: o artigo 79.º do Código Civil tem em vista proteger a pessoa contra a utilização abusiva da sua imagem, e não o conceder o direito, bem distinto daquele, da pessoa determinar a sua própria aparência externa, que é sem dúvida um direito de acolher, mas que não pode ser isento de limitações, designadamente as que tenham por objecto a protecção dos direitos dos outros, impedindo a sua ofensa.

Resta é averiguar se, porventura, casos como o dos autos, gozam de qualquer outra protecção constitucional, isto é se se encontram protegidos na nossa Constituição.

Não nos repugna responder pela afirmativa.

De facto, tudo parece levar à conclusão de que a nossa Constituição admite e consagra um direito geral de personalidade.

O mais poderoso argumento pode equacionar-se assim: a nossa Constituição logo no seu artigo 1.º declara que Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana, logo acolhe o princípio de que a todo e qualquer direito de personalidade, isto é, a todo e qualquer aspecto em que necessariamente se desdobra um direito geral de personalidade, deve caber o maior grau de protecção do ordenamento jurídico, ou seja o que assiste aos direitos fundamentais, pois os direitos da personalidade são inerentes à própria pessoa, não podendo, por isso, ser postergados por qualquer modo, sob pena de se negar o papel de pessoa como figura central da sociedade.

De resto o direito geral de personalidade tem diversos afloramentos na Constituição, como sejam os enunciados por Capelo de Sousa no seu trabalho «A Constituição e os direitos de personalidade», publicado no 2.º vol. dos Estudos sobre a Constituição, pp. 93 a 196, não só pela razão anterior como por esta, conclui que o mesmo tem assento na Constituição. Aliás, o mesmo autor reforça o seu ponto de vista com a circunstância de que também por força dos n.ºs 1 e 2 do artigo 16.º e do artigo 8.º da Constituição, «fazem parte do direito português os direitos de personalidade resultantes das regras aplicáveis de direito internacional, devendo ainda

os direitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais ser integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem».

E esta razão é também de acolher, pois o artigo 26.º da Declaração Universal, no seu n.º 2, refere, ainda que incidentalmente, a plena expansão da personalidade humana, e já o artigo 22.º estabelecia que todo o homem como membro da sociedade tem direito à realização dos direitos indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Mas é preciso não esquecer que o artigo 29.º também prescreve que todo o homem tem deveres para com a sociedade, na qual o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade é possível, isto no seu n.º 1, e, sobretudo o comando do seu n.º 2, no qual se declara que no exercício dos seus direitos e liberdades, todo o homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar de uma sociedade democrática.

É, afinal, a regra do n.º 2 do artigo 18.º da nossa Constituição, ao determinar que 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.

E ocorre agora formular a pergunta: a circunstância de a nossa Constituição consagrar o direito geral de personalidade, e de este ser, pois, um direito fundamental poderá justificar que todo e qualquer acto da pessoa visando simples aspectos exteriores, como o da apresentação física, podem praticar-se sem qualquer limitação?

A resposta, quanto a nós, não poderá deixar de ser negativa.

Efectivamente, não se afigura que o facto de a Constituição acolher a existência de um direito geral de personalidade, possa autorizar a conclusão de que todo e qualquer acto praticado pela pessoa deva considerar-se como um direito especial da personalidade cabendo, por isso, no direito geral.

Concretamente, não parece poder justificar-se como direito ilimitado aquele que, como no caso em apreço, constituiria a não existência em certos casos, de limitações no direito da pessoa determinar a sua aparência externa, que, como é evidente, não pode ter o maior grau, a mesma relevância que tem o direito à integridade física, que também é um direito específico do direito geral da personalidade. Todas as deliberações, todos os direitos, sofrem as restrições que o respeito pela liberdade, pelo direito dos outros, impõe.

E são bem conhecidas, e sempre foram justificadas, as limitações ou restrições da natureza da que se contém na alínea d) do artigo 187.º do Regulamento dos Transportes em Automóveis.

É o que se verifica com as pessoas desempenhando certas profissões, como acontece por exemplo com os militares, e com os trabalhadores que desempenham as suas funções em lugares públicos, com estreita ligação com o público. O exagero bem demonstra o absurdo: seria impensável reconhecer como exercício dum direito de personalidade e de um revisor do caminho de ferro, ou um arrumador de uma casa de espectáculos, se apresentar a executar o seu serviço, apenas com uma tanga.

É que o direito a proteger, porque tem de relacionar-se com a dignidade da pessoa humana, tem ele mesmo de possuir um mínimo de dignidade, respeitando as susceptibilidades dos outros, o seu decoro, os seus conceitos de uma certa respeitabilidade, o seu direito a não ser afrontado com situações que o molestam na sua maneira de estar na vida e de conviver, e no direito de ser atendido por quem se apresente com uma aparência higiénica, não repulsiva, pelo seu aspecto de desmazelo, desleixo, falta de limpeza e de decoro.

Não pode considerar-se inconstitucional, por isso, a norma legal que o juiz se recusa a aplicar.

Não interessa saber se a barba era de um dia ou de mais tempo.

Essa matéria de facto, que escapa necessariamente à apreciação deste Tribunal, só ao juiz competia apreciar para verificar se a apresentação do acusado era não justificativa de uma condenação por infracção daquele normativo legal, nem mesmo saber se o acusado tem ou não uma pele sensível que se fere se for barbeado todos os dias, o que tudo só respeita à averiguação de factos influenciáveis da decisão a proferir, mas a nosso ver, não tem qualquer relação com a constitucionalidade ou não da norma em causa.

Esta é por demais evidente que não viola qualquer disposição constitucional, pois não impõe às pessoas nele abrangidas a proibição de usarem barba ou bigode, mas apenas os obriga a apresentarem-se ao seu serviço, que é de contacto com o público, devidamente uniformizados e barbeados, e isso não ofende o direito da pessoa determinar a sua própria aparência externa, dentro daquilo que é normal e corrente, sem molestar as outras pessoas.

Assim, entende-se que a alínea g) do artigo 187.º do Regulamento dos Transportes em Automóveis aprovado pelo Decreto n.º 37 272, de 31 de Dezembro de 1948, com as sucessivas alterações que lhe foram introduzidas por legislação posterior, não está viciada de inconstitucionalidade, pois não viola qualquer direito específico do direito geral de personalidade que a nossa Constituição consagra.

Nestes termos, acordam em não julgar inconstitucionais as normas da alínea g) do artigo 187.º e alínea d) do artigo 213.º do Regulamento dos Transportes em Automóveis, concedendo-se provimento ao recurso, revogando-se a sentença recorrida para ser reformada de acordo com esta decisão.

Lisboa, 18 de Janeiro de 1984. — José Magalhães Godinho — José Manuel Cardoso da Costa — Mário Afonso — Luís Nunes de Almeida — Mário de Brito — Messias Bento — Armando M. Marques Guedes.

## **Acórdão N.º 16/84**

**Processo n.º 27/83.**

**2.ª Secção.**

**Relator: Conselheiro Mário Afonso.**

Acordam no Tribunal Constitucional:

1 — O 3.º Tribunal Militar Territorial de Lisboa, por duto acórdão de fls. 427 e segs., condenou, entre outros, o réu A., primeiro-sargento n.º ... do Quartel General dos Açores, como autor material de um crime previsto e punido pelo artigo 191.º, n.º 1, do Código de Justiça Militar; mas recusou a aplicação do artigo 37.º do mesmo diploma, julgando esta norma inconstitucional, nos termos do artigo 207.º da Constituição da República Portuguesa, por violação do n.º 4 do artigo 30.º da Lei Fundamental.

2 — O Ex.mo Promotor de Justiça interpôs recurso obrigatório, em conformidade com o artigo 427.º, alínea e), do Código de Justiça Militar, dispensando-se, por isso, de apresentar alegações.

3 — O Supremo Tribunal Militar, por duto acórdão de fls. 445 e segs., confirmou aquela decisão quanto à inconstitucionalidade, por entender que o artigo 37.º, n.º 1, do Código de Justiça Militar viola o n.º 4 do citado artigo 30.º

4 — O Ex.mo Promotor de Justiça junto do Supremo Tribunal Militar interpôs recurso deste acórdão para a Comissão Constitucional, em face do disposto nos artigos 246.º, n.º 3, da Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro, e 282.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976, atento o disposto no artigo 427.º, alínea d), do Código de Justiça Militar, na medida em que confirmou o citado acórdão do 3.º Tribunal Militar Territorial quanto à inconstitucionalidade, nos sobreditos termos.

— O Ex.mo Magistrado do Ministério Público junto da referida Comissão e o recorrido A. produziram alegações, nelas sustentando a confirmação do acórdão do Supremo Tribunal Militar referente à questão da inconstitucionalidade.

— Transitado o recurso para o Tribunal Constitucional, de harmonia com o artigo 106.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, foram os autos aos vistos.



Nada obstante ao conhecimento do mérito do recurso, cumpre decidir.

— O objecto deste recurso de fiscalização concreta consiste tão-somente em saber se o referido artigo 37.º, n.º 1, do Código de Justiça Militar ofende a Constituição, nomeadamente o seu artigo 30.º, n.º 4.

7.1 — Os factos:

a) Os doutos acórdão referidos nos antecedentes n.ºs 1 e 3, que se dão por integralmente reproduzidos, foram proferidos respectivamente em 9 de Novembro de 1982 e 20 de Janeiro de 1983;

b) Os factos dados como provados, subsumidos, nos referidos arestos, à autoria do crime de corrupção, previsto e punido pelo mencionado artigo 191.º, n.º 1, do Código de Justiça Militar, abrangem o período de Julho a Outubro de 1977.

7.2 — O direito:

7.2.1 — O n.º 1 do artigo 37.º do Código de Justiça Militar dispõe o seguinte:

A condenação de oficial ou sargento dos quadros permanentes ou de praças em situação equivalente por crime de ultraje à bandeira nacional, deserção, falsidade, infidelidade ao serviço, furto, roubo, prevaricação, corrupção, burla e abuso de confiança produz a demissão, qualquer que seja a pena imposta.

O Supremo Tribunal Militar considerou inconstitucional este normativo porque o n.º 4 do artigo 30.º da Constituição, introduzido pelo artigo 24.º, n.º 3, da Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro, proscree a perda de quaisquer direitos civis ou políticos como efeito necessário da pena.

7.2.2 — A nossa actual Constituição, partindo da dignidade da pessoa humana, princípio estrutural da República Portuguesa (artigo 10.º), intentou, através do n.º 4 do seu artigo 30.º, retirar às penas todo o carácter infamante e evitar que a atribuição de efeitos automáticos estigmatizantes perturbe a readaptação social do delincente.

Em consonância com este normativo da Lei Fundamental, o artigo 65.º do Código Penal vigente apresenta-se com redacção praticamente igual.

Como precursor da referida norma constitucional, depara-se-nos o artigo 76.º (artigo 77.º após a revisão ministerial), do Projecto do Código Penal de 1983, com similar redacção.

Na 25.ª Sessão da Comissão Revisora de 2 de Abril de 1965, relativamente ao citado artigo 76.º do mencionado Projecto, cujo teor era «nenhuma pena implica automaticamente a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos», o Prof. Eduardo Correia, autor do mesmo Projecto, expressava-se nestes termos:

Reconhecido está, aliás, pela generalidade dos autores, e mesmo por parte das reuniões internacionais (v. g. o Congresso de Atenas da AIDP), que o carácter automático de tais efeitos é um dos maiores óbices à readaptação social dos delinquentes.

No mesmo sentido e na referida ocasião, se pronunciou o Prof. Ferrer Correia:

O automatismo das chamadas penas acessórias, v. g. da demissão, não pode aceitar-se na medida que briga claramente com o fim da pena que se reputa essencial: o da recuperação social do delinquente. Pois é precisamente o seu carácter automático que lhe confere a natureza de labéu, de pena infamante, de marca indelével...

O texto do referido Projecto colheu então o apoio maioritário da dita Comissão.

O Prof. Figueiredo Dias, numa elaboração científica do problema, no seu artigo intitulado Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro, Separata n.º 1-1983, da Revista da Ordem dos Advogados, a p. 31, formulou a seguinte proposição político-criminal: «Tanto a vertente social como a vertente liberal da ideia do Estado de Direito material conduzem a que a pena, com a extensão, o sentido e os fundamentos assinalados» (nas suas anteriores proposições) «constitua um instrumento liberto, em toda a medida possível, de efeito estigmatizante», loc. cit., p. 31. Mais adiante, p. 34, exara, como uma das consequências da tese enunciada, o seguinte:

Nenhuma pena deve envolver, como efeito necessário, a perda de direitos civis, profissionais ou políticos: eis uma implicação directa fundamental da tendência político-criminal ora em explicitação. Implicação tão profundamente radicada no moderno pensamento português que, no momento presente, se sugere que fique inscrita de forma terminante no texto constitucional em revisão na Assembleia da República. Uma tal sugestão é fruto indiscutível da consagração do princípio no Projecto do Código Penal, que dele retira, aliás, todas as consequências. Assim, mesmo a pena de demissão do funcionário ocorrerá, não como efeito automático da prática de qualquer crime...

No n.º 9 do relatório preambular do Código Penal, assinala-se ao citado artigo 65.º o intuito de retirar à pena de prisão todo o carácter infamante.

O Prof. Eduardo Correia, no seu trabalho «As Grandes Linhas da Reforma Penal», em Jornadas de Direito Criminal, p. 29, afirma: «Para além de tudo isto, o Código, aliás, em consonância com a Constituição, fez desaparecer o efeito infamante das penas, não considerando seu efeito automático a perda de direitos civis, políticos e profissionais (artigo 65.º).»

Acrescenta, em seguida: «Temos, assim, que todo o labéu, todo o estigma jurídico, se dilui, ficando apenas a possibilidade autónoma ou paralela de cominar penas acessórias.»

A maleabilidade destas, torna essas penas acessórias de carácter punitivo, antes que infamante.»

Este pensamento parece ter presidido à votação por unanimidade na Assembleia da República, da proposta de aditamento do citado n.º 4 do artigo 30.º, como ressalta das palavras então proferidas pelo Deputado Nunes de Almeida e que se transcrevem:

A aprovação do n.º 4 vem obviar algumas disposições, ainda hoje vigentes na nossa lei penal, de extraordinária violência, como eram as que envolviam, como efeito necessário de certas penas, a perda de alguns direitos. Designadamente, e como exemplo, lembro o caso de certas infracções criminais cometidas por funcionários públicos, muitas delas com grandes atenuantes, que envolviam necessariamente e como efeito acessório a demissão. Estes casos são, assim, banidos da nossa ordem jurídica e eu gostaria de chamar a atenção para esse facto na medida em que se trata de um aperfeiçoamento efectivo da nossa legislação em matéria penal — *Diário da Assembleia da República*, 1.ª série, 2.ª Leg.ª, de 11 de Junho de 1982, pp. 1476 e 1477.

No fundo, o n.º 4 do artigo 30.º da Constituição deriva, em linha recta, dos primordiais princípios definidores da actuação do Estado de Direito democrático que estruturam a nossa Lei Fundamental, ou sejam: os princípios do respeito pela dignidade humana (artigo 1.º); e os de respeito e garantia dos direitos fundamentais (artigo 2.º) — cf. Prof. Jorge Miranda, «O artigo 1.º e o artigo 2.º da Constituição», in *Estudos Sobre a Constituição*, vol. 2.º, pp. 9 e segs.

Daí decorrem os grandes princípios constitucionais de política criminal: o princípio da culpa; o princípio da necessidade da pena ou das medidas de segurança; o princípio da legalidade e o da jurisdicionalidade da aplicação do direito penal; o princípio da humanidade; e o princípio da igualdade — vid. José de Sousa e Brito, «A Lei Penal na Constituição», in *Estudos Sobre a Constituição*, vol. 2, p. 199.

Ora, se da aplicação da pena resultasse, como efeito necessário, a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos, far-se-ia tábua rasa daqueles princípios, figurando o condenado como um proscrito, o que constituiria um flagrante atentado contra o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana.

Por isso é que, na sequência da posição assumida quer no n.º 4 do artigo 30.º da Constituição quer no citado artigo 65.º, o imediato artigo 66.º do Código Penal

estabelece os pressupostos jurídico-penais da pena de demissão, como pena autónoma.

7.2.3 — O Código de Justiça Militar, através do n.º 1 do citado artigo 37.º, impõe a demissão do oficial ou sargento dos quadros permanentes ou de praças em situação equivalente como efeito da respectiva condenação pelos crimes aí referidos, nomeadamente, pelo de corrupção.

Isto significa que a demissão constitui um efeito necessário dessa condenação.

Por consequência, considerando o exposto, tal normativo do Código de Justiça Militar briga frontalmente com o disposto no n.º 4 do artigo 30.º da Constituição com ele se não conformando.

Assim, o n.º 1 do citado artigo 37.º é inconstitucional.

7.2.4 — Nos termos acima explicitados, acordamos em julgar inconstitucional o n.º 1 do artigo 37.º do Código de Justiça Militar, por violação do n.º 4 do artigo 30.º da Constituição da República Portuguesa, e em consequência, negamos provimento ao recurso e mantemos o acórdão recorrido quanto à questão de inconstitucionalidade.

Sem custas, por não serem devidas.

Lisboa, 15 de Fevereiro de 1984. — Mário Augusto Fernandes Afonso — Luís Nunes de Almeida — Mário de Brito — Messias Bento — José Magalhães Godinho — José Manuel Cardoso da Costa — Armando M. Marques Guedes.

### **Acórdão N.º 43/86**

**Processo n.º 100/85.**

**2.ª Secção.**

**Relator: Conselheiro Mário Afonso.**

Acordam no Tribunal Constitucional:

1 - O tribunal colectivo na comarca de Setúbal, por acórdão de fls. 21º e segs., no julgamento de A. e de B., recusou, quanto àquele, a aplicação dos artigos 83º e 84º do Código Penal, por força do artigo 207º da Constituição da República Portuguesa.

Fundamenta, assim, a sua decisão:

Os referidos preceitos estabelecem uma pena de duração indefinida, na medida em que «permitem a aplicação de uma pena que, ficando a oscilar entre um limite mínimo e um limite máximo, não surge doseada em concreto»;

Tais preceitos violam, assim, o artigo 30º da Lei Fundamental; efectivamente, esta «não admite que alguém possa, após a condenação passada em julgado, permanecer na incerteza da medida restritiva de liberdade que lhe é imposta»;

«Para garantia dos direitos individuais, é essencial que a pena privativa de liberdade surja em quantum exacto, sob pena de risco de arbítrio»;

«O legislador de 1982 olvidou ostentivamente o normativo constitucional referido e veio instituir, com o nomen júrís de pena relativamente indeterminada, uma autêntica medida de segurança

[ ]»;

«Os riscos de pena indeterminada são os mesmos das medidas de segurança, com a limitação dos poderes do juiz julgador e a extensão dos da administração penitenciária, mau grado a competência do juiz de execução de penas».

2 - O Exmo. Magistrado do Ministério Público na referida comarca interpôs recurso de inconstitucionalidade para este tribunal.

3 - O Exmo. Procurador-Geral da República Adjunto neste tribunal, nas suas alegações, concluiu pela procedência do recurso, revogando-se, conseqüentemente, o acórdão recorrido para ser substituído por outro de acordo com o juízo de constitucionalidade dos citados artigos 83º e 84º.

4 - Cumpre decidir.

4.1 - O título V do livro I do Código Penal tem como epígrafe: «Da pena relativamente indeterminada».

Os seus caps. I e II intitulam-se, respectivamente: «Delinquentes por tendência» e «Alcoólicos e equiparados».

Estabelecendo os pressupostos e os efeitos da pena relativamente indeterminada quanto aos delinquentes por tendência, e só estes ora nos interessam, diz o artigo 83º do Código Penal:

1 - Se alguém praticar um crime doloso a que devesse aplicar-se, concretamente, prisão por mais de dois anos e tiver cometido anteriormente dois ou mais crimes dolosos a cada um dos quais tenha sido aplicada prisão, também por mais de dois anos, será punido com uma pena relativamente indeterminada sempre que a avaliação conjunta dos factos praticados e da personalidade do agente revele acentuada inclinação para o crime, que no momento da condenação ainda persista.

2 - A pena relativamente indeterminada tem um mínimo correspondente a dois terços da pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido e um máximo correspondente a esta pena, acrescida de seis anos.

3-[]

4 -[...]

E continua o artigo 84º:

1 - Se alguém praticar um crime doloso a que devesse aplicar-se concretamente prisão e tiver cometido anteriormente quatro crimes dolosos a cada um dos quais tenha sido também aplicada pena de prisão, será punido com pena relativamente indeterminada sempre que se verifiquem os pressupostos fixados no artigo anterior.

2 - A pena relativamente indeterminada tem um mínimo correspondente a dois terços da pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido e um máximo correspondente a esta pena, acrescida de seis anos.

Por seu turno, dispõe o nº 1 do artigo 30º da Constituição:

Não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida.

A questão a decidir no presente recurso consiste em saber se as normas contidas nos citados artigos 83º e 84º, ao instituírem a pena relativamente indeterminada, afrontam o transcrito normativo constitucional na parte em que prescreve as penas de duração indefinida.

A nossa legislação penal anterior ao Código Penal de 1982 assentava, no campo das reacções criminais, num sistema dualista de penas e de medidas de segurança privativas da liberdade, conjuntamente aplicáveis aos agentes imputáveis da prática de um facto criminalmente punível.

O legislador penal de 1982 adoptou um sistema monista, instituindo penas somente para os delinquentes imputáveis. As medidas de segurança privativas da liberdade apenas seriam aplicáveis a inimputáveis. Chegou a esta meta partindo do princípio da culpa, segundo o qual a aplicação da pena pressupõe a imputação do facto tipicizado como ilícito criminal à livre determinação do agente.

Como dizia Claus Roxin, na sua conferência proferida na Universidade de Coimbra, publicada no Boletim da Faculdade de Direito, vol. LIX, pp. 1 e segs., sob o título «Acerca da problemática do Direito Penal da Culpa» [...], a pena só deve ser aplicada aos casos de realização, com culpa, de um facto ilícito típico e dentro dos limites traçados pela culpa do agente. A liberdade de acção e decisão, pressuposta pela culpa, é de afirmar quando se possa demonstrar que o agente, ao tempo da prática do facto, era, em princípio, sensível aos apelos normativos», *ib*, p. 19.

No fundo, no atinente à relevância do princípio da culpa, está em causa o fundamental princípio da dignidade humana, erigido no artigo 2º da Constituição em alicerce da definição de Portugal como «República soberana».

Como muito bem salientou o Prof. Figueiredo Dias, na terceira tese formulada na sua comunicação publicada na Revista do Direito Penal - Órgão Oficial do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, p. 49, «é o valor irrenunciável de garantia da eminente dignidade humana que constitui o fundamento axiológico do princípio da culpabilidade; e é a delimitação da responsabilidade do homem, dali decorrente, que define a função do princípio à luz das exigências do Estado-de-direito material».

Acrescenta, mais adiante, na sequência da tese enunciada:

À luz do valor da garantia da dignidade humana concluirei pois [...] que não há alternativa à necessidade de medir a pena pela culpabilidade; e por uma culpabilidade que contenha um elemento ético-pessoal limitador das exigências que, de outros pontos de vista, se façam à responsabilidade do agente.

A responsabilidade pressupõe a liberdade. Por isso, no preâmbulo do Código Penal de 1982 escreveu-se muito lucidamente:

[...] os homens a que este diploma se dirige são compreendidos como estruturas ' abertas ' e dialogantes capazes de assumirem a sua própria liberdade. Por outras palavras, eles serão sempre um prius, nunca um posterius.

Não importa, em sede constitucional, analisar o conceito de culpa.

Anotar-se-á, porém, que uma corrente penalística marcante, partindo do princípio da dignidade humana, imputa a culpa à personalidade censurável do agente. O juízo de censura radica-se ou na decisão de conduzir a sua vida por forma a não respeitar os valores jurídico-criminais emanados da sociedade em que se insere ou na emissão do dever de formar ou de corrigir a sua personalidade por forma a actuar em conformidade com esses valores.

Como justamente acentua o Prof. Figueiredo Dias in Liberdade - Culpa - Direito Penal, p. 188, «Culpa jurídica (jurídico-penal) é, assim, a violação pelo homem do dever de conformar o seu existir por forma que, na sua actuação na vida, não viole ou ponha em perigo bens juridicamente (jurídico-penalmente) protegidos».

Isto significa que o centro de referência da culpa é, segundo a doutrina a que nos reportamos, a própria personalidade humana, podendo afirmar-se, em síntese, usando as expressões de Figueiredo Dias, que «[ ] toda a culpabilidade em direito penal é, materialmente, ter de responder pela personalidade que fundamenta um facto ilícito típico», citada Revista do Direito Penal, p. 50.

4.2 - Partindo do mesmo princípio da dignidade humana, o sistema punitivo do Código Penal visa atingir a ressocialização ou reinserção social do delinquente.

Podemos elevar este escopo à categoria de princípio informador do Código Penal de 1982, a que a legislação complementar - Decretos-Leis 402/82, de 23 de Setembro; 319/82, de 11 de Agosto, que, embora anterior ao mesmo código, criou o Instituto de Reinserção Social, tendo em - mira o pensamento ressocializador de que aquele diploma se faria eco; e 204/83, de 20 de Maio, que aprovou a «Lei Orgânica do Instituto de Reinserção Social» - procura dar execução.

O princípio da ressocialização encontrou expressão constitucional, pelo menos, nas leis fundamentais italiana - artigo 27º, 2º -, espanhola - artigo 25º, 2º - e da Venezuela - artigo 60º, nº 7.

Na doutrina, este princípio concita a atenção dos penalistas.

Assim, diz Hans-Heinrich Jescheck:

Se a pena privativa da liberdade chega a executar-se, o seu cumprimento deve estar inspirado pela ideia rectora da ressocialização, formando intelectual, profissional e tecnicamente o condenado, reforçando o seu sentido de responsabilidade e incitando-o a que coopere activamente no estabelecimento penal. (Tratado de Derecho Penal, I, p. 95.)

Acrescenta em seguida:

A pena justa tem de cumprir deste modo uma função preventiva e outra reeducadora na comunidade, enquanto tem uma força configuradora dos costumes, e no condenado, enquanto é um princípio proporcional que apela para o seu sentido de responsabilidade.

4.3 - Os princípios da culpa e da ressocialização, ambos assentes no princípio constitucional da dignidade humana, encontram especial expressão no Código Penal de 1982 ao estabelecer a pena relativamente indeterminada.

O problema dos delinquentes por tendência constituiu sempre objecto da maior preocupação do legislador penal. Antes de mais, surge a necessidade de defesa da comunidade em que ele se integra e, além disso, considerando os mencionados princípios, cumpre implementar esforços no sentido da sua reinserção social.

Nos termos do artigo 67º do Código Penal de 1886, na redacção que lhe deu o Decreto-Lei nº 184/72, de 31 de Maio, as penas de prisão ou de prisão maior aplicadas a delinquentes de difícil correcção, em que se incluíam os delinquentes habituais e por tendência, podiam «ser prorrogadas por dois períodos sucessivos de três anos», verificando-se a manutenção da sua «perigosidade» e a falta de idoneidade do «condenado» para seguir vida honesta.



Iluminado o nosso ordenamento penal pela luz dos assinalados princípios da culpa e da ressocialização, alicerçados, repita-se, no princípio da dignidade humana, entendeu o legislador instituir o sistema da pena relativamente indeterminada para os delinquentes por tendência e para os alcoólicos e equiparados.

Esta pena segundo o autor do Projecto do Código Penal de 1982, Prof. Eduardo Correia, surge como corolário da referência da culpa à personalidade do delincente.

Citemos, a propósito, o ensinamento do mesmo autor, nas suas Lições de Direito Criminal, pp. 321 e 328, ed. de 1971.

«Certo que a medida da punição poderá ir além da moldura penal do facto quando o modo de ser, que o agente não dominou, permite diagnosticar uma especial perigosidade - caso em que a culpa pela não preparação de personalidade passa a fundamentar, autonomamente, a punição».

Acrescenta mais abaixo:

«Finalmente, deve acentuar-se que a teoria da culpa referida à personalidade, tal como a deixamos exposta, se não pode nunca servir para justificar um prorrogamento indefinido da pena, tal como o conhece o nosso actual direito criminal, conduz, na sua lógica, à aceitação de uma pena indeterminada» - cf., sobre o problema, «Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro», do Prof. Figueiredo Dias, separata da Revista da Ordem dos Advogados, pp. 36 e 37; «As Grandes Linhas da Reforma Penal», do Prof. Eduardo Correia, in Jornadas de Direito Criminal, I, 31; «O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia», do Dr. Manuel da Costa Andrade, in Jornadas, I, p. 211; Iescheck, loc. cit., p. 108 e 118; Roxin, ib., p. 24; «Da Pena Relativamente Indeterminada na Perspectiva da Reinserção Social do Recluso», pela Dr<sup>a</sup> Anabela Miranda Rodrigues, in Jornadas, I, pp. 287 e segs.; «Algumas Considerações sobre o Sistema Monista das Reacções Criminais», do Dr. Lopes Rocha, B. M. J., n<sup>o</sup> 323, pp. 19 e segs.

A pena relativamente indeterminada, ao fixar um mínimo e um máximo precisamente definidos na lei, visa alcançar a reinserção social do delincente, sem quebra da sua dignidade como homem.

4.4 - Apresentado, ainda que por forma perfunctória, o instituto da pena relativamente indeterminada, vejamos se ele contende com o citado artigo 30<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1, da Constituição no segmento em que veda a aplicação de penas de duração indefinida.

Pergunta-se, pois, se a pena relativamente indeterminada pode subsumir-se ao conceito de pena de duração indefinida.

Responderemos negativamente.

O normativo constitucional em apreço pretende que as penas sejam determinadas e certas, de modo a garantir-se plenamente o direito à liberdade e à segurança, em conformidade com o artigo 27º, nºs 1, 2 e 3, da Constituição. Isto não é o mesmo que dizer que as penas têm de ter uma duração fixa. O que importa é que a sua aplicação não gere incerteza relativamente ao quantum da punição e ao modo da sua expressão. Pena certa, determinada, é a pena legal, a pena prevista pelo legislador, pois esse é o modo por que se elimina o arbítrio do julgador.

Ora, a pena relativamente indeterminada encontra-se definida, já que o juiz, partindo da pena concretamente aplicável ao facto, acentua-se, estabelece um mínimo e um máximo da pena dentro dos quais a mesma se executará tendo em mira atingir o objectivo ressocializador do delinquente.

Este objectivo do legislador encontra-se sobejamente patenteado na nota justificativa introdutória da proposta de lei nº 221/1, Diário da Assembleia da República, 2ª série, de 21 de Fevereiro de 1979, em cujo nº 13 se lê:

Problema dos mais importantes no domínio da moderna política criminal, verdadeira pedra de toque da eficácia dos sistemas punitivos, é, sem dúvida, o que diz respeito aos delinquentes perigosos.

E, mais abaixo:

[...] As preocupações da reeducação e tratamento do delinquente sobrelevam o simples interesse de protecção da sociedade contra os seus elementos perigosos.

[ ] Um dos sinais mais evidentes dessa nova orientação da política criminal é, precisamente, a aberta condenação do regime de aplicação cumulativa da pena e da medida de segurança. Na esteira do que já tinham proposto as legislações dinamarquesa (em 1930) e suíça (em 1937), o Criminal Justice Act britânico de 1948 e o Código Penal da Grécia de 1950 dão os primeiros passos no sentido do abandono do sistema dualista de aplicação cumulativa, procurando a fórmula de equilíbrio entre os dois tipos de reacção criminal. Fórmula que, de resto, não foi fácil de conseguir, certo como é que os congressos internacionais dedicados ao tema procuraram sempre fugir à dificuldade do problema, limitando-se a propor para os delinquentes imputáveis perigosos uma «medida unificada e de duração relativamente indeterminada» [...].

E continua no imediato nº 14, referindo-se à solução apresentada na proposta de lei:

[...] A solução proposta decorre naturalmente da afirmação de duas ideias fundamentais. Por um lado, a de que a perigosidade de certos delinquentes não pode ser realmente prevenida nos quadros da prisão normal, pelo que haverá de

prever formas de internamento mais dilatado onde a ideia de segurança logre uma efectiva expressão. Por outro lado, a de que à tarefa de readaptação social desses delinquentes - com que o projecto abertamente se quis comprometer - não pode marcar-se antecipadamente um prazo certo de realização, em face dos tipos de criminalidade ou da gravidade das formas de vida a que a perigosidade nesses casos se refere.

Daí propor-se uma pena relativamente indeterminada, devendo o tribunal limitar-se na sentença condenatória a fixar o mínimo e o máximo de duração do internamento e devolvendo-se para a fase de execução a determinação do quantum exacto de privação da liberdade que o delinquente deverá cumprir.

A pena relativamente indeterminada representa, assim, uma medida que apenas se dirige aos delinquentes por tendência e a alcoólicos e equiparados (artigos 86º e 88º), considerando a necessidade e, até, o dever que o Estado tem de procurar a defesa da sociedade e a reinserção social do delinquente (cfr. Ac. R. C. de 27 de Fevereiro de 1985, in Colectânea de Jurisprudência, X, 1, p. 119), respeitando a sua dignidade humana.

Os dispositivos legais referentes à execução da pena relativamente indeterminada - artigos 18º a 21º do citado Decreto-Lei nº 402/82 - revelam bem a preocupação do legislador na realização destes basilares princípios.

Tais normativos, nomeadamente os artigos 6º e 7º, aplicáveis por força do citado artigo 18º, são perfeitamente elucidativos das asserções feitas.

Transcrevamo-los:

Art. 6º Na execução das penas e das medidas de segurança será sempre respeitada a dignidade humana dos condenados e ser-lhes-ão dispensados os tratamentos necessários para a salvaguarda da saúde física e mental e para a reinserção na sociedade.

Art. 7º Na execução das penas e das medidas de segurança atender-se-á aos atributos individuais dos condenados de modo que, dentro dos limites da lei, se sigam as modalidades de execução mais adequadas à realização dos seus fins.

Art. 19º - 1 - Serão enviados ao Instituto de Reinserção um exemplar dos mandados de condução, com menção expressa da classificação do delinquente, da pena e da data de entrada no estabelecimento, cópia da decisão condenatória e quaisquer elementos úteis para a elaboração do plano individual de reinserção.

2 - No prazo de 30 dias após a entrada no estabelecimento prisional será elaborado o plano individual de reinserção, que incluirá os regimes de trabalho, aprendizagem, tratamento e desintoxicação que se mostrem adequados. Para tanto, poderá a administração recolher as informações necessárias de quaisquer

entidades públicas ou privadas e utilizará, sempre que possível, a colaboração do condenado.

3 - P plano será submetido à aprovação do tribunal e comunicado ao delincente.

4 - Podem ser introduzidas no plano as modificações que se mostrem necessárias durante a execução da pena, cumprindo-se o disposto nos n.ºs 2 e 3.

Art. 20º - 1 - Até dois meses antes de o delincente completar o limite máximo da pena, o Instituto de Reinserção enviará ao tribunal relatório sobre a execução e os resultados do plano de reinserção, bem como parecer fundamentado sobre a concessão de liberdade condicional.

2 - Do mesmo modo se procederá semestralmente, quando a prisão prossiga para além do seu limite mínimo e quando a liberdade condicional tiver sido revogada e o réu volte a cumprir a prisão indeterminada.

Isto tudo serve para dizer que, ao instituir a pena relativamente indeterminada, o legislador pretendeu que o Estado se assumisse como um Estado de direito democrático, actuando no respeito do basilar princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Tal pena representa também um compromisso com as necessidades de defesa social e de prevenção, teleologicamente subjacentes a toda a estatuição sancionatório-penal.

E não se diga, como se fez no acórdão recorrido, que a pena relativamente indeterminada envolve o risco de arbítrio e que ela constitui limitação dos poderes do juiz e extensão dos da administração penitenciária.

Quanto à primeira objecção, dir-se-á que não existe o risco apontado.

Com efeito, o julgador terá de previamente determinar a pena «que concretamente caberia ao crime» e só depois, em função da pena assim encontrada, fixará os máximo e mínimo, utilizando a regra estabelecida no transcrito nº 2 do citado artigo 83º.

Portanto, não pode surpreender-se nesta actuação, perfeitamente definida, do julgador, qualquer risco de arbítrio, uma vez que o juiz, ao aplicar a pena relativamente indeterminada, ter-se-á de conter dentro das regras estatuídas naquele preceito.

Também não envolve o risco de arbítrio a execução desta pena. Na verdade, a administração prisional, ao executá-la, terá de elaborar um plano individual da readaptação do delincente, sempre que possível, com a concordância deste, em conformidade com o disposto no artigo 90º, nº 1, do Código Penal.

O plano da reinserção social, a elaborar no prazo de 30 dias após a entrada no estabelecimento prisional pelo Instituto de Reinserção Social, será submetido à

aprovação do tribunal de execução das penas e comunicado ao delinquente nºs 2 e 3 do artigo 19º do Decreto-Lei nº 402/82.

Por outro lado, dispõe o nº 1 do artigo 20º deste diploma:

Até dois meses antes de o delinquente completar o limite mínimo da pena, o Instituto de Reinserção enviará ao tribunal relatório sobre a execução e o resultado do plano de reinserção, bem como o parecer fundamentado sobre a concessão de liberdade condicional.

Ora, se toda esta actuação se processa em conformidade com o plano individual, que é do conhecimento do delinquente e que, se possível, obteve a sua concordância e sob a dependência de uma decisão jurisdicional - a do tribunal de execução das penas -, não se poderá de modo algum detectar o risco que levou o colectivo à desaplicação do artigo 83º por inconstitucionalidade.

Estas razões são igualmente válidas para não surpreendermos na execução da pena relativamente indeterminada uma excessiva e constitucionalmente inadmissível intromissão da administração penitenciária.

É óbvio que, sendo todo o sistema de administração penitenciária que, em primeira linha, contacta com o delinquente e o dirige no caminho da reinserção social, lhe cabe necessariamente a tarefa de informar o tribunal da execução das penas acerca dos resultados do plano de ressocialização para propor ou não a concessão de liberdade condicional.

Só que esta actuação, tal como está inscrita na lei, não envolve uma intolerável atribuição de competência à administração penitenciária. Antes a responsabiliza para colaborar na tarefa de ressocialização que a lei lhe comete.

Aliás, o artigo 23º do Decreto-Lei nº 783/76, de 29 de Outubro, atribui ao juiz do tribunal de execução das penas competência para supervisionar a forma como são executadas as condenações, nos termos que se transcrevem, podendo, assim, obviar a possíveis desvios ou incúrias da administração prisional:

Art. 23º Compete ao juiz do tribunal de execução das penas:

1º Visitar, pelo menos mensalmente, todos os estabelecimentos prisionais, a fim de tomar conhecimento da forma como estão a ser executadas as condenações;

2º Ouvir, na altura da visita, as pretensões dos reclusos, preventivos e condenados, que para o efeito se inscrevam em livro próprio, e resolver essas pretensões de acordo com o director do estabelecimento;

3º Decidir os recursos interpostos pelos reclusos relativos a sanção disciplinar que imponha o internamento em cela disciplinar por tempo superior a oito dias;

4º Conceder e revogar as saídas precárias prolongadas;

5º Convocar o conselho técnico dos estabelecimentos sempre que o entenda necessário ou este diploma o determine;

6º Presidir aos conselhos técnicos referidos no nº 5.

Para além disso, e com decisiva relevância, está o facto de que é ao juiz do tribunal de execução de penas que compete conceder a liberdade condicional e decidir sobre a sua revogação e prorrogação, conforme se preceitua no artigo 22º, nº 6, do mesmo diploma (cf. também o artigo 89º do Código Penal).

4.5 - Não se verifica, por conseguinte, a inconstitucionalidade dos artigos 83º e 84º do Código Penal.

Com o Professor Figueiredo Dias, in *Liberdade - Culpa - Direito Penal*, pp. 215 e 216, diremos:

Deste modo, o juízo de compreensão da personalidade destes delinquentes patenteará em regra uma particular desconformidade entre essa personalidade e a suposta pela ordem jurídica, que justificará o agravamento da pena aplicável ao delinquentemente especialmente perigoso. Como sempre, porém, a culpa haverá de determinar-se no momento do facto e, por conseguinte, ter uma medida «certa» que determine uma medida «certa» da pena. O que não implica necessariamente o repúdio de toda a ideia de indeterminação da pena, mas tão-só a necessidade de fixação da sua medida máxima, correspondente ao máximo da pena suportado pela culpa (agravada) do delinquentemente e que em caso algum poderá ser ultrapassada, encontre-se ou não aquele corrigido, seja ele ainda ou não perigoso.

Assim, e queremos que só assim, se defenderá a plena validade do princípio da culpa também relativamente ao delinquentemente especialmente perigoso, ao mesmo tempo que se dará satisfação, até onde a justiça o permite - e, desta maneira, até onde a utilidade social o impõe -, às irrenunciáveis exigências de defesa (ética) da sociedade.

4.6 - Nos termos expostos, decide-se conceder provimento ao recurso e, assim:

Não se julgam inconstitucionais as normas contidas nos artigos 83º e 84º do Código Penal no segmento em que estabelecem pena relativamente indeterminada;

Revoga-se o acórdão recorrido para ser substituído por outro em que se decida de harmonia com o juízo de constitucionalidade ora formulado.

Lisboa, 19 de Fevereiro de 1986. - Mário Afonso - Mário de Brito - José Magalhães Godinho - José Manuel Cardoso da Costa - Messias Bento - Armando Manuel Marques Guedes.

## **Acórdão N.º 130/88**

**Processo n.º 110/86**

**Plenário**

**Relator: Conselheiro Martins da Fonseca**

Acordam no tribunal constitucional

1. - O Provedor de Justiça, ao abrigo do disposto nos artigos 281º, nº1, alínea a) da Constituição e 51º da Lei nº 28/82, de 15 de Novembro, vem requerer ao Tribunal Constitucional que declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do artigo 5º do Decreto-Lei nº 553/76, de 13 de Julho, respeitante a colheita de órgãos de pessoa falecida.

Fundamenta o seu pedido no facto de, em seu entender, a referida disposição legal violar:

- O nº 1 do artigo 25º (direito a integridade pessoal), o nº do artigo 26º (outros direitos pessoais) e os nºs 1 e 2 do artigo 37º (liberdade de expressão e informação), e, ainda que reflexamente o nº do artigo 41º (liberdade de consciência), todos da Constituição, por ficar comprometido o exercício do "direito de personalidade a disposição do respectivo corpo" e o exercício do "direito das pessoas com legitimidade para transmitir a vontade expressa ou tácita do defunto a respeito da colheita", na medida em que é omitida a notificação do óbito ao círculo de pessoas capazes de noticiar aos médicos a eventual oposição do falecido à colheita;

O nº 1 do artigo 25º e o nº 1 do artigo 26º por não ser fixado um prazo para ser comunicada aos médicos a oposição do falecido e, simultaneamente, para a formação do silêncio a partir do qual os médicos ficam habilitados a efectuar a colheita;

Os nºs 1 e 2 do artigo 37º, porque consagram restrições não permitidas (pelo nº 2) ao direito de informar que assiste ao círculo indefinido de pessoas que podem transmitir aos médicos a oposição do falecido, especialmente as restrições que advêm da não identificação das pessoas que podem integrar aquele círculo e da falta de fixação de prazo para exercer esse direito.

O Governo embora extemporaneamente respondeu enviando um Parecer da Auditoria Jurídica da Presidência do Conselho de Ministros no qual se conclui pela inexistência de inconstitucionalidade .

Tudo visto, cumpre decidir.

2. - Diz o seguinte o referido artigo 5º do Decreto-Lei nº 553/76:

" Os médicos não podem proceder a colheita quando, por qualquer forma, lhes seja dado conhecimento da oposição do falecido".

Perante a secura do teor literal deste preceito, e face às tão diversificadas censuras que nele se concentram, importa, em um primeiro momento, ponderar e definir o alcance do pedido, estabelecendo, do mesmo passo, o entendimento da lei que está na base do mesmo.

A entidade peticionante parte da afirmação de um direito da personalidade a disposição do próprio corpo, com consistência para além da morte do respectivo titular, direito esse cujo conteúdo, na parte ora relevante, consistiria na faculdade de se opor a colheita no seu cadáver de tecidos ou órgãos para efeitos de transplantação ou outros fins terapêuticos. Esse direito poderia ainda ser efectivado por um circulo de outras pessoas, estas necessariamente vivas, comunicando aos médicos a oposição do falecido. O vício que inquinaria o artigo 5º residiria em a lei se apresentar omissa quanto à notificação do óbito a esse circulo de outras pessoas, cujo âmbito não define, em situação de conhecer e transmitir aos médicos a eventual oposição do falecido aquela colheita, e, bem assim, em não estabelecer um prazo para ser notificada aos médicos essa eventual oposição do falecido, expirado o qual poderiam os médicos actuar se entretanto não tivessem tido conhecimento da oposição.

Como se vê, não é a proibição, imposta aos médicos em termos insupríveis, de efectuar colheitas quando haja conhecimento da oposição do falecido que vem considerada inconstitucional; questionam-se, sim, eventuais défices normativos na regulamentação da matéria. Por outras palavras: não é posto em causa o que se contem positivamente no artigo 5º e imediatamente flui da sua leitura; censura-se que dele não constem - tomada essa disposição em si ou no contexto do diploma - certos aspectos complementares de regulamentação que o legislador deveria ter acautelado. Concretamente: questiona-se esse normativo na medida em que a solução legal dele emergente permite a colheita de órgãos ou tecidos sem que se proceda a um prévio apuramento da vontade do falecido a esse respeito.

Está-se assim - e é nesses termos que o Tribunal o interpreta e delimita - perante um pedido de declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 5º do Decreto-Lei nº 553/76, de 13 de Julho. Mais precisamente: pretende-se que essa norma seja declarada inconstitucional enquanto autoriza que os médicos procedam a colheita, sem que hajam de diligenciar pela notificação das pessoas do círculo mais próximo do falecido e de aguardar, por certo período de tempo, que elas lhes dêem conta de uma eventual oposição deste.

3. - Isto posto, cabe proceder a uma análise minimamente pormenorizada das questões suscitadas.

O artigo 5º tem, conforme ja se disse, um imediato sentido proibitivo. Na verdade, o Decreto-Lei nº 553/76, em que este normativo se insere, veio permitir a colheita no corpo da pessoa falecida de tecidos ou órgãos com determinadas finalidades "nos termos (nele) definidos"é o princípio geral, consignado no artigo 1º.



Se este e o principio, da-se, no entanto, relevância a vontade da pessoa falecida; de facto, a colheita não e possível se tiver havido oposição do falecido (artigo 5º).

A oposição a colheita e insuprível e pode ser manifestada por qualquer forma (artigo 5º) sendo lícito concluir (cfr. designadamente o artigo 6º) que pode ser manifestada por outras pessoas, e entre elas, particularmente, por familiares ou herdeiros do falecido.

Por outro lado, a lei estabelece a responsabilidade criminal -para além da que lhes seja imputável nos termos gerais de direito - daqueles que procederem a colheita com o conhecimento da oposição expressa da pessoa falecida: incorrem eles na pena de prisão até um ano, segundo o que se dispõe na alínea b) do artigo 9º.

Em aspectos essenciais, o novo quadro normativo, que revoga na integra o anterior, consagrado no Decreto-Lei nº45 683, de 25 de Abril de 1964, e na respectiva regulamentação complementar, inova de forma significativa.

Desde logo, arranca duma concepção que confere "prioridade ao uso dos órgãos e tecidos para fins terapêuticos, sobre os direitos que em relação ao corpo detêm os familiares e amigos" (ponto 3 do preâmbulo do Decreto-Lei nº 553/76). Assim, os familiares não são já admitidos a formular oposição relevante fundada apenas na vontade deles próprios, podendo tão só comunicar a do falecido. E desse modo se compreende que, no novo regime, precisamente porque só a vontade do falecido assume significado, sejam agora admitidos também "amigos" para usarmos a terminologia do preâmbulo - a manifestar aos médicos a oposição daquele a colheita.

Deixou de precisar-se a forma da declaração: qualquer forma e, agora, bastante, nos termos do artigo 5º, dispensando-se os algo complicados requisitos burocráticos prescritos no artigo 4º do Decreto nº 45 683. Notarseá também que não se prevê agora que a proibição do falecido possa ser arredada por efeito de lei ou de autorização por despacho do Ministro da Saúde e Assistência, conforme admitia o artigo 5º do Decreto-Lei nº 45 683.

Significativa é a inovação introduzida no sentido à de ser admitida a possibilidade legal de a colheita se fazer I - imediatamente após a morte (nº 1 do artigo 3º), pois que, na disciplina revogada, ela só era permitida a partir da 4ª hora posterior ao falecimento, sendo que, até duas horas posteriormente ao mesmo facto, era facultado aos familiares do falecido (cônjuge sobrevivente e ascendente ou descendente) deduzir-lhe oposição (v. § 4º do artigo 7º em conjugação com o § 3º do artigo 4º e com o § 2º do artigo 7º, todos do Decreto-Lei nº 45 683).

Relevante igualmente e a disparidade existente quanto à forma como se certifica o óbito. Na vigência do diploma anterior, e de harmonia com o seu artigo 10º, o óbito havia de ser verificado pelo menos por dois médicos, "segundo as regras

da semiologia medicolegal que, ouvidos os departamentos oficiais competentes e a Ordem dos Médicos", tivessem sido "definidas por Portaria conjunta dos Ministros da Justiça e da Saúde e Assistência (cfr. Portaria nº 150/71, de 24 de Março). Além disso, os médicos que assim verificassem o óbito tinham que passar, em duplicado, um correspondente atestado com observância dos requisitos estabelecidos no § 1º daquele artigo 10º. Por sua vez, o Decreto-Lei nº 553/76 já não estabelece ou prevê, que em regulamento se estabeleçam regras para a verificação do óbito (devolvendo assim, inteiramente, para o critério dos médicos), apesar de permitir que a colheita seja efectuada imediatamente após a morte. Exige, no entanto, que esta seja verificada, antes de mais, por dois médicos não pertencentes a equipa que haja de proceder a colheita (cfr. artigo 3º). Em qualquer caso, deverá acrescentar-se, quanto a este ponto, que, segundo o entendimento dominante, o conceito de morte pressuposto no Decreto-Lei nº 553/76 continua a ser o de morte cerebral (nesse sentido, Parecer da Procuradoria-Geral da República, emitido no processo nº 74/85, de 25.8.85, in Diário da República, II Série, nº272, de 26.11.85). Alias tal entendimento e o corrente na medicina moderna (como se alcança do exaustivo estudo de Christopher Pallis, ABC da morte cerebral - Morte do tronco cerebral, 1983, tradução de J.R.Pena, Lisboa, 1986, e do Parecer do Gabinete de Apoio Técnico - Legislativo do Ministério da Justiça, junto aos autos).

Conclui-se da sumária comparação a que se procedeu que, efectivamente, na disciplina de 1976, mas também já na de 1964, ocorre o alegado défice normativo pressuposto no pedido na parte respeitante a notificação do óbito aos familiares e pessoas das relações do falecido. Já quanto ao prazo para comunicação da oposição a colheita, após o óbito, por parte dos familiares do falecido, verifica-se ter sido o mesmo suprimido, em homenagem, com certeza, a exigências de máxima celeridade na transplantação: e que, se a ciência medica progrediu no campo do domínio dos processos de rejeição, facto é que certas transplantações, tornadas possíveis pelos progressos recentes da técnica médico-cirurgica, terão tanto mais possibilidade de êxito e viabilidade quanto menor for o tempo que mediar entre a morte, a colheita e a aplicação pretendida.

Particular saliência merece a discrepância entre os dois regimes legais no que respeita ao relevo atribuído ao consentimento do "de cuius" e de terceiros na colheita: por um lado, no Decreto-Lei nº 553/76, a proibição da colheita deixou de poder resultar de uma declaração de vontade dos familiares, passando a ser relevante em exclusivo a vontade, a esse respeito, do falecido; por outro lado protege-se esta vontade (proibitiva) seja qual for a forma por que e levada ao conhecimento dos médicos, e em termos absolutos.

4. - Esclarecido o quadro normativo em que se insere o artigo 5º em análise, e tendo-se procedido ao confronto com o regime vigente na matéria até 1976, cabe situar toda a questão no âmbito da disciplina constitucional. Antes, porém - mas em

ordem já a esse objectivo - terá de se começar por um esforço de caracterização dos valores gerais em presença no próprio campo legal.

É sabido que o cadáver não pode qualificar-se como "pessoa". Como se diz incisivamente no nº 1 do artigo 68º I do Código Civil "a personalidade cessa com a morte" - morte que opera uma mutação substancial na natureza e destino do ~ corpo humano.

Cessando a personalidade com a morte, não se transmitem os chamados "direitos de personalidade"; e, embora no nº 1 do artigo 71º do Código Civil se disponha que "os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular", e um tal preceito explicado por parte da doutrina como tutelando um direito novo, conferido a pessoas vivas.

A este propósito Mota Pinto escreveu:

"Nos termos do nº 1 do artigo 68º do Código Civil a personalidade cessa com a morte. No momento da morte, a pessoa perde, assim, os direitos e deveres da sua esfera jurídica, extinguindo-se os de natureza pessoal (v.g. os direitos e deveres conjugais) e transmitindo-se para os sucessores "mortis causa" os de natureza patrimonial.

Discordamos da posição de Pires de Lima e Antunes Varela que vêem no artigo 71º nº 1 ('os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular') um desvio à cessação da personalidade com a morte. A nossa discordância assenta no entendimento de que a tutela do artigo 71º, nº 1, e uma protecção de interesses e direitos de pessoas vivas (as indicadas no nº 2 do mesmo artigo) que seriam afectadas por actos ofensivos da memória (da integridade moral) do falecido" (Teoria-Geral da Relação Jurídica, 2ª edição actualizada, págs.200 e 201)."

Idêntica orientação é a de Mário de Brito que sustenta, a propósito do nº 1 do artigo 68º do Código Civil, que "a morte e mesmo o único facto que actualmente faz cessar a personalidade jurídica "e em comentário ao artigo 71º do mesmo Código escreve que esta disposição "é aplicável tanto quando a ofensa é dirigida contra pessoa viva, que vem a falecer, como quando a ofensa se refere a uma pessoa já falecida".

Na 1ª hipótese, poderia pensar-se em que há uma transmissão, para as pessoas atrás mencionadas, dos direitos que competiam a pessoa ofendida.

Não é assim.

Um dos caracteres dos direitos de personalidade é precisamente a intransmissibilidade, que tem o seu fundamento na natureza do objecto de tais direitos, objecto esse que se encontra numa ligação estreitíssima com a pessoa. Por força desta ligação o objecto é inseparável do originário sujeito: a vida, a

integridade física, a honra de A. não podem transmitir-se a B. O direito conferido aos mencionados parentes é pois um direito novo, e o fundamento para o seu exercício um interesse próprio" (Código Civil Anotado, Vol. I, s.l., 1967, págs . 82 e 86) .

Não é diferente o posicionamento de Adriano de Cupis, que diz:

"A personalidade, se não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui a pré-condição deles, ou seja o seu fundamento e pressuposto".

De facto, nos direitos da personalidade a intransmissibilidade reside na natureza do objecto, o qual, como já dissemos, se identifica com os bens mais elevados da pessoa, situados, quanto a ela, em um nexu que pode dizer-se de natureza orgânica. Por força deste nexu orgânico o objecto é inseparável do originário sujeito: a vida, a integridade física, a liberdade, a honra de Tício, não podem vir a ser bens de Caio, por virtude de uma impossibilidade que se radica na natureza das coisas". (Os Direitos de Personalidade, pgs. 15 e 48)."

Não sendo já o cadáver uma pessoa, não importa, porém, tomar posição sobre a controvérsia de saber se deve ser considerado como uma "coisa" (decerto num sentido latíssimo e muito especial), se como um "tertium genus" (assim, Gomes da Silva e Paulo Cunha), escapando as categorias jurídicas comuns. Certo e que a doutrina e unânime em reconhecer que os direitos que sobre o mesmo poderão incidir, sempre de raiz e derivação consuetudinárias, não têm character patrimonial: o cadáver estará sempre subtraído ao comum comercio jurídico.

Precisamente esta diferenciada tutela jurídica, que não assimila o cadáver a uma qualquer outra coisa susceptível de proporcionar utilidades e benefícios quantificáveis, que não legitima a invocação de direitos subjectivos titulados por terceiros, necessita de ser explicada pela interferência de valores de natureza muito própria. Ora o regime jurídico do cadáver, seja qual for a qualificação jurídica a atribuir-lhe, não pode compreender-se se não se vir no cadáver ainda uma projecção da pessoa viva. O cadáver não vale pelo que é, vale por aquilo que foi e por aquilo que, na sua materialidade física, ainda que degradada, continua a representar (cfr. o Parecer nº 14/VIII da Câmara Corporativa, relatado pelo Prof. Gomes da Silva, em Câmara Corporativa - Pareceres, VIII Legislativa, 1963, vol.II, Lisboa, 1964, p.126 - com formulação ligeiramente diferente e mais extensa no conteúdo).

Por essa razão, admite o ordenamento jurídico - e em particular o nosso - que a pessoa viva possa dispor sobre o destino do seu corpo inanimado - possibilidade que bem pode considerar-se como um "direito". Essa vontade molda-se ou configura-se de algum modo em paralelo com o direito de disposição da pessoa viva sobre o seu próprio corpo - direito esse que, em todo o caso, não deixa de conhecer limites, seja com relevo jurídico-civil (cfr. artigo 280º, nº 2, do Código Civil), seja com relevo jurídico-penal (cfr. artigos 134º, 135º, 149º e 350º do Código Penal). Sobre os restos mortais não impendem os mesmos limites, pois, obviamente, o correspondente poder

de disposição já não conflitua com a vida ou com a integridade física. Eis, em resumidas contas, aqueles que neste contexto se afiguram necessárias, por que razão se reconhece relevância a vontade do falecido, tanto no que respeita a autorização para efeitos de colheita de tecidos ou órgãos, com vista a um transplante, quanto no que respeita à proibição das mesmas manipulações. E eis também por que não repugna entender a omissão do falecido como pura indiferença relativamente aos fins lícitos que possam ser dados aos seus despojos. Indiferença que não será então pura omissão, mas que, ao invés, poderá valer como vontade presumida do defunto.

O direito de cada um de dispor do seu corpo postmortem não é tão pouco, porém, um direito absoluto. Sobre ele impendem, ao nível legal, limites e restrições de vária ordem - de resto bem conhecidos. Assim, desde logo, os decorrentes de exigências sociais de polícia sanitária e mortuária, a ditarem condicionamentos a realização dos funerais e ao trânsito de cadáveres, e a imporem a inumação, em princípio, em cemitérios públicos; depois, as exigências de investigação criminal, a imporem a autópsia obrigatória em determinadas situações, e a permitirem a colheita de órgãos e tecidos de cadáver, para análise médico-legal; e ainda, eventualmente, exigências do ensino e investigação científica. Nestes dois últimos casos - e isso não deve deixar de assinalar-se - pode, alias, estar-se em presença de manipulações muito mais profundas e lesivas da "integridade" do cadáver do que aqueles que agora estão em causa (isto mesmo é posto em relevo no já citado Parecer nº 14/VIII da Câmara Corporativa, p. 41 e segs. ) .

Entretanto, aos familiares e pessoas próximas do falecido não se transmite o direito de disposição sobre o cadáver reconhecido aquele. Os poderes e direitos dos familiares e outras pessoas são autónomos e directamente atribuídos pelo ordenamento (no que se acompanha o Parecer da Procuradoria Geral da República nº 60/59, publicado no BMJ nº 94, Março de 1960, pág. 62 e segs.). À família, em geral, não repugnará apenas reconhecer "os poderes necessários para a manifestação dos seus afectos. Após a participação do óbito, esses poderes traduzem-se, sinteticamente, em: conservar e proteger o cadáver, decidir supletivamente sobre o lugar e modo do enterro e honras fúnebres" (cfr. Parecer da mesma Procuradoria nº 35/52, in BMJ nº 94, Março de 1960, pág. 53). Na verdade, a origem desses direitos e a tutela de valores de ordem espiritual e ética relacionados com os sentimentos de piedade para com os defuntos, a que não são alheias considerações que muito têm a ver também com as convicções religiosas de cada um.

5. - É neste quadro de referências jurídicas "tradicionais" (por assim dizer), e crescendo a elas, que vem colocar-se a problemática da regulamentação das colheitas de órgãos ou tecidos em cadáveres, com vista a um ulterior transplante.

Confere-lhe logo uma particular especificidade, ~ decerto, o próprio facto de se estar perante a possibilidade de utilização de cadáver humano para um fim

ancestralmente insuspeitado, e como que contrário ao seu destino natural. O que não pode deixar de trazer para o primeiro plano dessa problemática a questão do consentimento para a colheita - a questão do relevo, nessa matéria, da vontade dos potenciais dadores de órgãos, ou de terceiros com ele proximamente relacionados.

Mas a isso acresce, muito em especial, a circunstância de, no actual estágio de evolução da ciência e da técnica, o êxito dos transplantes pressupor a colheita de órgãos e tecidos em período muito curto subsequente ao óbito. Donde que, desde logo, ganhe aí uma especial importância a definição do próprio conceito de morte - hoje generalizadamente entendida como morte cerebral ou do tronco cerebral (v. supra, nº 3) - e a determinação do momento desta; e donde também que adquira aí ainda maior acuidade a questão do consentimento.

Além disso, tendo as colheitas de realizar-se em momento melindroso de morte recentíssima, em que os sentimentos de mágoa pela perda de familiares e pessoas das relações próximas assumem máxima agudeza, compreende-se que aquelas possam brigar mais intensamente com a piedade familiar (com o respeito e a veneração devidos ao defunto), e ser olhadas como intrusões "desrespeitadoras" de terceiros.

Por outro lado, porém, importa ter presente que as colheitas de tecidos e órgãos se justificam no interesse geral ou comum da comunidade - não susceptível de ser individualizadamente titulado - na conservação da saúde e na cura de doentes, de outra forma irremediavelmente condenados a uma existência física diminuída ou sensivelmente encurtada. A este título já inclusivamente se disse que se poderá falar de; um direito da comunidade ao aproveitamento do cadáver, com contrapartida em um genérico dever de justiça em contribuir para a consecução daquele objectivo (cfr. Parecer da Câmara Corporativa cit., lugar cit., pags. 251 e 234).

No parecer da Câmara Corporativa citado escreveu-se concretamente:

" O aproveitamento de cadáveres justifica-se, como deixamos dito, pelas necessidades do tratamento de doentes, necessidades que podem ser directas ou indirectas conforme o fim em causa for um objectivo terapêutico ou a investigação científica. A satisfação dessa necessidade constitui exigência do bem comum, por força da equidade e da justiça legal, e ainda exigência dos deveres de caridade e de justiça de cada membro da comunidade para com os seus semelhantes.

Os direitos relativos ao aproveitamento do cadáver têm, por isso, como todos os outros que incidem sobre este, natureza comunitária e emergem de uma exigência do bem comum que se dirige a todos os membros da comunidade em geral, mas não a qualquer deles em particular.

Daqui resulta que, por parte da comunidade, pode falar-se num direito ao aproveitamento dos cadáveres. Mas, por parte dos membros da sociedade,

tomados individualmente, não corresponde a esse direito uma obrigação especial propriamente dita: a necessidade que aquele direito se destina a satisfazer é apenas a necessidade de algumas pessoas, vista pelo prisma do bem comum, para a qual basta a utilização de alguns cadáveres sem particular determinação destes, e todos estes aspectos conduzem a conclusão de que o direito da comunidade ao aproveitamento tem como contrapartida um daqueles deveres comuns dos membros da comunidade, não especialmente encabeçado em qualquer deles. Não implica, por conseguinte, uma relação jurídica concreta com qualquer pessoa determinada.

Neste mesmo sentido se pronunciou Pio XII, ao afirmar, acerca da colheita de córneas, que "a não ser que as circunstâncias imponham uma obrigação, é preciso respeitar a liberdade dos interessados" e que, "habitualmente, o caso não se apresentara como um dever ou um acto de caridade obrigatório".

Desse dever comum sem sujeito individualizado resultara, para cada membro da sociedade, por um lado o direito de dispor do seu próprio corpo para cumprimento de tal dever, e, por outro lado, o direito de obstar, por decisão própria, que o seu corpo seja objecto de aproveitamento, visto que so reconhecendo-se relevância a essa decisão se poderá respeitar a liberdade e espontaneidade do cumprimento do dever em causa".

O Papa João Paulo I, sem embargo de acentuar a necessidade de se agir com respeito da pessoa e do seu próximo, fala em trabalho imenso posto ao serviço da vida humana para a prolongar em condições humanas (mensagem aos participantes do 7º Congresso Internacional da Sociedade de Transplantação em Roma, 6.9.78).

Compreende-se, por tudo isto, que se esteja perante uma problemática que requer uma especial atenção do legislador. Uma atenção que - como se escreveu no preâmbulo do já citado Decreto-Lei nº 45 653 - vise alcançar "aquele justo mas difícil equilíbrio entre o respeito ancestral que aos homens merece o cadáver de outro homem e as imposições científicas que, sem menosprezo por aquele respeito, obrigam a utilizar os cadáveres humanos para benefício dos diminuídos, dos feridos e dos doentes".

Procurar esse equilíbrio, por outras palavras, significará - mas será esse, decerto, um ponto consensual - rejeitar uma concepção redutoramente utilitarística do cadáver, que nele visse um mero instrumento de finalidades sociais, mais ou menos arbitrariamente definidas, e que abriria as portas a todos os abusos e a manipulação grosseira de sentimentos humanos muito profundos.

Seja como for, poderá sem exagero afirmar-se que, dos Estados Unidos à Europa Ocidental e a Europa de Leste, a colheita de órgãos ou tecidos em cadáveres com vista a transplantes é uma possibilidade hoje largamente reconhecida pelas diferentes legislações. A título de exemplo, citem-se: as leis

francesas de 20.10.1947, 7.7.1949 e 22.12.1976; a lei espanhola de 18.12.1950; o decreto suíço de 20.12.1950; a lei inglesa de 26.7.1956; e a lei italiana de 3.4.1957.

Das indicações que, a tal respeito, o direito e a doutrina comparados fornecem, interessara especialmente destacar aqui as varias modalidades ou modos como nos diferentes ordenamentos se dá relevo, e em que medida, a vontade do falecido ou dos familiares, quanto à colheita, para enxertos ou transplantações. Podem reconduzir-se ao seguinte quadro, seguindo basicamente o referido por Robert A. Self ( The right to corporeal integrity and problems connected with organ trans-plantation, in I Diritti dell'uomo n'ell âmbito della medicina legale, Milano, 1984, p.253) e Romeo Casabone (Los transplantes de organos, Barcelona, 1979, p.77 e segs.); e no Parecer do Gabinete de Apoio Técnico Legislativo do Ministério da Justiça, relatado por R.Leite Pinto, junto aos autos :

a) Vontade expressa do falecido ("Einwilligungsmodell" ou "contracting-in"), de acordo com a qual a colheita só seria licita se o "de cuius" em vida a tivesse autorizado formalmente (sistema seguido pela lei francesa de 7 de Julho de 1949);

b) Consentimento do defunto e dos familiares ("Informationsmodell"). Nesta modalidade, se o defunto em vida não se manifestou a favor ou contra, os familiares podem consentir ou rejeitar a colheita. Em algumas legislações os familiares podem opôr-se a colheita, mesmo que o defunto em vida o tenha consentido (Reino Unido). Noutras o consentimento dos familiares é exigido. Havendo divergência entre estes e estabelecida uma ordem de preferência;

c) Falta de oposição do defunto e familiares. Trata-se duma modalidade adoptada em Itália, e que autoriza a colheita no caso de silêncio do defunto ou familiares, ou de oposição ineficaz. Era também o sistema adoptado em Portugal na vigência do Decreto-Lei nº 45 683;

d) Falta de oposição do defunto ("Widerspruchsmodell" ou "contracting-out"). É uma variante da anterior, limitada apenas a falta de oposição do "de cuius" (sistema seguido em França, Espanha, Hungria, Áustria, Suécia, Bélgica, Holanda e, outrossim, seguido hoje, em Portugal, pelo Decreto-Lei nº 553/76, justamente em apreciação);

e) Irrelevância da vontade privada. É uma modalidade que ao invés das restantes, rejeita qualquer relevância a vontade do falecido ou da sua família. Tem sido difundido na R.F.A. É a uma orientação deste tipo que correspondera, no limite, a seguinte afirmação de Nova Monreal: "em atenção as novas perspectivas que cada dia se vão abrindo a ciência actual, não duvido que no futuro poderá chegar-se a declarar como bens de utilidade pública" os despojos humanos.

Refira-se ainda, para além do que fica dito, que leis aprovadas ultimamente na Bélgica permitem aos médicos colher órgãos para transplante de qualquer



peessoa que faleça ~ nos hospitais com excepção de pessoas que se tenham registado numa lista nacional de não doadores.

Do exposto resulta - como conclusão geral ~ que num grande número de países se atribui relevância a vontade do falecido; no entanto, e em regra, não se exige uma vontade expressa, entendendo-se o silêncio como consentimento. Ha ordenamentos, porem, em que a vontade dos familiares se sobrepõe aquela; e não falta mesmo doutrina que nega qualquer valor a vontade do "de cuius" e dos familiares (assim Novoa Monreal, Problema Juridico-Sociales dei transplante de corazon, p.225).

6. - Qual, então, a relevância constitucional da problemática que se tem vindo a evocar?

Antes de mais, deve dizer-se que não há que aprofundar a sua análise, agora sob este ponto de vista (que ao Tribunal cumpre especificamente examinar), no tocante a questão do eventual relevo da vontade dos familiares (ou próximos) do de cuius a respeito da colheita. Com efeito, esse aspecto do regime do Decreto-Lei nº 553/76 - que vai aparentemente, como se viu, no sentido de não atribuir qualquer relevo a essa vontade - não vem questionado pelo Provedor de Justiça, e extravasa, por consequência, do pedido.

Este último respeita antes, e tao só, ao direito do próprio de se opor a que no seu cadáver venham a operar-se colheitas de órgãos ou tecidos - direito que o Provedor entende lesado pelo artigo 5º do dito Decreto-Lei nº 553/76, na medida em que deste ultimo se retira a norma ou solução legal oportunamente precisada (supra, nº 2).

Entende o requerente que, desse modo, são infringidos o nº 1 do artigo 25º, nº 1 do artigo 26º, os nºs 1 e 2 do artigo 37º e o nº 1 do artigo 41º da Constituição. Será assim? Ou violará tal norma, em qualquer caso, um outro direito ou valor com relevo constitucional?

7. - Liminarmente ha que afastar a simples ideia de que possa ocorrer no caso uma infracção do artigo 37º (liberdade de expressão e informação), por violação do direito dos familiares e de outras pessoas do circulo das relações do falecido a serem informados da morte deste e a prestarem informação sobre a respectiva vontade. A liberdade de expressão e informação - respeitando ao direito de manifestar e divulgar publicamente ideias ou factos, pelas palavras ou por escrito, através nomeadamente dos meios de comunicação, e não propriamente as declarações de vontade ou de ciência entre simples particulares - é totalmente estranha à questão a decidir nestes autos. A sua invocação e, por isso, de todo impertinente é inadequada.

Por outro lado, também é liminarmente de afastar ~ que o artigo 26º, nº 1, da Constituição possa assumir qualquer relevo directo na hipótese. De facto, não se vê

em que a colheita de órgãos ou tecidos em cadáveres possa afectar o direito à "identidade pessoal", ou à "capacidade civil", ou à "cidadania", ou ao "bom nome e reputação", ou a "imagem", ou, por último, a "reserva da intimidade da vida privada e familiar" - que tais são os "outros direitos pessoais" consignados nesse preceito. E isto porque não se vê que a vontade eventualmente manifestada pela pessoa (por cada pessoa) a respeito dos seus próprios despojos exprima qualquer dessas dimensões pessoais.

Poderia pensar-se, em todo o caso, no direito a imagem - sobretudo tendo presente a possibilidade de colheitas de órgãos implicando uma "mutilação" do "habito externo" do cadáver. Mas, na verdade, nem isso - em vista do entendimento que já este mesmo Tribunal fez do sentido e alcance de tal direito, no Acórdão nº 6/84 (Acórdãos, 2º vol, p.257), no qual se ponderou o seguinte:

" a referência que nesse artigo se faz a imagem sem qualquer definição, leva-nos a pensar que se quis considerar o que a seu respeito se dispõe no Código Civil, e só isso. E basta uma leitura do artigo 79º do Código Civil para se concluir que a protecção legal da imagem tem a ver não com o aspecto da pessoa e a imagem que dela se tenha, mas sim e apenas com a imagem no sentido de retrato, seja em pintura, simples desenho, fotografia, slide ou filme, impedindo a sua exposição ou o seu lançamento no comércio sem autorização do retratado ou das pessoas citadas no nº 2 do artigo 71º do mesmo Código se este já tiver falecido, dispensando-se o consentimento nos casos especiais que o nº 2 do citado artigo 79º contempla".

8. - Passando a questão da violação do direito a integridade pessoal, a que se reporta o nº 1 do artigo 25º da Constituição, recordar-se-á que nesse preceito se estabelece que "a integridade moral e física dos cidadãos é inviolável".

Para se apreciar se o direito consagrado por esta disposição e posto em crise pela citada norma, arguida de inconstitucionalidade, há que retomar e prosseguir a dilucidação conceitual a que atrás se procedeu.

Registou-se oportunamente que, cessando a personalidade com a morte, e não sendo já o cadáver uma "pessoa", não é ele susceptível, por si, da titularidade de direitos. Ora, esta ideia, válida no campo do direito civil - e não permitindo que possa falar-se de direito de personalidade do próprio cadáver, ou da transmissão desses direitos, com a morte do sujeito, para outrem -, vale igualmente, por certo, " no campo de direito constitucional.

É verdade que a Constituição não diz quando se extinguem os direitos fundamentais das pessoas singulares, e não contém uma afirmação como a do artigo 68º do Código Civil. Mas, realmente, não se duvidara de que esta afirmação legal também opera nesse campo - e como se fosse uma afirmação "substancialmente constitucional" -, de modo que também aí a morte faz cessar a personalidade jurídica. E, cessando a personalidade, não poderá certamente reconhecer-se direitos fundamentais ao cadáver, enquanto tal, nem admitir-se a

transmissibilidade daqueles direitos - já que de direitos "pessoais" se trata - para outrem.

É isto que está de acordo com o carácter eminentemente subjectivo dos direitos fundamentais - como é reconhecido ainda quando a generalidade dos Autores alude hoje a uma "dupla dimensão", "dupla natureza", "duplo carácter" ou "dupla função" de tais direitos (v. Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p.144).

Assim, Gomes Canotilho, pronunciando-se sobre a natureza e características dos direitos fundamentais em capítulo submetido à epígrafe "Estruturas subjectivas" escreve:

"Neste ponto, a designação de estruturas subjectivas não significa uma opção pela teoria liberal que concebe os direitos fundamentais como direitos subjectivos de defesa. Pelo contrário: é hoje irrecusável uma pluridimensionalidade ou multifuncionalidade dos direitos fundamentais, assinando-se-lhes um — importantíssimo relevo como elementos de uma ordem objectiva, constitucionalmente consagrada. Todavia, a dimensão subjectiva, está incontestavelmente presente e de forma caracterizadora no catálogo dos direitos, liberdades e garantias" (Direito Constitucional, 3ª ed., p. 21 e 422 - sublinhado acrescentado). "

E Vieira de Andrade (ob. cit., pgs 159 e 162), situando-se em perspectiva conducente a mais enfáticas conclusões, sublinha a "hegemonia da dimensão subjectiva, que caracteriza o sentido e função dos preceitos constitucionais" (relativos aos direitos fundamentais) e se funda "na autonomia da pessoa humana individual", donde que, "ao predomínio, no plano axiológico e funcional, de uma (irreduzível) dimensão subjectiva há-de naturalmente corresponder, no plano jurídico - estrutural, o lugar central da posição jurídica subjectiva", concebida como "direito subjectivo".

De resto, e por outro lado, a validade, no domínio do direito constitucional (e dos "direitos" constitucionais) da concepção juscivilística antes referida, compreender-se-á tanto melhor quanto a doutrina não deixa de assinalar a proximidade e afinidade existentes entre os direitos fundamentais e os denominados direitos gerais de personalidade.

A tal respeito, assinala Jorge Miranda as largas zonas de coincidência", entre os dois tipos de direitos, para - depois de acentuar que "não se confundem, contudo, direitos fundamentais e direitos de personalidade" - acrescentar:

"com algum exagero, decerto, chegamos a escrever: os direitos fundamentais, são os direitos de personalidade no Direito Público, os direitos de personalidade os direitos fundamentais no Direito Privado" (Direito Constitucional,

Direitos Fundamentais, lições policopiadas, 1984, Faculdade de Direito de Lisboa, pgs. 34, 35 e 36)."

Não afastado se mostra o ensinamento de Canotilho, ao escrever:

" Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade ... e contudo, hoje em dia, dada a interpendência entre o estatuto positivo e negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como 'direito a pessoa ser e a pessoa devir', cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa" (obra citada, pag. 430)."

Posto isto, é evidente que tem de excluir-se a possibilidade de atentar-se contra a integridade "pessoal" dum cadáver. O direito à integridade pessoal (moral ou física) consiste, antes de tudo o mais, num direito a não ser agredido ou ofendido, no corpo ou no espírito, por meios físicos ou morais. Só uma "pessoa" pode ser agredida ou ofendida. Nunca um cadáver. De uma violação do direito fundamental consagrado no artigo 25º, nº 1, da Constituição, enquanto direito de que pretensamente ainda seria titular o cadáver, é coisa, pois, de que não poderá, em qualquer caso, falar-se.

Por outro lado, intercedendo nesse direito um nexó orgânico entre o respectivo objecto e o sujeito originário, ele não é transmissível. Também esta fora de causa, pois, que caiba considerar uma hipotética violação do mesmo direito, enquanto transmitido para os sucessores do de cujus.

9. - Simplesmente, com isto não ficam resolvidos os problemas de constitucionalidade postos no pedido.

É que, o que se questiona não é a violação de um qualquer direito do cadáver, enquanto tal, mas dos direitos de cada um, enquanto vivo, relativos a disposição do seu corpo post mortem, opondo-se a que nele se proceda a colheita de órgãos ou tecidos. Ora, já se viu que esses direitos são legalmente reconhecidos; mas não terão eles, ao menos no essencial, também, dignidade constitucional? Eis o que, em último termo, importa esclarecer, para dar resposta, depois, à questão da conformidade constitucional da norma ou solução legal em apreço.

Pois bem: dir-se-á que o ensinamento de Kant, de harmonia com o qual o Estado tem de respeitar a liberdade ética do homem individual, tem, ainda aqui, plena actualidade. É nessa liberdade ética que, no fundo, radicará o dever admitir-se que cada homem, enquanto vivo, possa objectar a colheita de órgãos do seu cadáver para efeitos de transplantes. por outro lado, o acatamento de uma tal vontade é algo que decorre para a consciência colectiva a partir de raízes ancestrais: aquelas em que o respeito e a veneração devidos aos mortos, e a vontade que em vida manifestaram, encontram o seu fundamento.

Nesta perspectiva, entende o Tribunal que o direito da pessoa a opor-se a utilização do seu próprio cadáver para efeitos de recolha de tecidos ou órgãos, ao menos quando fundado em razões éticas, filosóficas ou de carácter religioso, tem consistência bastante para que deva ser-lhe reconhecida dignidade constitucional. Isto, como quer que, nomeadamente nesse plano, deva qualificar-se um tal direito.

De facto, não importara agora esclarecer em definitivo se o mesmo direito deve considerar-se como alguns entenderão como expressão ou projecção ainda do próprio direito à integridade "pessoal" (à integridade "moral") do artigo 25º, nº 1, ou, então, da liberdade de consciência e de religião, consignada no artigo 41º, nº 1, ou ainda do direito a objecção de consciência reconhecido no nº 6 do mesmo artigo, da Lei Fundamental (uma projecção post mortem, pois, de direitos de pessoas vivas). Certo e que a esse direito não poderá deixar de reconhecer-se um fundamento constitucional, considerados os princípios humanísticos em que a Constituição assenta - princípios esses que, de todo o modo, se manifestam de modo privilegiado nos preceitos constitucionais antes referidos. Ou seja: trata-se de um direito que, seja como for, sempre encontrara fundamento, em último termo, na própria ideia ou princípio do Estado de Direito, iluminado pelo relevo que nele tem a dignidade da pessoa humana (artigo 1º e 2º da Constituição).

10. - Reconhecido assim que o direito que o homem tem a obstar ao transplante de órgãos seus tem relevância constitucional, resta agora apurar se no caso concreto tal direito está posto em crise.

Ora, o Decreto-Lei nº 553/76 apreciado globalmente, e cotejado com a precedente regulamentação sobre a matéria (supra, nº 3), e susceptível de dar azo a algumas interrogações.

Assim, sendo notória no legislador de 1976 a tendência para a remoção de obstáculos burocráticos com vista ao fomento das recolhas, pode perguntar-se, desde logo, se isso não redundou numa excessiva facilitação, no plano da política legislativa, relativamente a uma questão fundamental: a da certeza da morte e a da definição do respectivo critério (v. a norma revogatória o artigo 10º do Decreto-Lei nº 553/76). A salvaguarda da vida humana exige a certeza de que a colheita se faça no corpo de pessoa efectivamente morta e exige, conseqüentemente, certeza quanto ao momento da própria morte. Por isso, poderá discutir-se se o direito e, antes de mais, o legislador, deve alhear-se por completo das suas responsabilidades neste campo e transferilas integralmente para outras instâncias, ainda que fundado numa específica competência técnica destas. Por outro lado, e tendo em conta a necessidade de salvaguardar as responsabilidades de todos quantos intervêm no processo da colheita e transplante, pode também perguntar-se se soluções como a da atipicidade da forma de transmissão da vontade do falecido, da indeterminação, intencional, do círculo de pessoas habilitadas a transmitilas, não são susceptíveis de conduzir a resultados inversos aos pretendidos. Isto, pela insegurança que lançarão em operadores conscienciosos quanto a licitude das

práticas em que estão envolvidos, pela possibilidade de fazer intervir os mecanismos legais da punição criminal conexa.

Estas reflexões, porém, relevam mais do campo da política legislativa do que do campo da aplicação estrita dos normativos constitucionais. E, além disso, não se prendem directamente com o problema em análise, já que se reportam a aspectos que extravasam do pedido.

Este - recordar-se-a -reporta-se, com efeito, apenas ao facto de o artigo 5º não prever, como condição previa da colheita, que o óbito seja notificado a pessoas do círculo próximo do falecido, e que se aguarde um certo período de tempo para que tais pessoas possam transmitir a oposição do mesmo falecido aquela colheita. Sendo assim, o que há que averiguar e tão-só se este regime desrespeita o núcleo essencial irreduzível do direito de oposição do de cujus a colheita, que vimos ter relevância constitucional.

Ora, não há dúvida que no artigo 5º ocorre o ora recordado défice de regulamentação. E, assim sendo, pode bem dizer-se que ele não institui formalismos ou mecanismos com vista à obtenção da prova inequívoca da proibição do falecido, não institui procedimentos, obrigatórios para os serviços médicos, de contacto com terceiros que possam transmitir uma eventual oposição do falecido.

No entanto, notificações obrigatórias e fixações de prazos "post mortem", tal como vem pressuposto no pedido, pouco poderão adiantar em inúmeras situações concretas. Outras soluções poderiam configurar-se, bastando convir em que os serviços hospitalares poderiam estar equipados de registos e outros meios técnicos desburocratizados que facultassem, com a rapidez e a certeza minimamente exigíveis, o conhecimento da vontade do doente no próprio momento do internamento. Mas todos os meios fundados na manifestação da vontade do falecido por terceiros, como todos os outros que não exigem consentimento expreso e formal do próprio, o que praticamente nenhum país hoje consagra, comportam uma margem de falibilidade que pode, eventualmente, possibilitar nesses casos uma colheita proibida pelo falecido.

Todavia, o artigo 5º não só reconhece o direito à pessoa, enquanto viva, de proibir a colheita, como proíbe (e o artigo 9º, alínea b) do diploma pune criminalmente os infractores) que se proceda à colheita se houver conhecimento da oposição, tudo reforçado pela atipicidade da forma de comunicação dessa oposição. Este conjunto de circunstâncias deverá entender-se como salvando aquela disposição.

Dir-se-á que a lei faz impender sobre cada cidadão que não queira a colheita um ónus de zelo colocando-o na posição de ter de tomar em vida as providências necessárias para que a sua oposição se torne conhecida antes do momento da morte; actualmente são variados e informais os meios de, para além da declaração escrita, fazer chegar aos médicos indicações seguras nesse sentido. Já é prática

corrente, por exemplo, que portadores de certas doenças (hemofilia, diabetes, etc.) se façam acompanhar de variadas informações de grande utilidade para os médicos em situações de emergência (igualmente fortemente difundidas são indicações sobre o tipo sanguíneo).

Este ónus de zelo não se afigura desproporcionado e de tal forma gravoso que torne insustentável a sua imposição, qualquer que seja o juízo sobre a bondade das soluções legislativas consagradas. E funciona como adjuvante da garantia de preservação do conteúdo essencial do direito a que a Constituição confere relevância e nos termos em que o faz.

Quanto, em particular, a oposição a colheita transmitida por familiares e outros terceiros, importa salientar que, como foi visto, ela não relevaria de uma vontade autónoma destes mas, pelo contrário, seria uma forma de tornar eficaz a vontade do titular do direito para além da morte deste. Neste sentido se orientou o legislador no artigo 5º e foi também com este sentido, o qual decorre imediatamente da letra do preceito, que o pedido foi formulado e interpretado. A não notificação do óbito a este círculo de pessoas não lesa, pois, um direito de que elas sejam titulares podendo configurar-se apenas como uma diminuição relativa da consistência do direito do falecido.

Nesta perspectiva, a transmissão da oposição do falecido por terceiros, na medida em que nela quiser ver-se o exercício de um direito próprio desses terceiros - o direito de transmitir a vontade de outrem e apenas esse - continuará a não revestir carácter autónomo pois não será mais do que instrumento para efectivar um outro direito. E este direito principal ganha consistência, nos termos da lei, se for exercido até ao momento da morte do seu titular. O conteúdo essencial do direito derivado não é afectado porque a lei em ponto nenhum limita o seu exercício enquanto o direito principal se mantém plenamente eficaz, ou seja, até ao momento do falecimento. Dir-se-á que o ónus de zelo dos terceiros é agravado, mas compreende-se que assim seja porque o fundamental se considera adquirido: a faculdade conferida ao próprio de, por qualquer meio, e por sua iniciativa, manifestar oposição à colheita. Segundas linhas de defesa, cuja credibilidade suscita reservas porque intervirão imediatamente a seguir a morte e sob provável perturbação emocional, poderão ter de ceder perante outros valores também eles atendíveis.

Em síntese, a não notificação do óbito a terceiros, com a possível não admissão destes a transmitirem, a seguir a morte do titular do direito principal, uma eventual oposição deste a colheita, não põe em crise, de forma irremediável, a eficácia do direito do próprio de oposição a colheita de órgãos e tecidos, no seu cadáver.

Atrás reconheceu-se dignidade de tutela constitucional a este direito e apenas a ele. Repete-se que a intervenção de terceiros não constitui a única forma

de tornar eficaz o direito em causa, e que, em segundo lugar, ela não contribui para a aquisição infalível da certeza de uma não oposição do falecido a colheita.

A imposição de um prazo a partir do qual os médicos ficariam habilitados a efectuar a colheita disse-se que inviabilizaria muitas intervenções as quais presidem interesses sociais também dignos de tutela - como se destacou oportunamente e por todos reconhecido. Verdadeiramente essa imposição nada de substancial acrescentaria, antes seria instrumental de um outro valor, a certeza de não oposição.

11. Assim, é pelo exposto, não se declara a inconstitucionalidade da norma do artigo 5º do Decreto-Lei nº 553/76, de 13 de Julho, enquanto autoriza que os médicos procedam à ~ colheita de órgãos ou tecidos em cadáveres para efeitos de transplantes ou de outros fins terapêuticos, sem que hajam de diligenciar pela notificação das pessoas do círculo mais próximo do falecido e de aguardar, por certo período de tempo, que elas lhe dêem conta da eventual oposição deste.

Lisboa, 8 de Junho de 1988

José Martins da Fonseca

José Mnauel Cardoso da Costa (com declaração)

Vital Moreira

### **Acórdão N.º 105/90**

**Processo: n.º 39/88.**

**2ª Secção**

**Relator: Conselheiro Bravo Serra.**

Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional:

I — Relatório

1 — O Dr. A. propôs no Tribunal de Família da Lisboa contra sua mulher, Dr.ª B., acção de divórcio litigioso, invocando o fundamento da alínea a) do artigo 1781.º do Código Civil (separação de facto por seis anos consecutivos), com referência ao n.º 1 do artigo 1782.º do mesmo Código.

A acção foi contestada pela Ré, a qual veio sustentar basicamente — no plano do «direito» aplicável ao caso — que a norma do n.º 2 do artigo 1785.º do Código Civil [consentindo a ambos os cônjuges o requerimento do divórcio com o fundamento na alínea a) do artigo 1781.º do mesmo diploma] «deve entender-se», atento o princípio constitucional da dignidade humana (artigo 1.º da Constituição), «sem prejuízo da oposição do cônjuge considerado inocente na existência da



separação de facto». Ou seja: que essa norma deve interpretar-se restritivamente, em termos de, quando o divórcio for requerido, com base na separação de facto referida no dito artigo 1781.º, pelo cônjuge que deu causa à separação, o divórcio não poder ser decretado sem o consentimento do cônjuge inocente. Isto porque «repugna ao princípio constitucional da dignidade humana, o deixar decretar-se o divórcio, em casos de separação de facto, contra a vontade de quem não causou essa separação».

A acção, no entanto, veio a ser julgada procedente — com o decretamento do requerido divórcio; e — não obstante a Ré haver reeditado em recurso o ponto de vista acabado de referir — veio a sentença da 1.ª instância a ser confirmada pela Relação de Lisboa e, finalmente, pelo Supremo Tribunal de Justiça, o qual, por Acórdão de 17 de Junho de 1987, negou a revista por aquela solicitada.

2 — É deste acórdão que vem interposto pela Ré o presente recurso para o Tribunal Constitucional, ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 70.º da respectiva Lei, e já na alínea b) do n.º 1 do artigo 280.º da Constituição.

Salienta a recorrente no respectivo requerimento de interposição que «alegou nas instâncias que a aplicação ao caso concreto da norma legal do n.º 2 do artigo 1785.º do Código Civil, decretando-se o divórcio contra a sua oposição, envolve ou implica violação do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no artigo 1.º da Constituição, residindo a suscitada inconstitucionalidade não na norma em si mas na sua aplicação que se fez com ofensa da citada norma constitucional».

3 — Alegando neste Tribunal formulou a recorrente as seguintes conclusões:

a) A dignidade da pessoa humana está tutelada pelo artigo 1.º da Constituição e o seu conteúdo equivale ao que tem no espaço cultural humanista a que Portugal pertence;

b) Constitui violação da dignidade humana da recorrente o decretamento do divórcio, contra a sua oposição, com fundamento na norma do artigo 1781.º, alínea a), do Código Civil, a requerimento do marido, ora recorrido, tendo sido este o autor da criação da situação da separação de facto sem qualquer justificação, sendo a recorrente inocente na criação da separação;

c) Na situação existencial definida no processo de divórcio, aquele fundamento legal de divórcio tornou-se inconstitucional por ter sido o meio normativo de atentar contra o valor constitucional da dignidade humana;

d) A douta decisão recorrida aplicou, portanto, uma norma que no contexto da situação de facto se tornou inconstitucional, devendo ser revogada.

O recorrido, por sua vez, concluiu a sua alegação como segue:

1.º O recurso não deve ser admitido por não estar preenchido o requisito do n.º 2 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro: esgotamento de todos os recursos ordinários que no caso cabiam.

2.º Não houve qualquer ofensa à dignidade da pessoa humana.

3.º A dignidade da pessoa humana é um conceito vago, elemento unificador dos direitos fundamentais consagrados na Constituição.

4.º E nenhum desses direitos fundamentais foi apontado pela recorrente ou foi, no caso, violado.

Entretanto, convidada a pronunciar-se sobre a questão prévia suscitada pelo recorrido — e que este fundamentou no facto de caber ainda recurso do acórdão sub judice para o tribunal pleno do Supremo Tribunal de Justiça, por existir oposição entre esse acórdão e um outro do mesmo tribunal (de 14 de Março de 1979) sobre a mesma questão fundamental de direito — veio a recorrente dizer que não ocorre tal oposição, porque a legislação interpretada e aplicada em cada um deles foi diferente.

4 — Posto isto, e corridos os vistos, cumpre decidir — começando pela questão prévia suscitada. Vindo esta questão a ser resolvida no sentido da improcedência, e apurado que não existe qualquer outro obstáculo a um conhecimento de mérito, caberá então apreciar o objecto do recurso — objecto esse que, como resulta do antecedente relato, residirá na seguinte questão: se é inconstitucional a norma do artigo 1785.º, n.º 2, primeira parte, do Código Civil, enquanto interpretada no sentido de conferir também ao cônjuge que deu causa à separação de facto, prolongada por seis anos consecutivos [artigo 1781.º, alínea a), do mesmo Código], a faculdade de requerer o divórcio, independentemente do consentimento do outro cônjuge (inocente).

Anota-se, entretanto, que o primitivo relator, quando foi eleito Presidente do Tribunal, havia já apresentado o projecto de acórdão, cujo texto aqui se adopta na íntegra.

## II — Fundamentos

### A) Questões prévias

5 — Nos termos do n.º 4 do artigo 280.º da Constituição, a lei deverá regular o regime de admissão do recurso para o Tribunal Constitucional previsto na alínea b) do n.º 1 do mesmo artigo (precisamente o recurso ora em apreço). E, em cumprimento desta incumbência cometida pela Constituição, veio o legislador preceituar que tal recurso só cabe de decisões «que não admitam recurso ordinário, por a lei o não prever ou por já haverem sido esgotados todos os que no caso cabiam»: é o que se dispõe no n.º 2 do artigo 70.º da Lei do Tribunal Constitucional.

Alega o recorrido — como se disse — que no caso cabia o recurso previsto no artigo 763.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (recurso para o tribunal pleno por oposição de acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça), recurso esse que no artigo 676.º, n.º 2, do mesmo Código é efectivamente qualificado como «ordinário». Pareceria, pois, que a questão prévia por ele suscitada seria procedente — uma vez apurada, claro está, a invocada oposição do acórdão sub judicio com outro aresto, precedente, daquele Supremo Tribunal.

Não é, porém, assim. E não o é — diga-se desde já — ocorra que não ocorra a mencionada oposição de julgados.

Tudo está em que, apesar de o Código de Processo Civil qualificar o recurso para o tribunal pleno como «ordinário», se trata aí de um recurso que transcende já o quadro comum dos meios de impugnação das decisões judiciais, obedecendo, por isso mesmo, a um apertado regime de admissão e tramitação, como é o que consta dos artigos 765.º e 766.º daquele Código. Ponto fulcral desse regime é, como se sabe, o da apreciação prévia pelo Supremo, em secção, da «questão preliminar» da ocorrência de oposição de julgados — só após o que, e uma vez reconhecida a existência dessa oposição, o recurso seguirá, para alegações das partes e julgamento.

Ora, não faz sentido que o eventual cabimento de um recurso como este — um recurso que, em boa verdade, e desde logo, representa já uma possibilidade «excepcional» de impugnação de decisões que são em princípio, ou virtualmente, inatacáveis por essa via, e cuja admissibilidade não só depende da verificação duma circunstância concreta e contingente, como ainda tem de ser averiguada em concreto nos termos apontados — possa e deva traduzir-se num obstáculo à admissibilidade (imediata) de recurso para o Tribunal Constitucional das decisões de que também ele pudesse ser, porventura, interposto. Basta pensar em que, não fora assim, e acabaríamos por ter devolvido, em último termo, a este mesmo Tribunal Constitucional (em lugar de ao Supremo, conformemente ao disposto no artigo 766.º do Código de Processo Civil) o encargo de indagar, em concreto, da ocorrência ou não de oposição de julgados do Supremo Tribunal de Justiça, todas as vezes que (como justamente aconteceu no presente caso) tal oposição fosse invocada para comprovar que da decisão recorrida, afinal, ainda cabia um recurso (ordinário). Já se vê que não pode ser.

Que os interessados possam interpor primeiro o recurso previsto no artigo 763.º do Código de Processo Civil (quando entendam ou prevejam que o mesmo é, em concreto, cabido), para só depois, uma vez ele decidido (ou, então, rejeitado pelo Supremo por inadmissível), recorrerem para o Tribunal Constitucional, eis, por certo, o que não deverá questionar-se, e deverá considerar-se garantido pelo disposto nos artigos 74.º, n.º 4, e 75.º, n.º 2, da Lei do Tribunal Constitucional; mas que tenham de fazê-lo (ou então, e de acordo com o que já foi entendido por este Tribunal, que tenham pelo menos de deixar precluir, pelo decurso do respectivo prazo, essa

possibilidade: v. Acórdão n.º 8/88, no Diário da República, II Série, de 15 de Março de 1988), desde logo, assim, sendo obrigados a «conjecturar» sobre a admissibilidade, em concreto, de tal recurso, eis o que a lógica do artigo 70.º, n.º 2, daquela mesma Lei já não exige, para que se dê por cumprido o requisito do «esgotamento dos recursos ordinários», de que aí se fala.

Por outras palavras, e em suma: se o recurso previsto no artigo 763.º do Código de Processo Civil é de continuar a qualificar como «ordinário», para os efeitos do artigo 70.º, n.º 4, e do artigo 75.º, n.º 2, já não deve merecer essa qualificação para o efeito do artigo 70.º, n.º 2, todos da Lei do Tribunal Constitucional. De resto, e para um outro efeito (então o do artigo 70.º, n.º 2, dessa Lei), este Tribunal já recusou semelhante qualificação a um recurso inteiramente paralelo ao agora em causa, como é o recurso por oposição de julgados previsto no artigo 103.º da Lei de Processo dos Tribunais Administrativos (cfr. Acórdão n.º 498/89, não publicado, mas sumariado no n.º 1 da Actualidade Jurídica, p. 36).

De todo o exposto, e sem mais, já pode concluir-se, pois, que improcede a questão prévia suscitada pelo recorrido na sua alegação.

6 — Apurado este ponto, deve destacar-se de seguida — e ainda antes de entrar a conhecer do objecto do recurso — que também nenhum outro obstáculo se levanta a esse conhecimento. E convém fazê-lo porque, dados os termos em que a recorrente delimita esse objecto no requerimento de interposição — sublinhando que em causa está, não a inconstitucionalidade da norma, «em si», do artigo 1785.º, n.º 2, primeira parte, do Código Civil, mas a da «aplicação que se fez» dela no caso — poderia pensar-se que o que se questiona perante este Tribunal é, no fim de contas, uma «decisão judicial», antes que a «norma jurídica» por ela aplicada. É que, como resulta da Constituição e da lei, e como o Tribunal tem salientado em jurisprudência reiterada (v., p. ex., Acórdãos n.ºs 69/87 e 388/87, no Diário da República, II Série, de 16 de Abril de 1987 e 15 de Dezembro de 1987, respectivamente, e, ainda, Acórdão n.º 349/89, no Diário da República, II Série, de 22 de Junho de 1989), só a arguição da inconstitucionalidade da «norma» abriria o recurso para o Tribunal Constitucional.

Só que, como na mesma jurisprudência o Tribunal tem acentuado (v. tb., p. ex., já o Acórdão n.º 102/84, em Acórdãos do Tribunal Constitucional, 4.º vol., p. 293), nesse recurso pode impugnar-se simplesmente uma certa interpretação de determinada norma (ou, o que vale o mesmo, esta última enquanto interpretada num certo sentido, ou com uma certa dimensão). Então — sublinha o Tribunal — não se estará já a arguir (apenas) a inconstitucionalidade duma «decisão judicial», mas ainda, verdadeiramente, o seu suporte normativo, a «norma» que ela aplicou.

Ora, é precisamente isso que ocorre no presente caso: quando a recorrente diz que questiona a «aplicação», que foi feita no processo, do

artigo 1785.º, n.º 2, primeira parte, do Código Civil, o que quer significar é que argui o entendimento que aí lhe foi dado — entendimento esse (adoptado pelas instâncias e pelo Supremo Tribunal de Justiça) segundo o qual tal norma confere mesmo ao cônjuge culpado da separação a faculdade de requerer o divórcio, sem o consentimento do outro cônjuge, quando se verifique a hipótese da alínea a) do artigo 1781.º e do n.º 2 do artigo 1782.º também do Código Civil.

Entretanto, e por outro lado, é certo que, nas alegações que foi produzindo no processo, até ao Supremo, nunca chegou a recorrente a qualificar expressis verbis de «inconstitucional» semelhante interpretação do preceito em causa (correspondente, de resto, ao seu sentido literal) — quando a verdade é que é requisito da admissibilidade do recurso para este Tribunal a invocação da inconstitucionalidade «durante o processo». Mas afigura-se claro que como tanto — como invocação suficiente da inconstitucionalidade da questionada interpretação — não-de valer afirmações (feitas, p. ex., na alegação para o Supremo) como a de que «constitui indiscutível ofensa ao princípio enunciado no artigo 1.º da Constituição [...] decretar-se um divórcio requerido pelo responsável pela criação da separação de facto por seis anos consecutivos [...] contra o cônjuge inocente», ou a de que «para harmonizar a norma do n.º 2 do artigo 1785.º do Código Civil com o artigo 1.º da Constituição, impõe-se a interpretação extensiva [sic] daquele preceito, de forma a declarar-se que pode ser decretado o divórcio requerido pelo promotor da separação [...] desde que a tal se não oponha o cônjuge inocente».

Assim — e em conclusão — também vistas as coisas sob o prisma ora considerado (o de que o Tribunal Constitucional só pode conhecer da inconstitucionalidade de normas, e de normas que hajam sido questionadas, desse ponto de vista, durante o processo) nada obsta a que se entre na apreciação do objecto do recurso.

B) A questão da constitucionalidade do artigo 1785.º, n.º 2, primeira parte, do Código Civil

7 — Passando, então, ao conhecimento dessa matéria, convirá começar por recordar o teor da norma questionada e daquelas com que a mesma directamente se relaciona. É o seguinte:

Artigo 1785.º

.....

2 — O divórcio pode ser requerido por qualquer dos cônjuges com o fundamento da alínea a) do artigo 1781.º; [...].

Artigo 1781.º

São ainda fundamentos do divórcio litigioso:

- a) A separação de facto por seis anos consecutivos;
- .....

Artigo 1782.

1 — Entende-se que há separação de facto, para os efeitos da alínea a) do artigo anterior, quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer.

Todas estas normas têm a redacção que lhes foi dada pela Reforma do Código Civil, de 1977 (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro), e situam-se na linha das profundas modificações que já antes, pelos Decretos-Leis n.ºs 261/75, de 27 de Maio, e 561/76, de 17 de Julho, foram introduzidas nesse diploma, em sede de divórcio.

Tratou-se nessas modificações — cingindo-nos ao que agora importa — de admitir, entre os fundamentos do divórcio litigioso, e a par daqueles que se traduzem numa violação culposa dos deveres conjugais (artigo 1779.º), de causas de natureza objectiva, que pura e simplesmente exprimem a «ruptura da vida em comum» (tal a epígrafe do artigo 1781.º). Ou seja: tratou-se de abandonar uma exclusiva ideia de «divórcio-sanção» (como usualmente se diz, e sem curar agora do rigor da qualificação: cfr. Pereira Coelho, Curso de Direito de Família, I, Coimbra, 1965, p. 443), que fora perfilhada pelo Código Civil, na sua versão originária de 1966, e de retomar mais amplamente a ideia de «divórcio-remédio», alargando-a mesmo a uma concepção de «divórcio-consumação» ou «divórcio-falência» (cfr. Antunes Varela, Direito da Família, Lisboa, 1987, p. 466) — ideia que justifica e propugna a dissolução jurídica do vínculo matrimonial quando, independentemente da culpa de qualquer dos cônjuges, ele se haja já dissolvido de facto, por se haver perimido definitivamente, e sem esperança de retorno, a possibilidade de vida em comum.

Desse modo, e como se sabe, voltou-se a uma visão das coisas que já fora perfilhada pelo nosso direito, na vigência da Lei do Divórcio de 1910 (embora sem «repristinam» exactamente as respectivas soluções); e, por outro lado, acompanhou o legislador português, nesse ponto, a tendência evolutiva mais recente (não só no plano jurídico, mas, desde logo, no plano sociológico), no sentido do que pode chamar-se um modelo «moderno» de casamento (por contraposição ao seu modelo «tradicional»), modelo esse que «desvaloriza o lado institucional e faz do sentimento dos cônjuges, ou seja, da sua real ligação afectiva, o verdadeiro fundamento do casamento» — o qual passa a ser «tendencialmente» (ou no limite), antes que uma «instituição», «uma simples associação de duas pessoas, que buscam, através dela,

uma e outra, a sua felicidade e a sua realização pessoal» [assim, e utilizando justamente os qualificativos mencionados, Pereira Coelho, Casamento e família no direito português, em «Temas de Direito da Família» (Ciclo de Conferências na Ordem dos Advogados — Porto), Coimbra, 1986, pp. 10 e 14].

Precisamente entre esses fundamentos «objectivos» do divórcio se conta — e logo em primeiro lugar — «a separação de facto por seis anos consecutivos» (tal como definida no artigo 1782.º, n.º 1), a qual, pois, há-de compreender-se (enquanto causa de dissolução do vínculo matrimonial) no contexto que ficou sumariamente enunciado. E porque de uma causa «objectiva» de divórcio se trata, é que o legislador se basta com a verificação dela para que aquele possa ser (sem mais) decretado; e possa sê-lo — como se dispõe no artigo 1785.º, n.º 2 — a requerimento de «qualquer dos cônjuges», mesmo do que deu causa à separação e deva ser havido, por isso, como o cônjuge «culpado» ou «principal culpado» (cfr. artigos 1782.º, n.º 2, e 1787.º).

Este último ponto — o de que o cônjuge «culpado» pode também requerer o divórcio, verificados os pressupostos dos artigos 1781.º, alínea a), e 1782.º, n.º 1, e pode, assim, obter aquele, nesse caso, sem o consentimento do outro cônjuge é (ao que se crê) inquestionado, quer na doutrina (v. A. Varela, ob. cit., p. 480, e cfr. P. Coelho, Anotação ao Acórdão STJ, de 14 de Março de 1979, na Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 112.º, pp. 341 e segs.), quer na jurisprudência (além do aresto sob recurso, v. Acórdão da Relação de Coimbra, de 19 de Junho de 1984, na Colectânea de Jurisprudência, IX, 3, pp. 7 e segs., referido por A. Varela no lugar citado). E bem se compreende que esse ponto não seja posto em questão, ao nível da interpretação do texto legal pertinente: de facto, tal solução é não apenas a que decorre (como já se deixou salientado) da «lógica» do sistema, como a que corresponde (e mesmo a única que corresponde) à letra da lei. Mas que é assim, melhor ainda se vê — se preciso for — quando se recorde que o legislador, ao reintroduzir no nosso direito o fundamento de divórcio em causa, havendo começado por referi-lo (no Decreto-Lei n.º 261/75, e tal como se fazia na Lei do Divórcio de 1910) à separação de facto «livremente consentida», deixou cair esta exigência logo no Decreto-Lei n.º 561/76 e, depois, na Reforma do Código Civil de 1977; e, não só isso, como ainda teve o cuidado de sublinhar, no actual artigo 1782.º, n.º 1, que, para haver separação de facto relevante, para o efeito de divórcio, basta, além da inexistência de comunhão de vida entre os cônjuges, que um só deles tenha o propósito de não a restabelecer (sobre estes últimos aspectos, v. Pereira Coelho, Anotação cit.).

Pois bem: é a solução legal que vem de pôr-se em destaque — afinal, e como se vê, não «um certo» entendimento do artigo 1785.º, n.º 2, primeira parte, do Código Civil, mas aquele que directa, e como que naturalmente, encontra expressão nessa norma — que a recorrente questiona, sob o ponto de vista da sua conformidade constitucional. E questiona — como oportunamente se deixou dito — por entender

que a mesma briga com o princípio da «dignidade da pessoa humana», a que faz apelo o artigo 1.º da Constituição; tendo nesse contexto acrescentado (em alegações perante as instâncias e o Supremo Tribunal de Justiça, mas não já perante este Tribunal Constitucional) que tal solução, a admitir-se, implicaria ter-se «restaurado no ordenamento jurídico português o repúdio, regredindo-se, assim, a épocas há séculos deixadas atrás pelo progresso humano».

Será de acolher este ponto de vista? Eis a questão a que este Tribunal deve dar resposta.

8 — Desde já se adianta que tal resposta será negativa.

Não se nega, decerto, que a «dignidade da pessoa humana» seja um valor axial e nuclear da Constituição portuguesa vigente, e, a esse título, haja de inspirar e fundamentar todo o ordenamento jurídico. Não se trata efectivamente — na afirmação que desse valor se faz logo no artigo 1.º da Constituição — de uma mera proclamação retórica, de uma simples «fórmula declamatória», despida de qualquer significado jurídico-normativo; trata-se, sim, de reconhecer esse valor — o valor eminente do homem enquanto «pessoa», como ser autónomo, livre e (socialmente) responsável, na sua «unidade existencial de sentido» — como um verdadeiro princípio regulativo primário da ordem jurídica, fundamento e pressuposto de «validade» das respectivas normas». E, por isso, se dele não são dedutíveis «directamente», por via de regra, «soluções jurídicas concretas», sempre as soluções que naquelas (nas «normas» jurídicas) venham a ser vasadas hão-de conformar-se com um tal princípio, e hão-de poder ser controladas à luz das respectivas exigências (sobre o que fica dito, v., embora não exactamente no mesmo contexto, Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, pp. 106 e segs. e, especialmente, pp. 130 e segs.). Quer tudo isto dizer — em suma — que o princípio da «dignidade da pessoa humana» é também seguramente, só por si, padrão ou critério possível para a emissão de um juízo de constitucionalidade sobre normas jurídicas.

Simplesmente, não pode também deixar de reconhecer-se que a ideia de «dignidade da pessoa humana», no seu conteúdo concreto — nas exigências ou corolários em que se desmultiplica —, não é algo de puramente apriorístico (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.º vol., 2.ª ed., Coimbra, 1984, p. 70, anotação IV) e ou a-histórico, mas algo que justamente se vai fazendo (e que vai progredindo) na história, assumindo, assim, uma dimensão eminentemente «cultural». Para dizer ainda com Vieira de Andrade: «o valor da dignidade da pessoa humana [...] corresponde a uma potencialidade característica do ser humano, que se vai actualizando nas ordens jurídicas concretas» (ob. cit., p. 113). Ora, este ponto reveste-se da máxima importância, quanto à possibilidade de emitir um juízo de inconstitucionalidade sobre determinada solução legal, com base tão-só em que ela viola esse valor, ideia ou princípio.



É que, se o conteúdo da ideia de dignidade da pessoa humana é algo que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente, já se vê que no Estado moderno — e para além das projecções dessa ideia que encontrem logo tradução ao nível constitucional em princípios específicos da lei fundamental (maxime, os relativos ao reconhecimento e consagração dos direitos fundamentais) — há-de caber primacialmente ao legislador essa concretização: especialmente vocacionado, no quadro dos diferentes órgãos de soberania, para a «criação» e a «dinamização» da ordem jurídica, e democraticamente legitimado para tanto, é ao legislador que fica, por isso, confiada, em primeira linha, a tarefa ou o encargo de, em cada momento histórico, «(en)», traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios «abertos» da Constituição (tal como, justamente, o princípio da «dignidade da pessoa humana»). E daí que — indo agora ao ponto — no controlo jurisdicional da constitucionalidade das soluções jurídico-normativas a que o legislador tenha, desse modo, chegado (no controlo, afinal, do modo como o legislador preencheu o espaço que a Constituição lhe deixou, precisamente a ele, para preencher) haja de operar-se com uma particular cautela e contenção. Decerto, assim, que só onde ocorrer uma real e inequívoca incompatibilidade de tais soluções com o princípio regulativo constitucional que esteja em causa — real e inequívoca, não segundo o critério subjectivo do juiz, mas segundo um critério objectivo, como o será, p. ex. (e para usar aqui uma fórmula doutrinária expressiva), o de «todos os que pensam recta e justamente» —, só então, quando for indiscutível que o legislador, afinal, não «concretizou», e antes «subverteu», a matriz axiológica constitucional por onde devia orientar-se, será lícito aos tribunais (e ao Tribunal Constitucional em particular) concluir pela inconstitucionalidade das mesmas soluções.

E, se estas considerações são em geral pertinentes, mais o serão ainda quando na comunidade jurídica tenham curso perspectivas diferenciadas e pontos de vista díspares e não coincidentes sobre as decorrências ou implicações que dum princípio «aberto» da Constituição devem retirar-se para determinado domínio ou para a solução de determinado problema jurídico. Nessa situação sobretudo — em que haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo, na comunidade jurídica, um «pluralismo» mundividencial ou de concepções — sem dúvida cumprirá ao legislador (ao legislador democrático) optar e decidir.

Ora, crê-se que quanto vem de expor-se é já suficiente para dever arredar-se a pretendida inconstitucionalidade da norma do artigo 1785.º, n.º 2, primeira parte, do Código Civil, por violação do princípio constitucional da «dignidade da pessoa humana».

9 — De facto, cumpre salientar, desde logo, que no caso se está justamente perante um domínio, como é o do divórcio, em que na comunidade jurídica se cruzam (desde há muito) pontos de vista bastante diferenciados, e até

contrastantes, sobre a admissibilidade mesma do instituto, ou sobre os termos e condições em que ele deve admitir-se — pontos de vista esses que, especialmente hoje em dia, se reconduzem inclusivamente a perspectivas diversas sobre a própria natureza e fundamento do casamento (cfr., supra, número anterior). E, atento em particular um tal pluralismo de concepções, haverá de reconhecer-se certamente, por outro lado, que a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial com base em simples causas objectivas, inequivocamente denotadoras da «ruptura da vida em comum», não é algo que deva ser tido (muito menos pelo juiz controlador da constitucionalidade) como contrário à «dignidade da natureza humana» — pois (independentemente do que a esse respeito pudesse ser dito, vistas as coisas só pelo lado da dimensão «institucional» do casamento) seguramente o não é quando em especial se considere a dimensão «pessoal» do matrimónio, enquanto instrumento ou caminho de realização «humana» dos cônjuges.

É precisamente a esta luz que não pode ter-se como constitucionalmente inadmissível que o legislador haja admitido como fundamento de divórcio o da ocorrência de uma longa separação de facto — no fim de contas reveladora já de um divórcio «de facto» — e haja depois consentido (é a questão que agora importa) ao próprio cônjuge que esteve na origem da separação a possibilidade de requerer a dissolução do vínculo. Atento quanto se expôs, não se vê, na verdade, como possa afirmar-se (e, em especial, como possa o Tribunal afirmar) que a salvaguarda da dignidade da pessoa do outro cônjuge exija que o cônjuge culpado fique para todo o sempre (ou enquanto o primeiro assim o quiser) amarrado a um casamento já desfeito na ordem dos factos. E dir-se-á que isso se pode afirmar tanto menos — face ao modo como a lei portuguesa disciplinou o ponto — quanto o legislador não deixa de conferir relevo à circunstância da culpa da separação, e de penalizar por ela, mesmo na hipótese em causa, o cônjuge sobre quem a mesma recaia (cfr. artigo 1782.º, n.º 2, com referência aos artigos 1790.º, 1791.º, 1792.º e 2016.º do Código Civil).

Objecta-se, em todo o caso, que o legislador, com a solução questionada, acaba por admitir um verdadeiro «repúdio», ao arrepio de todo o progresso jurídico.

Mas, a este respeito, poderá logo dizer-se, com Antunes Varela, que «entre o repúdio, baseado na vontade arbitrária do cônjuge varão, tal como o praticaram algumas legislações e, ainda hoje, em certos termos, é reconhecido nalguns povos, e o divórcio, em que o requerente necessita de alegar e provar, perante o juiz, uma longa separação de facto, destruidora da comunhão matrimonial, existem diferenças substanciais relevantes» (v. Dissolução da Sociedade Conjugal, Rio de Janeiro, 1980, p. 84, nota 19).

Admita-se, porém, com Pereira Coelho, «que, se por 'repúdio' se entende a possibilidade de um dos cônjuges romper a união matrimonial mesmo sem culpa do outro, é inegável que a mencionada solução [a admissão da separação de facto como causa de divórcio, invocável por qualquer dos cônjuges, mesmo pelo

culpado] implica, de alguma maneira, aquela possibilidade». Ainda assim — e como o Autor logo adverte — «trata-se [...] de um repúdio a prazo e que, eventualmente, trará ao 'repudiante' encargos e responsabilidades [...]». Mas sobre isso — e continuando com o mesmo Autor — se «se entender que pode falar-se aqui em 'repúdio' — e admitimos que possa, sem grande impropriedade de expressão — a verdade é que semelhante 'repúdio' corresponde a uma solução generalizada nas legislações mais recentes, podendo dizer-se que, percorrendo as leis do divórcio da última década, o princípio expresso no artigo 1781.º, alínea a), do Código Civil Português é igualmente adoptado em quase todas essas leis: quer a separação de facto se conceba, verdadeiramente, como causa do divórcio, quer se considere como índice, presunção ou meio de prova da ruptura do casamento, o princípio é reconhecido nas legislações alemã, belga, brasileira, francesa, inglesa e turca, sendo a legislação holandesa, das que conhecemos, a única lei dos anos 70 que constitui neste aspecto excepção» (v. Anotação já referida, na Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano cit., p. 347).

Pois bem: esta convergência de soluções legislativas, em ordenamentos que, com o português, sem dúvida se integram na mesma básica «civilização jurídica» — e civilização a que justamente é comum a mesma ideia e pressuposto fundamental da «dignidade da pessoa humana» —, não pode senão valer como mais um índice ou factor (e particularmente significativo) de que a solução vertida no artigo 1785.º, n.º 2, primeira parte, do Código Civil, e ora questionada, não implica violação daquele princípio ou pressuposto jurídico essencial, tal como deve ser entendido no quadro constitucional português.

### III — Decisão

10 — Nestes termos, e pelos fundamentos expostos, nega-se provimento ao recurso.

Lisboa, 29 de Março de 1990.

Bravo Serra

Messias Bento

Luís Nunes de Almeida

Mário de Brito

José de Sousa e Brito

Fernando Alves Correia

José Manuel Cardoso da Costa.

## **Acórdão N.º 394/89**

**Processo: n.º 93/88.**

**2ª Secção**

**Relator: Conselheiro Messias Bento.**

Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional:

### **I — Relatório**

I — A. respondeu no 2º Tribunal Militar Territorial de Lisboa, acusado de haver cometido um crime de deserção, previsto e punível pelos artigos 142.º, n.º I, alínea b), 149.º, n.º I, alínea a) segunda parte, do Código de Justiça Militar, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 141/77, de 9 de Abril, uma vez que, em 1 de Março de 1975, se ausentou da unidade militar em que prestava serviço sem que para tanto possuísse licença, mantendo-se voluntária e continuamente ausente até que, em 7 de Abril de 1987, foi capturado pela Guarda Nacional Republicana.

No julgamento a que se procedeu estando o réu ausente, apesar de para ele ter sido intimado regularmente, veio o mesmo a ser condenado na pena de 14 meses de presídio militar.

2 — Dessa decisão interpôs o réu recurso para o Supremo Tribunal Militar, arguindo a inconstitucionalidade do artigo 394.º do Código de Justiça Militar, por permitir o julgamento sem a presença do réu, e bem assim a da segunda parte do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 383/78, de 6 de Dezembro, uma vez que — disse — ao mandar aplicar aos processos pendentes a alteração da natureza do crime de deserção (de crime de execução instantânea para crime permanente), viola o artigo 29.º da Constituição.

O Supremo Tribunal Militar não atendeu nenhuma destas arguições de inconstitucionalidade e agravou a pena de 14 meses de presídio militar para três anos.

3 — É deste acórdão que vem o presente recurso, interposto pelo réu, «no tocante à alegada inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 383/78, de 6 de Dezembro, e artigo 394.º do Código de Justiça Militar».

Neste Tribunal, o réu concluiu assim as suas alegações:

A) O artigo 394.º do Código de Justiça Militar é inconstitucional, porque viola a Convenção Universal dos Direitos do Homem, artigo 6.º, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, artigo 14.º e os artigos 1.º, 8.º e 32.º, n.ºs I, 3 e 5, da Constituição da República.

B) O Decreto-Lei n.º 383/78, de 6 de Dezembro, é inconstitucional, porque viola o princípio da não retroactividade da lei penal consagrada no artigo 4.º da CRP.

C) Requer seja dado provimento ao presente recurso com todas as consequências legais.

De sua parte, o Procurador-Geral Adjunto formulou as seguintes conclusões:

1.º O Decreto-Lei n.º 383/78, de 6 de Dezembro, na parte em que legisla sobre amnistia, é organicamente inconstitucional pois foi emitido pelo Conselho de Revolução em matéria integrada na reserva absoluta de competência político-legislativa da Assembleia da República [artigo 164.º, alínea f), da Constituição];

2.º No entanto, a decisão recorrida não fez aplicação directa de nenhuma das normas desse diploma, pelo que, na parte que lhe concerne, deve ser negado provimento ao recurso;

3.º O artigo 394.º do Código de Justiça Militar (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 141/77 de 9 de Abril), na parte em que permite que se proceda a julgamento sem o réu estar presente, é inconstitucional, por violação do direito de defesa e do princípio do contraditório, consagrados nos n.ºs 1 e 5 do artigo 32.º da Constituição;

4.º Nesta parte deve conceder-se provimento ao recurso, determinando-se a reforma da decisão recorrida em conformidade com o precedente juízo de inconstitucionalidade.

4 — Corridos os vistos, cumpre decidir a questão de constitucionalidade tendo por objecto a norma do artigo 394.º, n.º 3, do Código de Justiça Militar. Só o n.º 3 foi, com efeito, aplicado no caso, pois o réu havia faltado ao primeiro julgamento, marcado para 2 de Dezembro de 1987 — julgamento que, por isso, foi adiado para 15 de Dezembro de 1987. Nessa data, o réu voltou a faltar, fazendo juntar ao processo um documento onde se afirma que sua mãe estava doente e necessitava da sua assistência. O Tribunal, porém, não apreciou esse documento e fez o julgamento sem a presença do réu.

Quanto à outra questão de constitucionalidade suscitada pelo recorrente — questão que tem por objecto o Decreto-Lei n.º 383/87, de 6 de Dezembro — dele não vai conhecer-se, pela razão simples de que o acórdão recorrido não fez aplicação de qualquer das normas desse diploma legal, como de seguida melhor se verá.

Vejamos, então:

## **II — Fundamentos**

5 — Preliminarmente, dir-se-á que, sendo pressuposto deste recurso de constitucionalidade o ter a decisão recorrida aplicado a norma que o recorrente

arguiu de inconstitucional durante o processo [cf. artigo 70.º, n.º I, alínea b) da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro], não se tomará conhecimento do recurso interposto na parte em que ele tem por objecto o Decreto-Lei n.º 383/78, de 6 de Dezembro.

É que, como se disse já, o acórdão recorrido não aplicou qualquer das suas normas, como vai ver-se de seguida.

O Decreto-Lei n.º 383/78, de 6 de Dezembro, editado pelo Conselho da Revolução, ao abrigo do disposto no artigo 148.º, n.º I, alínea a), da Constituição — que atribuía àquele Conselho competência exclusiva para «fazer leis e regulamentos sobre a organização, o funcionamento e a disciplina das Forças Armadas» — veio, como se diz no preâmbulo, «esclarecer dúvidas suscitadas quanto ao âmbito de aplicação dos diplomas que amnistiam ou venham a amnistiar os crimes de deserção».

Em execução desse propósito, o artigo 1.º, n.º I, veio preceituar que a aplicação de qualquer amnistia ao crime de deserção ficava dependente da apresentação ou captura do desertor dentro do prazo fixado no diploma que a concedesse. E, para o caso de aí se não fixar qualquer prazo para essa apresentação, prescrevia o n.º 2 do mesmo artigo 1.º que a amnistia só aproveitaria aos desertores que se apresentassem ou fossem capturados até ao termo dos prazos fixados na secção viii do título II do livro I do Código de Justiça Militar (secção que versava, justamente, sobre os crimes de deserção), contados da data da entrada em vigor do mesmo diploma. Estes prazos, no tocante às amnistias anteriores ao Decreto-Lei n.º 383/78 aqui em análise, seriam prorrogados até 120 dias após a data da publicação deste (cf. artigos 2.º e 5.º).

O n.º 3 do artigo 1.º atribuía natureza interpretativa aos n.ºs I e 2 do mesmo artigo e proclamava a sua aplicação aos processos pendentes.

O artigo 3.º dispunha que a amnistia e a prescrição, bem como a absolvição, não dispensavam os desertores do «cumprimento das obrigações de serviço» a que ainda estivessem vinculados.

O artigo 4.º revogou expressamente o Decreto n.º 15 480, de 11 de Agosto de 1928, o qual viera preceituar que as praças desertoras abrangidas por qualquer amnistia ou absolvidas do crime de deserção não ficavam dispensadas de cumprir o serviço efectivo que o facto de se constituírem em deserção evitou que cumprissem.

Pois bem: o acórdão recorrido começou por ponderar que a referência feita pelo recorrente à segunda parte do artigo 3.º do mencionado Decreto-Lei n.º 383/78 devia ser entendida como reportando-se à segunda parte do n.º 3 do seu artigo 1.º, uma vez que é este artigo 1.º que, «depois de declarar que o diploma tem natureza interpretativa, o manda aplicar a todos os processos pendentes». E, a seguir, acrescentou:

Cabe à doutrina e à jurisprudência definir se uma determinada infracção é de execução instantânea ou permanente.

[...]

E se é certo poder eventualmente o intérprete ter visto no Decreto-Lei n.º 383/78 um afloramento para caracterizar a deserção como crime de execução permanente, a verdade é que o texto legal, por ter fim diferente, não visou tal definição.

[...]

De resto, o domínio de inserção do Decreto-Lei n.º 383/78 nem sequer contempla a hipótese sub judice, apenas fazendo depender a aplicação da amnistia nos crimes de deserção da apresentação ou captura do desertor.

E é errado chamar à colação o diploma para lhe atribuir influência temporal numa determinada corrente de jurisprudência até porque, decretada a arguida inconstitucionalidade, impunha-se a aplicação de várias amnistias entretanto promulgadas e não a prescrição.

Sem confundir nem alargar a discussão para além dos limites em que ela deve ser equacionada, apenas se impõe saber se o crime de deserção é de execução instantânea ou permanente, segundo o que se entende no momento da decisão e sem considerar outras etapas interpretativas, daí fluindo necessariamente se o procedimento criminal está ou não prescrito.

Ora, não sendo de rejeitar a corrente que este Supremo Tribunal vem defendendo de que o crime de deserção é de execução permanente, cuja consumação cessou com a captura do recorrente, o procedimento criminal não está prescrito [...] [acrescentaram-se os itálicos.]

Como se vê, o acórdão recorrido teve por inverificada a prescrição do procedimento criminal, apenas porque a última jurisprudência do Supremo Tribunal Militar vem considerando o crime de deserção como um crime de execução permanente, e não porque houvesse aplicado ou, sequer, feito apelo ao Decreto-Lei n.º 383/78, de 6 de Dezembro.

Como o acórdão recorrido não interpretou — nem aplicou — o Decreto-Lei n.º 383/78, para o efeito de julgar improcedente a excepção de prescrição do procedimento criminal, não se acha preenchido um dos pressupostos deste tipo de recurso de constitucionalidade — a saber: o ter sido aplicada norma cuja inconstitucionalidade o recorrente houvesse suscitado durante o processo [cf. artigo 70.º, n.º I, alínea b), da Lei do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro)].

Não pode, por isso, conhecer-se do recurso na parte em que ele tem por objecto a questão da constitucionalidade do mencionado Decreto-Lei n.º 383/78.

6 — Passando, então, à outra questão de constitucionalidade que — recorda-se — tem por objecto o artigo 394.º, n.º 3, Código de Justiça Militar, na parte em que permite se proceda ao julgamento sem a presença do réu.

O artigo 394.º dispõe como segue:

1 — Faltando o réu sem motivo justificado, o tribunal deliberará se deve proceder-se ao julgamento sem que ele esteja presente.

2 — No caso de haver motivo justificado, o tribunal deliberará se deve adiar-se o julgamento.

3 — Não poderá haver mais do que um adiamento, salvo se a falta do réu foi motivada por acto de serviço de superior interesse público, oficialmente comprovado.

A norma acabada de transcrever dispõe, pois, que, faltando o réu à audiência de julgamento — mesmo que essa falta se deva a «motivo justificado» —, o tribunal delibera se deve fazer o julgamento sem a presença do réu ou se deve, antes, adiá-lo. Decidindo-se pelo adiamento, se o réu falta de novo na data designada para o julgamento, o tribunal já não pode voltar a adiá-lo, salvo se essa falta for motivada «por acto de serviço de superior interesse público, oficialmente comprovado».

A norma do n.º 3 permite, assim, que se proceda ao julgamento do réu sem ele estar presente, seja a sua falta devido a motivo justificado ou não. Um segundo adiamento só pode, na verdade, ter lugar no caso de a falta do réu ser «motivada por acto de serviço de superior interesse público, devidamente comprovado».

Será esta norma compatível com a Constituição?

A tal questão tem que dar-se resposta negativa.

O processo penal de um Estado de direito há-de cumprir dois objectivos fundamentais: assegurar ao Estado a possibilidade de realizar o seu *ius puniendi* e oferecer aos cidadãos as garantias necessárias para os proteger contra os abusos que possam cometer-se no exercício do poder punitivo, designadamente contra a possibilidade de uma sentença injusta.

O Estado está, naturalmente, interessado em punir os culpados de factos criminosos, pois estão em causa violações de bens jurídicos essenciais ao viver comunitário. Mas tem interesse em punir apenas os verdadeiros culpados.

Por isso, para dizer com Eduardo Correia: «se, em nome de interesses sociais, procura que o *ius puniendi* obtenha realização, não deve menos procurar garantir aos indivíduos a sua liberdade contra o perigo de injustiças» [cf. «Les preuves en droit pénal portugais» (Revista de Direito e Estudos Sociais, ano XIV (1967), pp. I e segs.)].

Preocupação dominante do processo penal de um Estado de direito — de um Estado organizado em torno de uma preocupação fundamental, que é o respeito



pela dignidade humana — há-de ser, pois, a busca da verdade material, mas sempre com inteiro respeito pelas garantias de defesa do arguido, pois que só desse modo se conjurará o risco de erros judiciais. Preocupação há-de ser também tornar possível ao juiz um conhecimento da personalidade do arguido tão completo quanto possível, já que só assim ele poderá escolher a pena a aplicar e graduá-las em termos de «promover a recuperação social do delinquente» e «satisfazer as exigências de reprovação e de prevenção do crime» (cf. artigo 71.º do Código Penal), decidindo-se, pois, «em função do grau de culpa do agente» e tendo «em conta as exigências de prevenção de futuros crimes» (cf. artigo 72.º, n.º I, do Código Penal).

Ora — salvo excepções sempre possíveis em casos a que correspondem sanções leves ou tenham fraca ressonância ética —, tudo isto exige que o julgamento se não faça sem que o arguido esteja presente. A menos, naturalmente, que ele tenha conveniência em não comparecer (cf. artigo 394.º, n.º 2 do Código de Processo Penal) ou a sua presença se torne impossível (cf. artigos 332.º, n.ºs 5 e 6, e 334.º, n.º I, do mesmo Código) ou seja factor de perturbação (cf. artigo 325.º, n.º 4, do citado Código).

Na verdade, só a presença do arguido na audiência de discussão e julgamento lhe permite organizar a sua defesa com eficácia. Mesmo representado por advogado ou defensor oficioso, o arguido não pode ser bem defendido sem a sua presença pessoal, pois, num tal caso, e antes de mais, ele não poderá exercer o seu direito a ser ouvido, ou seja, o direito de se defender pessoalmente.

O arguido tem, assim, direito a que o julgamento se não faça sem a sua presença.

Este direito de presença decorre, antes de mais, do direito de defesa, ( pois — como escreve Jorge Figueiredo Dias — trata-se de «dar ao arguido a mais ampla possibilidade de tomar posição a todo o momento, sobre o material que possa ser feito valer processualmente contra si, ao mesmo tempo que garantir-lhe uma relação de imediação com o juiz e com as provas» (cf. Direito Processual Penal, I, Coimbra 1981, p. 142).

Mas, a presença do arguido na audiência é também essencial para a averiguação da verdade material e para que o juiz possa conhecer o arguido:

Só através da imediação da prova, o juiz pode olhar o arguido, fazer dele o seu retrato, ter a percepção directa do seu modo de ser, a verdadeira imagem do sujeito, da pessoa que de facto vai julgar como agente de um facto criminoso.

escreve Eduardo Correia, in «Breves reflexões sobre a necessidade de reforma do Código de Processo Penal, relativamente a réus presentes, ausentes e contumazes», publicado na Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 110.º (pp. 99-101; 131-132; 162-163; 178-179; 195; e 210-211), ano 114.º (pp. 104-105 e 364-367), e ano 115.º, p. 293-294. E noutro passo:

Ninguém que substitua o arguido na sua defesa estará, como ele, em condições de fornecer certos elementos probatórios essenciais à descoberta da verdade: a presença do arguido é, nessa medida, uma fonte de prova e um meio de investigação da verdade material e, portanto, não integrável por qualquer outra espécie de diligência [Revista citada, ano 110.º, p. 99.]

E noutra passagem ainda:

[...] o princípio da imediação da prova, e com ele a averiguação da verdade material, que só se consegue com a presença do arguido na audiência. [Revista citada, ano 114.º, p. 366.]

E noutro passo mais:

O arguido, como corolário ou pressuposto da necessidade de averiguar a verdade material, deve estar presente, ao menos na audiência de discussão e julgamento. [Revista citada, ano 114.º, p. 365.]

A realização da audiência de julgamento sem a presença do arguido viola, pois, o princípio das garantias de defesa, a que o processo criminal deve obedecer (cf. artigo 32.º, n.º 1, da Constituição), e bem assim o princípio do contraditório, a que a audiência há-de subordinar-se (cf. artigo 32.º, n.º 5) — princípio do contraditório que se traduz, «ao menos, num direito à defesa, num direito a ser ouvido». E viola também o princípio da verdade material e, conseqüentemente, o princípio da imediação, que vão ínsitos na própria ideia de processo criminal de um Estado de direito como exigências fundamentais que são do princípio do respeito pela dignidade humana (cf. artigo 1.º da Constituição).

A este propósito, escreve lapidarmente Eduardo Correia:

A presença física e constante do arguido na audiência de discussão e julgamento é exigência fundamental do processo criminal: ele constitui a necessária consequência do chamado princípio do contraditório. Esse princípio, encarado do ponto de vista do arguido, pretende, antes de mais, realizar o direito de defesa, actuando, pois, a essa luz, no interesse do réu. A máxima «audiatur et altera pars» ou «ne absens damnetur» é justamente a expressão, nesse sentido, do princípio do contraditório, [cf. Revista citada, ano 110.º, p. 99.]

E noutro passo:

A ausência do arguido na audiência de julgamento parece inconstitucional por envolver uma violação do direito à defesa, da garantia da obtenção da verdade material [...] [Cf. Revista citada, ano 115.º, p. 293.]

O processo penal de um Estado de direito tem, na verdade, que ser um processo leal, o que exige que o arguido esteja presente na audiência de discussão e julgamento, a fim de, aí, se poder fazer ouvir e defender.

Um julgamento sem a presença do arguido — salvo naqueles casos contados em que, como se anotou já, essa presença possa ou deva dispensar-se — não será a *fair trial*, um julgamento leal.

7 — Dir-se-á que o que vem de dizer-se só é inteiramente assim quando o arguido não comparece por não ter sido notificado — seja porque, embora sabendo-se o seu paradeiro, não foi possível contactá-lo, seja porque, inclusive, até o paradeiro dele se desconhece — ou quando, embora notificado, falta tendo motivo para faltar.

É que — dir-se-á —, quando o arguido é notificado para comparecer e falta sem justificação, quer o direito de defesa, quer o princípio do contraditório, são respeitados no seu conteúdo essencial, já que, se ele não é ouvido, nem intervém para contraditar as imputações que lhe são feitas é porque o não quer fazer.

E assim é, na realidade.

Simplesmente — como já se viu —, ao processo penal não cumpre apenas garantir o direito de defesa. Ele tem também que assegurar o apuramento da verdade material. Ora, esta — já se disse — só se consegue verdadeiramente com a presença do arguido, desde logo, porque só esta garante «uma relação de imediação com o juiz e com as provas».

Nestas hipóteses em que, pela notificação, é respeitada «a possibilidade hipotética da integração do contraditório», o que, porém, fica prejudicado é o princípio da imediação da prova, que é pressuposto da obtenção da verdade material. E, daí a possibilidade de se cometerem erros judiciários e, assim, de se ditarem sentenças injustas. Dizendo de outro modo: daí o perigo de se violar a própria dignidade humana, que «há-de considerar-se como limite de toda a apreciação de coisas criminais» (cf. Eduardo Correia, Revista citada, ano 114.º, p. 366).

8 — Argumentar-se-á também que, exigir a presença do arguido para proceder ao julgamento, pode, em muitos casos, vir a traduzir-se em abrir a porta a dilacões com evidente prejuízo para a eficácia da justiça penal e, desse modo, para o prestígio da própria justiça.

Só que, desde logo, há meios de lutar com alguma eficiência contra esses resultados nefastos [cf. artigos 335.º, 336.º e 337.º do Código de Processo Penal (situações de contumácia e respectivos efeitos) e artigos 33.º, n.ºs 1 e 2, e 116.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo Código (o arguido que falta injustificadamente à audiência, além de ser condenado numa soma pecuniária, é detido para comparecer sob custódia, mantendo-se a detenção pelo tempo indispensável; e, se a lei permitir a prisão preventiva, pode esta ser ordenada)]. Para além disso, em nome da eficácia ou do prestígio da justiça penal, não pode pôr-se entre parêntesis uma exigência principalíssima do processo penal como é a presença do arguido na audiência de julgamento. E, depois, à eficácia e ao prestígio da justiça penal, decerto também

nada adiantará ir proferir uma condenação que, de antemão, se sabe que, na sua parte mais essencial (a prisão do arguido), não virá a ser cumprida.

9 — Uma última nota: como já se deixou referido, casos há que, nem o direito de defesa, nem a verdade material sofrerão dano de maior dispensando-se a presença do arguido na audiência.

Ao abrir excepções à regra da presença do arguido na audiência, o legislador há-de, no entanto, observar sempre um princípio de necessidade, proporcionalidade e adequação, por forma a não limitar, desnecessária ou desproporcionadamente, o direito-dever do arguido a ser ouvido e a assistir ao julgamento [sobre casos em que a presença do arguido pode dispensar-se, na doutrina, Eduardo Correia, Revista citada, ano 115.º, p. 294, e no plano legislativo, artigos 334.º e 397.º do Código de Processo Penal, artigo 1.º, n.º I, alínea e), do Decreto-Lei n.º 387-E/87, de 29 de Dezembro (processo de transgressão ou contra-venções) e artigo 66.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro (no caso das contra-ordenações)].

10 — A norma sub indício, aplicável como é aos julgamentos por crimes essencialmente militares (cf. artigo 1.º, n.º I, do Código de Justiça Militar), que são puníveis com penas de prisão maior, de presídio militar e de prisão militar — penas, na sua generalidade, severas (cf. artigos 24.º a 27.º do mesmo Código) — é, pois, inconstitucional, já que viola o princípio das garantias de defesa (artigo 32.º, n.º I, da Constituição), o princípio do contraditório (artigo 32.º, n.º 5) e os princípios da imediação da prova e da verdade material, estes ínsitos na ideia do Estado de direito democrático (artigo 1.º).

### **III — Decisão**

Isto posto, decide-se:

a) Não tomar conhecimento do recurso na parte em que ele tem por objecto o Decreto-Lei n.º 383/78, de 6 de Dezembro;

b) Julgar inconstitucional a norma do artigo 394.º, n.º 3, do Código de Justiça Militar, na parte em que permite se proceda ao julgamento sem a presença do réu;

c) Revogar o acórdão recorrido que deve ser reformado em conformidade com o aqui decidido sobre a questão de inconstitucionalidade.

Lisboa, 18 de Maio de 1989.

Messias Bento

José Magalhães Godinho

Luís Nunes de Almeida

Mário de Brito

José Manuel Cardoso da Costa (com reserva, apenas, quanto ao n.º 7 da fundamentação, o que, todavia, em nada afecta a minha adesão ao julgamento de inconstitucionalidade emitido)

Armando Manuel Marques Guedes.

### **Acórdão N.º 426/91**

**Processo: n.º 183/90.**

#### **2ª Secção**

**Relator: Conselheiro Sousa e Brito.**

Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional:

##### I — Relatório

1 — O Tribunal Colectivo da Comarca de Barcelos condenou, entre outros réus, o ora recorrente, A., como autor material de dois crimes continuados (artigos 30.º, n.º 2, e 78.º, n.º 1, do Código Penal), em concurso verdadeiro real (artigos 30.º, n.º 1, e 78.º, n.º 1, do Código Penal): tráfico de estupefacientes e consumo de estupefacientes, previstos e puníveis nos termos do disposto nos artigos 23.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, alínea a), respectivamente, do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro. O tribunal aplicou ao referido réu a pena única de 4 anos de prisão e 171.000\$00 de multa.

Três dos réus — incluindo o agora recorrente — interpuseram recurso deste acórdão para o Supremo Tribunal de Justiça. Na motivação do seu recurso, o réu A. suscitou a questão da inconstitucionalidade da norma contida no n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, na interpretação perfilhada pelo tribunal a quo, aduzindo a seguinte argumentação:

1 — O douto acórdão impugnado qualifica o crime de tráfico de estupefacientes como delito de perigo abstracto.

2 — Essa qualificação não corresponde à verdadeira natureza jurídica deste crime — que deve, antes, ser definido como crime de perigo comum, material e concreto.

3 — E, até pela ideia de presunção inilidível da verificação do perigo que lhe está subjacente, a sua invocação para apreciar a conduta concreta do recorrente importa a violação do princípio constitucional da presunção de inocência fixado no artigo 32.º, n.º 2, da Lei Fundamental.

2 — Por acórdão de 2 de Maio de 1990, o Supremo Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso. Apreciando a questão de inconstitucionalidade que fora suscitada, expendeu estas considerações:

(...) Ao que parece, o recorrente tem o narcotráfico como crime de perigo concreto, mas sem razão.

Como se diz a dado passo do n.º 3 do relatório que antecede o Decreto-Lei n.º 430/83, «considera-se censurável socialmente o consumo de estupefacientes desde logo pela quebra da responsabilidade individual de cada cidadão perante os outros».

Mas já antes, no mesmo local, se havia ponderado: «Diz-se num recente relatório elaborado no âmbito de um organismo especializado das Nações Unidas: A luta contra o abuso de drogas é antes de mais e sobretudo um combate contra a degradação e a destruição de seres humanos. A toxicomania priva ainda a sociedade do contributo que os consumidores de droga poderiam trazer à comunidade de que fazem parte. O custo social e económico do abuso de drogas é, pois, exorbitante, em particular se se atentar nos crimes violentos que origina e na erosão de valores que provoca».

«Na verdade, também pelo lado do consumo, isto é, da prática cada vez mais de delitos por consumidores de droga, se vem notando outro elo de ligação com a criminalidade em geral».

É, pois, o próprio legislador a presumir os múltiplos riscos que se criam com o narcotráfico e que a experiência de todos os dias desvenda: corrupção, prostituição, roubos, assassínios, enfim, uma gama inesgotável de violações penais que com ele se connexionam.

A nossa jurisprudência, mormente a de este Supremo Tribunal, sempre foi clara no reconhecimento de que os crimes em causa são de perigo abstracto. A esse respeito, além dos acórdãos citados pelo Ministério Público na sua contramotivação a este recurso, podem ler-se os acórdãos de 2 de Abril de 1986 e de 30 de Abril de 1986, ambos publicados no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 356, respectivamente a fls. 122 e segs. e fls. 166 e segs.

Em todas as actividades descritas no artigo 23.º, que, de resto, não estão enunciadas exaustivamente, o legislador se «esmerou» em presumir o perigo. Assim fala em «oferecen», «pôr à venda», «venden», «distribuin», «compran», «ceden», tudo para que o traficante não escape à malha da justiça — citado acórdão de 2 de Abril de 1986, a fls. 124.

Não há, pois, que falar em crime de perigo concreto, quando se alude ao tipificado no artigo 23.º

E é desta decisão que vem o presente recurso. No requerimento da sua interposição, o réu A. invocou o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro (com a redacção dada pela Lei n.º 85/89, de 7 de Setembro), indicou o artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, como norma cuja constitucionalidade pretende ver apreciada, identificou a presunção de

inocência, consagrada no n.º 2 do artigo 32.º da Constituição, como princípio violado e referiu que suscitara a questão de inconstitucionalidade na motivação do seu recurso para o Supremo Tribunal de Justiça. Cumpriu, pois, as exigências contidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 75.º-A da Lei n.º 28/82 (aditado pela Lei n.º 85/89).

3 — No Tribunal Constitucional, o recorrente apresentou as suas alegações, que concluiu do seguinte modo:

I — O douto acórdão impugnado qualificou o delito do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, como crime de perigo abstracto,

II — ou seja, considerou que a lei presume *juris et de jure* que os actos nela tipificados colocam em perigo os bens jurídicos protegidos pela norma, resultando a punibilidade simplesmente da presunção legal de que certas espécies de condutas são adequadas à produção de certos perigos.

III — Assim interpretada, tal norma revela-se inconstitucional, porque viola o princípio da culpa que decorre do artigo 25.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, e a presunção de inocência instituída no artigo 32.º, n.º 2, da Lei Fundamental,

IV — pelo que se impõe que isso mesmo se declare e, em consequência, se revogue o douto acórdão impugnado a fim de que seja proferida nova decisão despojada da invocação da responsabilidade objectiva e da presunção de culpa do recorrente que inere àquela inaceitável interpretação do preceito em causa.

4 — Por seu turno, o Procurador-Geral Adjunto em exercício neste Tribunal apresentou contra-alegações, assim concluídas:

1.º Por falta de interesse processual, não se deve conhecer do objecto do recurso.

2.º Caso assim se (por lapso, omitiu-se a palavra «não») entenda, deve julgar-se que não viola a Constituição (designadamente os seus artigos 25.º, n.º 1, e 32.º, n.º 2) a interpretação, acolhida na decisão recorrida de que o delito previsto no artigo 23.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, tem a natureza de um crime de perigo abstracto.

Para fundamentar a questão prévia que suscitou — da falta de interesse processual no conhecimento do objecto do recurso —, o Procurador-Geral Adjunto sustentou que, mesmo a entender-se que a norma contida no n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83 é inconstitucional, na interpretação sufragada pelo tribunal recorrido, ainda assim se deveria manter a decisão recorrida, «...atenta a matéria de facto provada». E isto porque, a seu ver, foram dados como provados «...todos os elementos, nomeadamente o dolo específico, que no entender do recorrente tipificam o crime...».

5 — Ouvido sobre tal questão, o recorrente contestou a sua procedência, culminando as suas considerações nestes termos:

I — A interpretação do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, que o recorrente impugnou neste recurso, por inconstitucional, influenciou de forma determinante a decisão (as decisões) contra ele proferida, quer ao nível da apreciação da prova, quer ao nível da repartição do respectivo ónus,

II — tendo contaminado todo o processo de formação do juízo que subjaz à decisão impugnada.

III — No mínimo, há o perigo de que isso tenha acontecido,

IV — pelo que a declaração de inconstitucionalidade que o recorrente pretende ver proferida determinará, inevitavelmente, a devolução do processo às instâncias para reapreciação do caso.

V — Daí que não ocorra a suscitada falta de interesse processual no conhecimento do objecto do recurso.

## II — Fundamentação

A) A questão prévia da falta de interesse processual no conhecimento do objecto do recurso

6 — A questão prévia suscitada pelo Procurador-Geral Adjunto resulta do entendimento de que o tribunal a quo deve manter a sua decisão, mesmo que seja julgada inconstitucional a norma incriminadora contida no n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83, na interpretação por ele adoptada. Em tal hipótese, haveria, alegadamente, lugar à aplicação da mesma norma legal na interpretação perfilhada pelo recorrente (e pretensamente conforme à Constituição). E, desta sorte, nenhuma utilidade adviria para o recorrente do eventual julgamento da inconstitucionalidade da norma: manter-se-ia inalterada a decisão recorrida, sendo ele punível pela prática do mesmo crime e com a mesma pena.

7 — O interesse processual foi autonomizado como pressuposto processual, entre a doutrina portuguesa, por Manuel de Andrade (Noções elementares de processo civil, com a col. de Antunes Varela, ed. rev. e act. por Herculano Esteves, 1976, pp. 79 e 80) e Palma Carlos (Código de Processo Civil Anotado, 1940, p. 132). Hoje, continua a ser entendido como um pressuposto distinto da legitimidade processual (cfr. Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio Nora, Manual de Processo Civil, 2.ª ed. rev. e act., 1985, p. 181), se bem que o Código de Processo Civil se prevaleça ainda da noção de interesse para definir legitimidade: faz depender a



legitimidade do interesse directo em demandar ou contradizer (artigo 26.º, n.º 1) e identifica este interesse através da utilidade ou do prejuízo advenientes da procedência da acção (artigo 26.º, n.º 2).

8 — A definição de interesse processual através da utilidade ou prejuízo advenientes da procedência da acção, acolhida no Código de Processo Civil, inspira-se na doutrina italiana, que desde Chiovenda (*Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2.ª ed., 1936, p. 166) afirma, maioritariamente, que existe interesse (interesse ad agere) quando «sem o processo e o exercício da jurisdição o autor sofreria um dano» (cfr. Satta, *Diritto processuale civile*, 10.ª ed. act. e amp. por Carmine Punzi, 1987, pp. 138-9).

Diferentemente, a doutrina alemã foca, na definição de interesse processual, a «necessidade de tutela judiciária (*Rechtsschutzbedürfnis*) para fazer valer direitos» (cfr. Rosenberg/Schwab, *Zivilprozessrecht*, 14.ª ed., 1986, pp. 548-9). E esta necessidade é concebida como «...necessidade justificada, razoável, fundada de lançar mão do processo ou de fazer prosseguir a acção» (cfr. Wieser, *Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozess*, 1971, pp. 238 e segs.).

9 — As referidas ideias de utilidade e de necessidade não são irreduzíveis: pode afirmar-se que é inútil a acção desnecessária, na medida em que da sua não propositura não resultaria prejuízo; pode considerar-se desnecessária a acção inútil, desde que na exigência de necessidade se enquadre a de eficácia.

Aliás, uma noção de interesse suficientemente compreensiva, que atenda à ratio essendi deste pressuposto processual, não pode ignorar nenhuma daquelas ideias: o que se pretende evitar, em todos os casos, é que os tribunais profiram decisões inúteis ou desnecessárias.

10 — No caso sub judicio, a invocação da falta de interesse processual fundamenta-se na inutilidade da decisão do Tribunal Constitucional, ainda que ela se traduza no julgamento da inconstitucionalidade da norma sindicada: de todo o modo, a decisão recorrida seria insusceptível de reforma.

Ora, independentemente de outras considerações que o modo como o Ministério Público põe a questão poderia suscitar, não se pode negar o interesse processual no conhecimento do objecto do recurso mesmo que este Tribunal se confrontasse com a simples alternativa de escolher entre a interpretação conferida à norma em crise pelo tribunal a quo e pelo recorrido — não a julgando, em ambos os casos, inconstitucional.

Na verdade, se o Tribunal Constitucional emitisse um juízo de constitucionalidade sobre o n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83 fundado na interpretação dada pelo recorrente (n.º 3 do artigo 80.º da Lei n.º 28/82), tal norma deveria ser aplicada com aquela interpretação. Ora, como salienta o Procurador-Geral Adjunto, provou-se no processo a verificação de todos os elementos que, no

entender do próprio recorrente, integram o tipo de crime. Todavia, daqui só se infere que, apesar do juízo do Tribunal Constitucional, o recorrente seria punível pela prática do mesmo crime. Já se não pode concluir que lhe seria aplicável a mesma pena concreta: a presença de novos elementos no tipo de crime (o perigo como evento e objecto do dolo) poderia, porventura, levar o tribunal a quo a uma diversa determinação da pena, ao abrigo do disposto nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 72.º do Código Penal. Pondere-se apenas que, se o dolo do perigo concreto é elemento do tipo, a sua simples verificação (fora dos casos de premeditação, nomeadamente) não é agravante; mas já o será se o crime for de perigo abstracto e, portanto, o facto típico não incluir aquele perigo como resultado da acção.

#### B) A classificação de crime de tráfico de estupefacientes

11 — O n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, estabelece que «Quem, sem se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder por qualquer título, receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 36.º, substâncias e preparados compreendidos nas tabelas I a III será punido com a pena de prisão de 6 a 12 anos e multa de 50.000\$00 a 5.000.000\$00».

O recorrente entende que este crime é de perigo concreto, sustentando que a sua qualificação como crime de perigo abstracto implica a inconstitucionalidade da norma que o prevê. Tal norma seria, então, pretensamente contrária aos princípios da culpa e da presunção de inocência, consagrados nos artigos 25.º, n.º 1, e 32.º, n.º 1, da Constituição, respectivamente.

12 — Por contraposição aos crimes de dano, os crimes de perigo são aqueles cuja consumação não requer a efectiva lesão do bem jurídico [assim, Beza dos Santos, «Crimes de moeda falsa», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 66.º, n.º 2844, p. 18; Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I, 1971, pp. 287-8; Cavaleiro de Ferreira, *Direito Penal Português*, I, 1981, p. 217; Figueiredo Dias, *Direito Penal*, Sumários, 1975-77, p. 146; entre a doutrina alemã, cfr. Welzel, *Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, 11.ª ed., 1969, p. 63; Gallas, «Abstrakte und konkrete Gefährdung», *Festschrift für E. Heinitz*, 1972, p. 171; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 3.ª ed., 1981, p. 132; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1983, p. 142; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., 1988, p. 237; Horn em *Systematischer Kommentar zum StGB*, vor § 306 (1988)]. O perigo, por seu turno, é liminarmente entendível como possibilidade ou probabilidade de dano (assim se pronunciava já v. Rohland, *Die Gefahr im Strafrecht*, 1886, p. 1).

Crimes de perigo concreto são crimes de resultado, em que o resultado causado pela acção é a situação de perigo para um concreto bem jurídico. Crimes de perigo abstracto são crimes que não pressupõem nem o dano, nem o perigo de um concreto bem jurídico protegido pela incriminação, mas apenas a perigosidade da acção para uma ou mais espécies de bens jurídicos protegidos, abstraindo de algumas das outras circunstâncias necessárias para causar um perigo para um desses bens jurídicos.

13 — A qualificação do crime de tráfico de estupefacientes como crime de perigo pressupõe a identificação do bem jurídico tutelado pela respectiva norma incriminadora. Nesta matéria, é particularmente esclarecedor o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 430/83, ao citar um relatório da Organização das Nações Unidas:

A luta contra o abuso de drogas é antes de mais e sobretudo um combate contra a degradação e destruição de seres humanos. A toxicomania priva ainda a sociedade do contributo que os consumidores de drogas poderiam trazer à comunidade de que fazem parte. O custo social e económico do abuso das drogas é, pois, exorbitante, em particular se se atentar nos crimes e violências que origina e na erosão de valores que provoca.

Desta passagem — como, em geral, de todo o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 430/83 —, deduz-se que o escopo do legislador é evitar a degradação e a destruição de seres humanos, provocadas pelo consumo de estupefacientes, que o respectivo tráfico indiscutivelmente potencia. Assim, o tráfico põe em causa uma pluralidade de bens jurídicos: a vida, a integridade física e a liberdade dos virtuais consumidores de estupefacientes; e, demais, afecta a vida em sociedade, na medida em que dificulta a inserção social dos consumidores e possui comprovados efeitos criminógenos.

Pode qualificar-se, pois, o tráfico de estupefacientes, em todas as modalidades de cometimento descritas no n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83 — de forma exhaustiva, em observância do princípio da legalidade —, como um crime de perigo: o legislador não exige, para a respectiva consumação, a efectiva lesão dos bens jurídicos tutelados.

E trata-se, outrossim, de um crime de perigo comum, visto que a norma protege uma multiplicidade de bens jurídicos, designadamente de carácter pessoal — embora todos eles possam ser reconduzidos a um mais geral: a saúde pública.

Finalmente, o crime é de perigo abstracto, porque não pressupõe nem o dano nem o perigo de um dos concretos bens jurídicos protegidos pela incriminação, mas apenas a perigosidade da acção para as espécies de bens jurídicos protegidos, abstraindo de algumas das outras circunstâncias necessárias para causar um perigo para um desses bens jurídicos.

C) A eventual violação do princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança

14 — A constitucionalidade de uma norma que preveja um crime de perigo — e, sobretudo, um crime de perigo abstracto —, como o n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83, deve ser julgada, em primeiro lugar, à luz do princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança, implicitamente consagrado no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição. Com efeito, em relação às incriminações de perigo (e, especialmente, às de perigo abstracto), sempre se poderá entender que não é indispensável a imposição dos pesados sacrifícios resultantes da aplicação de penas e de medidas de segurança, visto que não está em causa, tipicamente, a efectiva lesão de qualquer bem jurídico.

Ora, se bem que o recorrente não suscite o problema da eventual violação do disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, o Tribunal Constitucional pode julgar a inconstitucionalidade da norma sub judicio com fundamento na violação do princípio de direito penal nele consagrado, ao abrigo do disposto no artigo 79.º-C da Lei n.º 28/82, aditado pela Lei n.º 85/89.

15 — Numa sugestiva afirmação, Jescheck defende que «o direito penal não só restringe a liberdade, mas também cria liberdade» (op. cit., p. 3). O objectivo precípua do direito penal é, com efeito, promover a subsistência de bens jurídicos da maior dignidade e, nessa medida, a liberdade da pessoa humana.

A imposição de penas e de medidas de segurança implica, evidentemente, uma restrição de direitos fundamentais, como o direito à liberdade e o direito de propriedade, que é indispensável justificar ante o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição. Assim, uma tal restrição só é admissível se visar proteger outros direitos fundamentais e na medida do estritamente indispensável para esse efeito.

16 — Esta função restritiva do princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança, reconduzível, em última instância, ao princípio do Estado de direito (artigo 2.º da Constituição), não evitou que os crimes de perigo atingissem, sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial, uma importância sem precedente, nos planos dogmático e político-criminal. Como afirma Lackner, estes crimes estenderam-se como uma «mancha de óleo», convertendo-se em «filhos predilectos do legislador» (Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, 1967, p. 1).

Esta importância crescente é explicável, sumariamente, pela complexidade atingida em domínios como os transportes e a produção e a comercialização de bens. A circulação rodoviária, o tráfico de armas e de estupefacientes e a comercialização de produtos alimentares e farmacêuticos constituem alvos preferenciais do legislador, na criação de incriminações de perigo [como assinalou Schröder, no âmbito de uma conferência da A.I.D.P. expressamente destinada a debater este tema «Rapport particulier» (da Alemanha), Revue Internationale de Droit Pénal, 1969, n.ºs 1 e 2, pp. 7-8].

A importância da «criminalidade clássica», neste quadro, decresceu na proporção do aumento da importância de uma «nova criminalidade», à qual não puderam responder satisfatoriamente as tradicionais soluções do sistema jurídico-penal, baseadas, fundamentalmente, na dualidade entre crime doloso de dano e crime negligente de dano.

Assim, o caminho que, por toda a parte, veio a ser escolhido foi o da antecipação da tutela dos bens jurídicos, num apreciável número de situações. Porém, não se perdeu de vista a função de protecção dos bens jurídicos, que constitui o fundamento legitimador de qualquer sistema jurídico-penal característico de um Estado de direito. É a própria necessidade de proteger os bens jurídicos e assegurar o livre desenvolvimento da pessoa humana que impõe a criação de incriminações de perigo (cfr. Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 294-5).

17 — O problema da eventual violação do princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança coloca-se com peculiar acuidade a respeito dos crimes de perigo abstracto — como o previsto no n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83 —, por a consumação destes não depender da criação de um perigo e nem sequer da concreta perigosidade da acção.

No entanto, não se pode concluir que estas incriminações violam, in totum, o aludido princípio constitucional. A sua compatibilidade com a Constituição dependerá, decisivamente, da razoabilidade da antecipação da tutela penal quando se incriminam, desde logo, acções que têm em geral aptidão para serem elementos do processo causal dos danos ligados ao tráfico de estupefacientes — tanto os danos das pessoas dos consumidores como os da sociedade —, abstraindo de outras condições indispensáveis para que no caso se produzam realmente tais danos ou sequer o perigo concreto da produção deles. Justifica-se que o direito penal sancione a violação de uma regra de comportamento que proíbe qualquer dos actos que podem estar ligados ao tráfico de estupefacientes, mesmo quando no caso concreto não estejam ligados a esse tráfico? É razoável que se crie assim um tabú legal relativo a esses actos?

A resposta deve ser afirmativa: a gravidade, a propagação e a tendência para o alastramento dos danos causados pelo tráfico dos estupefacientes justificam suficientemente, do ponto de vista constitucional, uma política criminal tão restritiva da liberdade (sem prejuízo de uma política criminal mais liberal na matéria poder ser também constitucional). Compreende-se que o legislador criminal entenda que a obediência estrita a um tal tabú legal seja uma medida indispensável ao êxito da luta contra o tráfico.

18 — No que respeita ao tráfico de estupefacientes, é hoje evidente a necessidade da incriminação de perigo, para promover a tutela de bens jurídicos essenciais. Neste contexto, a alternativa de recorrer, em exclusivo, às tradicionais

incriminações do homicídio e das ofensas corporais, designadamente, revela-se insuficiente.

E cabe certamente na margem de apreciação do legislador criminal, como se expôs, entender que, desde logo, as condutas descritas no n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83 acarretam, por si mesmas, uma grave carência de defesa de bens jurídicos essenciais. Dificilmente se vislumbra, aliás, como poderá ser feita, num qualquer caso, a prova de que o tráfico de estupefacientes é absolutamente insusceptível de criar perigo.

Por conseguinte, a norma contida no n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83, tal como foi interpretada pelo tribunal a quo, não viola o princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança, implicitamente consagrado no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição.

D) A alegada violação do princípio da culpa

19 — O recorrente alega, expressamente, a violação do princípio da culpa, «...que decorre do artigo 25.º, n.º 1, da Constituição», pelo n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83.

Para fundamentar esta posição, o recorrente invoca os ensinamentos de Cavaleiro de Ferreira e de Figueiredo Dias. Fá-lo, no entanto, de forma equivocada, atribuindo a estes autores uma tese que eles não sustentam.

Na verdade, ao citar os referidos autores, o recorrente pretende que os crimes de perigo abstracto contrariam sempre, pela sua natureza, o princípio de culpa. Ora, Cavaleiro de Ferreira, na obra e no local citados pelo recorrente (Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982, 1988, pp. 240 a 245), nem sequer trata da distinção entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstracto, limitando-se a apreciar, criticamente, as incriminações de perigo comum constantes do Código Penal. Por seu turno, Figueiredo Dias não questiona a constitucionalidade dos crimes de perigo abstracto em geral, mas apenas a admissibilidade da criação destas incriminações no âmbito da protecção do ambiente («Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente», Revista de Direito e Economia, IV, 1978, 1, p. 17).

20 — As preocupações manifestadas por Cavaleiro de Ferreira e por Figueiredo Dias relacionam-se, sem dúvida, com as exigências do princípio de culpa, mas não podem ser extrapoladas para o plano do tráfico de estupefacientes.

O princípio de culpa está consagrado, conjugadamente, nos artigos 1.º e 25.º, n.º 1, da Constituição: deriva da essencial dignidade da pessoa humana, que não pode ser tomada como simples meio para a prossecução de fins preventivos, e articula-se com o direito à integridade moral e física.

Este princípio exprime-se, em direito penal, a diversos níveis:

a) veda a incriminação de condutas destituídas de qualquer ressonância ética;

b) impede a responsabilização objectiva, obrigando ao estabelecimento de um nexu subjectivo — a título de dolo ou de negligência — entre o agente e o seu facto (cfr. os artigos 13.º e 18.º do Código Penal);

c) obsta à punição sem culpa e à punição que exceda a medida da culpa (sobre o sentido do n.º 1 do artigo 72.º do Código Penal, cfr. Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal*, op. cit., II, *Penas e Medidas de Segurança*, 1989, pp. 100 e segs.; Sousa e Brito, «A medida da pena no novo Código Penal», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, número especial de Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Eduardo Correia, III, 1984, pp. 580-1; Figueiredo Dias, *Direito Penal 2, Parte Geral, As consequências jurídicas do crime*, 1988, pp. 311 e segs., maxime p. 314).

21 — No caso vertente, não está em causa a violação de nenhuma das duas manifestações do princípio de culpa referidas em último lugar: o crime de tráfico de estupefacientes previsto no n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83 é doloso, por força do disposto no artigo 13.º do Código Penal, determinando-se, ainda, a sua punibilidade a título de negligência — que aqui não se coloca (artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 430/83) —, mas estando excluída, nos termos gerais, a responsabilização objectiva do agente; por outro lado, o agente será punido desde que culpado e em pena que não exceda a medida da sua culpa.

A manifestação do princípio da culpa que Cavaleiro de Ferreira e Figueiredo Dias têm em vista, quando, em certas matérias, criticam as incriminações de perigo comum e abstracto, respectivamente, é a que se assinalou em primeiro lugar. O que pretendem, na verdade, é que os bens jurídicos tutelados podem surgir de modo difuso, dificilmente apreensível pelo agente, estando assim comprometida a possibilidade de ele tomar consciência da ilicitude do facto através de valorações ético-sociais.

No caso particular da protecção do ambiente, Figueiredo Dias (text. cit., loc. cit.) sugere que as incriminações de perigo abstracto estariam destituídas de ressonância ética. Ora, embora o n.º 1 do artigo 17.º do Código Penal contemple, na sua parte final, a hipótese de o conhecimento da proibição ser necessário para a tomada de consciência da ilicitude, reportando-se a normas indispensáveis à «relevância axiológica da conduta» (Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência de Ilcitude em Direito Penal*, 2.ª ed., 1978, pp. 397 e segs.) ou «de criação predominantemente política» (Cavaleiro de Ferreira, *Lições...*, I, op. cit., pp. 254-5), a verdade é que tais normas assumem, necessariamente, um carácter excepcional. Assim se explica, aliás, que o erro respeitante às proibições nelas contidas, mesmo que indesculpável, gere a exclusão do dolo, diferentemente do que sucede, em regra, no «erro sobre a ilicitude» (cfr. o artigo 17.º do Código Penal).

22 — Seria, no entanto, completamente deslocado transferir estas considerações feitas a propósito da defesa do ambiente — ou matérias similares — para o âmbito do tráfico de estupefacientes. As actividades em que o tráfico se analisa, no n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83, possuem uma ressonância ética só comparável, em intensidade, às «incriminações clássicas» às quais está associado, historicamente, o próprio conceito de crime, como o homicídio e o roubo. A condenação do tráfico de estupefacientes está indelevelmente inscrita na consciência ética das sociedades contemporâneas.

Assim, a norma contida no n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83, na interpretação que lhe deu o tribunal recorrido, não viola o princípio da culpa, consagrado, conjugadamente, nos artigos 1.º e 25.º, n.º 1, da Constituição.

E) A alegada violação do princípio da presunção de inocência do arguido.

23 — O recorrente sustenta ainda que a norma em crise viola o disposto no n.º 2 do artigo 32.º da Constituição: «(Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa)».

Esta norma consagra, genericamente, o princípio da presunção de inocência do arguido e ainda, especificadamente, uma das suas decorrências — a injunção dirigida ao legislador ordinário e aos tribunais para que, dentro do possível, promovam com celeridade a justiça penal (cfr. Figueiredo Dias, «A revisão constitucional e o processo penal», A revisão constitucional, o processo penal e os tribunais, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1981, p. 53).

O princípio da presunção de inocência do arguido, que, em matéria de prova, a doutrina identifica com o princípio *in dubio pro reo* (assim, Cavaleiro de Ferreira, Curso de Processo Penal, 2.º vol., 1956, p. 47), impõe que o julgador valora sempre a favor do arguido um *non liquet* (cfr. Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, 1.º vol., 1974, p. 211; Rui Pinheiro e Artur Maurício, A Constituição e o Processo Penal, 2.ª ed., 1983, p. 133).

Como corolários deste princípio, podem indicar-se os seguintes: «a) proibição de inversão de ónus da prova em detrimento do arguido; b) preferência pela sentença de absolvição contra o arquivamento do processo; c) exclusão da fixação de culpa em despachos de arquivamento; d) não incidência de custas sobre arguido não condenado.» (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Anotada, 1.º vol., 2.ª ed., 1984, p. 215).

24 — Ora, no caso em apreço, o princípio da presunção de inocência é invocado, na sua dimensão processual, precisamente como proibição de inversão de ónus da prova em detrimento do arguido.



Alegadamente, o entendimento de que o tráfico de estupefacientes constitui um crime de perigo abstracto, promoveria uma inversão do ónus da prova contra reo.

Porém, esta alegação encerra um evidente equívoco: se a incriminação de perigo abstracto é admissível constitucionalmente, ante os princípios da necessidade e da culpa, então não faz sentido referir uma inversão do ónus da prova; o cometimento do crime deve ser, naturalmente, provado pela acusação, no plano das imputações objectiva e subjectiva; o que se não requer é a comprovação de que foi criado um perigo ou de que o meio de cometimento do crime foi perigoso, precisamente porque a incriminação não se funda no perigo concreto causado, mas na perigosidade geral da acção, isto é, na sua aptidão causal para causar perigos de certa espécie, abstraindo de outras circunstâncias também necessárias para que algum destes perigos se produza realmente; e, da mesma sorte, não se exige que o dolo abarque o perigo.

Consequentemente, a norma contida no n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83, na interpretação que lhe deu o tribunal a quo, não viola o princípio da presunção de inocência do arguido, consagrado no n.º 2 do artigo 32.º da Constituição.

### III — Decisão

25 — Pelo exposto, julga-se improcedente a questão prévia da falta de interesse processual no conhecimento do objecto do recurso e não se julga inconstitucional a norma constante do n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, negando-se provimento ao recurso e confirmando-se a decisão impugnada, na parte respeitante à questão de constitucionalidade suscitada.

Lisboa, 6 de Novembro de 1991.

José de Sousa e Brito (com a declaração de voto junta)

Luís Nunes de Almeida

Bravo Serra

Fernando Alves Correia

Messias Bento

Mário de Brito (com a declaração de voto junta)

José Manuel Cardoso da Costa.

## **Declaração de voto**

O Tribunal entendeu não desenvolver outras considerações sobre o modo como o Ministério Público coloca a questão prévia, sem negar, porém, o cabimento delas. Terá, assim, julgado mais prudente a contenção do que a clareza argumentativa quanto à relação entre o interesse processual e o objecto do processo, evitando dizer tudo o que não fosse indispensável a uma fundamentação suficiente da resposta à questão prévia.

Reconhecendo que a jurisprudência só deverá fazer construção dogmática ao serviço e na medida exigida pela aplicação do direito ao thema decidendum, penso que essa aplicação é melhor servida pelo progressivo aperfeiçoamento que a clareza argumentativa permite, do que pela irrepreensibilidade resultante de não se esclarecerem as alternativas argumentativas da fundamentação da decisão.

No caso concreto, a fundamentação do decidido ficou prejudicada por não se ter explicitado que o interesse processual depende dos resultados possíveis do processo na perspectiva dos poderes cognitivos do Tribunal Constitucional e não apenas na perspectiva das concepções do recorrente e do tribunal recorrido. Com efeito, só assim se obteria, além de uma resposta cabal da questão prévia, a explicação da estrutura lógica do acórdão, que trata de outras pertinentes questões da constitucionalidade além das levantadas pelo recorrente e pela sentença recorrida.

Venho, pois, a título pessoal, suprir com a declaração o omitido.

Como se disse no acórdão, a invocação da falta de interesse processual fundamenta-se na inutilidade da decisão do Tribunal Constitucional, ainda que ela se traduza no julgamento da inconstitucionalidade da norma sindicada.

Importa averiguar, por conseguinte, se, numa perspectiva ex ante (prévia ao julgamento de constitucionalidade), se pode concluir que é inviável, uma reforma de tal decisão.

Esta questão prévia apresenta relevantes implicações, que é indispensável ponderar, a dois níveis. O do conceito de norma, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, e o dos poderes de cognição conferidos, na mesma sede, ao Tribunal Constitucional.

Na verdade, a alegação de falta de interesse processual produzida pelo Procurador-Geral Adjunto pressupõe que o julgamento de inconstitucionalidade só pode incidir na norma tal como foi interpretada pelo tribunal recorrido — pressupõe, assim, um certo conceito de norma, no âmbito da actividade jurisdicional deste Tribunal. E essa alegação postula um determinado entendimento dos poderes cognitivos do Tribunal Constitucional, ao sugerir que ele, a julgar inconstitucional a norma tal como é interpretada pelo tribunal recorrido, é obrigado a aceitar a

interpretação proposta pelo recorrente — o que implica a aceitação dos fundamentos por ele aduzidos.

No processo de fiscalização concreta da constitucionalidade, as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional são indissociáveis do âmbito e da dimensão da questão de inconstitucionalidade que é objecto da sua sindicância. Tal como se sublinhou no Acórdão n.º 211/87, de 26 de Julho (Boletim do Ministério da Justiça, n.º 367, pp. 222-3), «A fiscalização constitucional há-de necessariamente incidir sobre a situação material, nas suas implicações jurídico-constitucionais, com que o tribunal recorrido foi confrontado e sobre a qual emitiu o juízo entretanto contestado». O Tribunal Constitucional não pode, pois, ignorar «...os limites materiais definidos no processo a que respeita... a questão de inconstitucionalidade» (ibid.).

Assim, este Tribunal deve atender, no caso vertente, à circunstância de o recorrente ter sido condenado pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punível nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83, e à interpretação dada a esta norma pelo tribunal recorrido.

Daqui não se infere, todavia, que a actividade do Tribunal Constitucional se restrinja a escolher, entre duas interpretações da norma em crise — a sustentada pelo tribunal recorrido e a defendida pelo recorrente —, qual é a conforme à Constituição.

Com efeito, o objecto do julgamento, no processo de fiscalização concreta da constitucionalidade, é a norma aplicada ou «desaplicada» e não, restritivamente, uma determinada interpretação (cfr. o artigo 79.º-C da Lei n.º 28/82, aditado pela Lei n.º 85/89). No julgamento, o Tribunal Constitucional deve, seguramente, considerar a interpretação perfilhada pelo tribunal a quo e ponderar a sua conformidade à Constituição (cfr., supra, o n.º 13 deste acórdão). Mas não está vinculado a essa interpretação nem, tão-pouco, à eventual interpretação alternativa propugnada pelo recorrente.

Os n.ºs 2 e 3 do artigo 80.º da Lei n.º 28/82 revelam, com nitidez, que o Tribunal Constitucional não está vinculado a um sentido dado à norma antes do julgamento da constitucionalidade: se o juízo de constitucionalidade (ou de legalidade) ...se fundar em determinada interpretação da mesma norma (obviamente diversa da sufragada pelo tribunal recorrido), esta deve ser aplicada com tal interpretação no «processo em causa» (n.º 3); mas se o juízo for de inconstitucionalidade — não sendo atribuível à norma um sentido que a compatibilize com a Constituição —, a sua consequência é a reforma da decisão recorrida mediante a «desaplicação» da norma (n.º 2).

Na hipótese de o Tribunal Constitucional não julgar inconstitucional a norma contida no n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83 apenas de acordo com a interpretação aventada pelo recorrente, o efeito da decisão seria a aplicação daquela norma segundo esta interpretação.

É neste quadro que o Procurador-Geral Adjunto invoca a falta de interesse processual no conhecimento do objecto do recurso: ante a matéria de facto dada como provada, a decisão condenatória seria inalterável e o recorrente seria, ainda assim, punível do mesmo modo, pela comissão do crime de tráfico de estupefacientes.

No entanto, o Tribunal Constitucional não está obrigado a perfilhar a interpretação dada à norma pelo recorrente, nem a considerá-la conforme a Constituição, mesmo que, porventura, a julgue inconstitucional segundo a interpretação que lhe deu o tribunal a quo. Em alternativa, é concebível que o Tribunal Constitucional julgue inconstitucional a norma ou a julgue constitucional de acordo com uma nova interpretação, diversa da propugnada pelo recorrente.

Esta conclusão também é imposta pelo âmbito dos poderes cognitivos atribuídos ao Tribunal Constitucional. Este Tribunal pode julgar a inconstitucionalidade (ou a ilegalidade) da norma aplicada ou «desaplicada», «...com fundamento na violação de normas ou princípios constitucionais ou legais diversos daqueles cuja violação foi invocada» (artigo 79.º-C da Lei n.º 28/82, aditado pela Lei n.º 85/89).

A amplitude destes poderes de cognição repercute-se no próprio objecto do juízo de inconstitucionalidade. Assim, prevalecendo-se de normas ou princípios constitucionais diversos dos invocados pelo recorrente, este Tribunal pode julgar inconstitucional uma norma, segundo as interpretações adoptadas pelo tribunal a quo e até mesmo pelo recorrente. E, na falta de interpretação que autorize o julgamento da sua constitucionalidade (n.º 3 do artigo 80.º da Lei n.º 28/82), a decisão do Tribunal Constitucional obstará à aplicabilidade dessa norma, determinando a reforma da decisão recorrida mediante a sua «desaplicação».

Do exposto flui que, no caso em apreço, se não pode concluir, numa perspectiva ex ante — a única admissível no julgamento da questão prévia —, pela falta de interesse processual no conhecimento do objecto do recurso.

Este Tribunal pode, hipoteticamente, julgar inconstitucional a norma contida no n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83, por violação do princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança, consagrado pelo n.º 2 do artigo 18.º da Constituição. Pode entender, eventualmente, que os bens jurídicos tutelados naquela norma incriminadora não justificam a cominação de sanções penais, independentemente de estar em causa um crime de perigo abstracto, abstracto-concreto ou concreto e de ele comportar ou não, para além do dolo, elementos subjectivos especiais da ilicitude.

Uma tal decisão, cuja viabilidade se não pode excluir nesta perspectiva prognóstica, implicaria, sem dúvida, uma reforma da decisão recorrida mediante a «desaplicação» da norma. Na avaliação do interesse já não intervém a ponderação das consequências desta «desaplicação» — pode suceder, por

exemplo, que o arguido venha a ser condenado ao abrigo de outra norma incriminadora e não retire qualquer benefício da reforma da decisão recorrida. Porém, a antevisão da reforma da decisão recorrida mediante a «desaplicação» da norma basta para afirmar o interesse processual no conhecimento do objecto do recurso. — José de Sousa e Brito.

### **Declaração de voto**

Na sua alegação o recorrente sustentou que, considerando-se o crime do n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83 como um crime de perigo abstracto, tal norma é inconstitucional, por contrária aos princípios da culpa e da presunção de inocência, consagrados nos artigos 25.º, n.º 1, e 32.º, n.º 1, da Constituição, respectivamente.

O acórdão, entendendo que a constitucionalidade de uma norma que preveja um crime de perigo, e, sobretudo, um crime de perigo abstracto, deve ser julgada, em primeiro lugar, à luz do princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança, apreciou essa questão.

Como tem sido repetidamente afirmado, os recursos destinam-se tão-somente a provocar um reexame de questões decididas e não a criar decisões sobre matéria nova.

Ora, não tendo a questão da necessidade das penas e das medidas de segurança sido suscitada pelo recorrente nem examinada na decisão recorrida, manifestei-me no sentido de ela não ser objecto de pronúncia pelo Tribunal. — Mário de Brito.

### **Acórdão N.º 349/91**

**Processo: n.º 297/89.**

#### **2ª Secção**

**Relator: Conselheiro Alves Correia.**

Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional:

#### I — Relatório

1 — A., L.<sup>da</sup>, requereu, no 11.º Juízo do Tribunal Cível da Comarca de Lisboa, execução com processo sumário para pagamento de quantia certa contra B., com base numa letra de câmbio por este aceite, no valor de 11 483\$20, e não paga na data do seu vencimento.

Em 6 de Junho de 1988, a exequente nomeou à penhora um sexto da pensão de reforma que o executado auferia do Centro Nacional de Pensões, no montante de 38 500\$00 tendo o M.<sup>mo</sup> Juiz ordenado a penhora por despacho de 9 do mesmo mês.

Tendo sido notificado para proceder ao depósito na Caixa Geral de Depósitos, à ordem daquele Tribunal, dos descontos na pensão do executado, veio o Centro Nacional de Pensões esclarecer, através de ofício recebido no 11.º Juízo do Tribunal Cível da Comarca de Lisboa, de 15 de Novembro de 1988, que, salvo para efeitos de alimentos, as pensões pagas por aquela Instituição são absolutamente impenhoráveis, nos termos do artigo 45.º da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto.

2 — Todavia, o M.<sup>mo</sup> Juiz, por despacho de 21 de Dezembro de 1988, recusou a aplicação, com fundamento em inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade, condensado no artigo 13.º da Constituição, da norma constante do n.º 1 do artigo 45.º da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto (Lei da Segurança Social).

Nesse despacho, o M.<sup>mo</sup> Juiz escreveu o seguinte:

Já se discutiu se as normas invocadas no ofício do Centro Nacional de Pensões (fls. 34) são ou não inconstitucionais, por violação do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição.

A Comissão Constitucional, seguindo a sentença n.º 214, de 30 de Dezembro 1972, do Tribunal Constitucional Italiano (in *Giurisprudenza Costituzionale*, ano 17, II, p. 2302), entendeu que tais normas não são inconstitucionais, não constituindo um puro capricho ou arbítrio do legislador, «reflectindo antes a preocupação de conferir uma garantia absoluta à percepção de um rendimento mínimo de subsistência» (cfr. Acórdão n.º 479, in *Boletim do Ministério da Justiça*, pp. 327-415).

Entendemos, salvo o devido respeito, que este argumento claudica se as pensões pagas pelo Centro Nacional de Pensões forem superiores ao salário mínimo nacional (27 200\$00 — cfr. Decreto-Lei n.º 411/87, de 31 de Dezembro) ou a uma vez e meia o salário mínimo nacional [se se seguir o critério da presunção legal de insuficiência económica da alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 387-B/87]. O princípio da igualdade está bem patente na alínea f) do n.º 1 do artigo 823.º do Código de Processo Civil, que não exclui qualquer reforma ou auxílio, sendo óbvio que, não obstante não haver, pelo exposto, uniformidade de critérios legais sobre o que se poderá entender por 'mínimo de subsistência', o artigo 45.º, n.º 1, da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto, contém uma excepção que, em nosso entender e salvo o devido respeito, viola o artigo 13.º da Constituição pelo menos se a pensão paga pelo Centro Nacional de Pensões for superior ao salário mínimo nacional.

Obtida por ofício, com entrada em 1 de Fevereiro de 1989, a informação de que a pensão mensal que o executado passou a perceber atingia o quantitativo de 46 150\$00, o M.<sup>mo</sup> Juiz, por despacho de 6 de Fevereiro de 1989, manteve a penhora

anteriormente ordenada, observando que, apesar dela, ao executado ainda restava mais do que o salário mínimo nacional.

3 — Do despacho de 21 de Dezembro de 1988, interpôs obrigatoriamente o Ministério Público o presente recurso para o Tribunal Constitucional, nos termos das pertinentes disposições constitucionais e legais, e cujo objecto consiste na questão da constitucionalidade da norma constante do n.º 1 do artigo 45.º da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto.

O Ex.º Procurador-Geral Adjunto em funções neste Tribunal remata as suas alegações do modo como segue:

1.º Não é inconstitucional, por pretensa violação do princípio da igualdade, dado que apresenta fundamento material bastante, a norma constante do n.º 1 do artigo 45.º da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto, que estabelece a impenhorabilidade das prestações devidas pelas instituições de segurança social.

2.º Deve ser concedido provimento ao recurso, determinando-se a reforma da decisão recorrida, na parte impugnada, de acordo com o precedente juízo de não inconstitucionalidade.

Por sua vez, o recorrido não alegou.

4 — Corridos os vistos legais e operada a mudança de relator, cumpre, então, apreciar e decidir a questão de saber se a norma do n.º 1 do artigo 45.º da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto, é (ou não) inconstitucional.

## II — Fundamentos

5 — A norma cuja aplicação foi recusada pelo M.º Juiz a quo, com fundamento em inconstitucionalidade, está integrada na Lei n.º 28/84, a qual define as bases em que assentam o sistema de segurança social previsto na Constituição e a acção social prosseguida pelas instituições de segurança social, bem como as iniciativas particulares não lucrativas de fins análogos aos daquelas instituições. Constitui o n.º 1 de uma disposição — o artigo 45.º —, cujo conteúdo é o seguinte:

1 — As prestações devidas pelas instituições de segurança social são impenhoráveis e intransmissíveis.

2 — A impenhorabilidade das prestações não se aplica em processo de execução especial por alimentos, relativamente a prestações substitutivas de rendimento e até um terço do seu montante.

O princípio da impenhorabilidade total das pensões pagas pelas instituições de segurança social — princípio este que sofre uma excepção, nas hipóteses de dívidas por alimentos, nos termos do n.º 2 do preceito transcrito da Lei n.º 28/84 — não constitui uma originalidade da actual Lei da Segurança Social. O aludido

princípio constava já da Base XXVI da Lei n.º 2115, de 18 de Junho de 1962 — diploma este revogado pelo n.º 1 do artigo 83.º da Lei n.º 28/84 —, a qual preceituava o seguinte:

As prestações devidas aos beneficiários ou sócios das instituições de previdência social e seus familiares não podem ser cedidas a terceiros, nem penhoradas, mas prescrevem a favor das respectivas instituições pelo lapso de 1 ano, a contar do vencimento ou do último dia do prazo de pagamento, se o houver.

Ele encontrava-se igualmente no artigo 30.º do Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963, nos seguintes termos:

As prestações devidas aos beneficiários e seus familiares não podem ser cedidas, nem penhoradas, e são isentas de quaisquer taxas, contribuições e impostos.

A norma do n.º 1 do artigo 45.º da Lei n.º 28/84, ao submeter as pensões devidas pelas instituições de segurança social a um regime de impenhorabilidade total — apenas com o temperamento constante do n.º 2 daquele preceito —, estabelece para elas um tratamento diferente e mais favorável do que aquele que vigora para as restantes prestações de aposentação, reforma, invalidez ou outras de natureza semelhante — designadamente as pagas aos trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas pela Caixa Geral de Aposentações —, as quais gozam apenas de um regime de impenhorabilidade parcial, nos termos da alínea f) do n.º 1 e do n.º 4 do artigo 823.º do Código de Processo Civil (cfr. o artigo 70.º do Estatuto da Aposentação dos funcionários e agentes da Administração Central, Regional e Local, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 498/72, de 9 de Dezembro).

**Este Código estatui, com efeito, o seguinte:**

**Artigo 823.º**

**(Bens relativa ou parcialmente impenhoráveis)**

1 — Estão também isentos de penhora:

f) Dois terços das prestações periódicas pagas a título de aposentação, reforma, auxílio, doença, invalidez, montepio, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, e de outras pensões de natureza semelhante.

4 — As quantias e pensões a que se referem as alíneas e) e f) do n.º 1 podem ser apreendidas até metade, quando a execução provenha de comedorias ou géneros fornecidos para alimentação do executado, do seu cônjuge ou de seus ascendentes e descendentes. Nos casos restantes, a parte penhorável das quantias



e pensões é fixada pelo juiz, segundo o seu prudente arbítrio e tendo em atenção as condições económicas do executado, entre um terço e um sexto.

Da comparação entre o artigo 45.º da Lei n.º 28/84 e os preceitos acabados de transcrever do Código de Processo Civil, extrai-se uma diferença fundamental de regime entre dois tipos de pensões — e, conseqüentemente, entre dois grupos de pensionistas: de um lado, as pensões da segurança social, que são, em regra, impenhoráveis, salvo em processo de execução especial por alimentos, relativamente a prestações substitutivas de rendimento e até um terço do seu montante; e, do outro lado, as pensões pagas por outras instituições, as quais gozam apenas de um benefício de impenhorabilidade parcial: podem, de facto, ser penhoradas até metade, quando a execução provenha de comedorias ou géneros fornecidos para alimentação do executado, do seu cônjuge ou de seus ascendentes ou descendentes; e, nos restantes casos, a parte penhorável é fixada pelo juiz, segundo o seu prudente arbítrio e tendo em atenção as condições económicas do executado, entre um terço e um sexto.

Representará, então, este tratamento diferenciado dos beneficiários do sistema de segurança social um tratamento de «favor» ou de «privilégio» em relação aos demais, em termos de se poder sustentar que se está perante uma «diferenciação arbitrária» ou uma «discriminação» daquele grupo de pensionistas, insusceptível de manter-se à luz do princípio da igualdade previsto no artigo 13.º da Constituição?

6 — Como se referiu no despacho sub judicio, a Comissão Constitucional teve oportunidade de apreciar e decidir a questão da constitucionalidade do princípio da impenhorabilidade total das pensões de reforma, invalidez ou outras prestações previdenciais, constante da Base XXVI da Lei n.º 2115, de 18 de Junho de 1962, e do artigo 30.º do Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963.

Foi no Acórdão n.º 479, de 25 de Março de 1983 (in Apêndice ao Diário da República, de 23 de Agosto de 1983), tendo aquele órgão concluído que as normas que consagravam aquele princípio não ofendiam o princípio constitucional da igualdade.

«É que — escreveu-se naquele aresto — a exclusão da penhorabilidade das pensões pagas aos beneficiários do regime geral de previdência (regime que abrange, de um ponto de vista numérico, a maior parte dos Portugueses) não decorre de um puro capricho ou do arbítrio do legislador, reflectindo antes a preocupação de conferir uma garantia absoluta à percepção de um rendimento mínimo de subsistência. Tal solução é perfeitamente compatível — como mostra o estudo do nosso direito e a experiência legislativa de outros ordenamentos próximos do nosso, em especial o brasileiro e o italiano — com a nossa Constituição e o quadro de valores nela acolhidos, nomeadamente a defesa do bem-estar e qualidade de vida das classes sociais mais desfavorecidas, a protecção decorrente do

estabelecimento de um mínimo de subsistência (salário mínimo ou pensão previdencial sucedânea), a protecção nas situações de infortúnio ou de menor aptidão para conseguir os meios de subsistência a que todos têm direito.

O facto de tal norma não ter sido ainda consagrada no regime previdencial de outros cidadãos não a torna obviamente arbitrária ou irrazoável. Como se disse no citado Acórdão n.º 458, “a esta Comissão não cabe propriamente formular um juízo ‘positivo’ a respeito da questão: cabe-lhe apenas uma verificação ‘negativa’, que consiste em saber se o juízo do legislador é em absoluto intolerável ou inadmissível, de uma perspectiva jurídico-constitucional, por não se encontrar para ele qualquer fundamento material”.

Ora, já vimos, não é o caso dos presentes autos. Não ocorre, assim, relativamente às normas desaplicadas, qualquer violação ao princípio constitucional da igualdade, já que não se verifica aí um caso de preceitos desprovidos de justificação racional, relativamente aos quais se pudesse encontrar uma desproporção ou inadequação no tratamento da situação fáctica a que vão aplicar-se, isto para utilizar fórmulas aplicadas em outras ocasiões por esta Comissão».

7 — Entende o Tribunal que a conclusão de não inconstitucionalidade a que chegou a Comissão Constitucional quanto às normas constantes da Base XXVI da Lei n.º 2115 e do artigo 30.º do Decreto n.º 45 266 é válida na sua ideia essencial para a norma do n.º 1 do artigo 45.º da Lei n.º 28/84, desde que a pensão auferida pelo beneficiário da segurança social, tendo em conta o seu montante, reportado a um determinado momento histórico, cumpra efectivamente a função inilidível de garantia de uma sobrevivência minimamente condigna do pensionista. Ora, é esse inofismavelmente o caso dos autos, já que o quantitativo da pensão social percebida pelo executado não era susceptível de ser comprimido, por efeito da sua penhora parcial, sob pena de ser posta em causa a subsistência do executado.

O credor goza de um direito à satisfação do seu crédito, podendo, no caso de recusa de cumprimento do devedor, exigir a realização executiva do seu crédito, à custa do património do devedor. Aquele direito do credor, enquanto direito de conteúdo patrimonial, é tutelado pelo artigo 62.º, n.º 1, da Constituição, que encerra a garantia (institucional e individual) da propriedade privada (sobre o sentido da garantia do artigo 62.º, n.º 1, da Constituição, cfr. F. Alves Correia, *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*, Coimbra, 1982, pp. 43-45, e *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 1990, pp. 301-307).

O artigo 601.º do Código Civil, ao estabelecer que «pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especiais estabelecidos em consequência da separação de patrimónios», constitui uma expressão, a nível da legislação ordinária, da tutela constitucional do direito do credor.

Mas, por outro lado, o artigo 63.º, n.º 1, da Constituição reconhece a todos os cidadãos um direito à segurança social, determinando o n.º 4 do mesmo preceito que «o sistema de segurança social protegerá os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho».

Este preceito constitucional poderá, desde logo, ser interpretado como garantindo a todo o cidadão a percepção de uma prestação proveniente do sistema de segurança social que lhe possibilite uma subsistência condigna em todas as situações de doença, velhice ou outras semelhantes. Mas, ainda que não possa ver-se garantido no artigo 63.º da Lei Fundamental um direito a um mínimo de sobrevivência, é seguro que este direito há-de extrair-se do princípio da dignidade da pessoa humana, condensado no artigo 1.º da Constituição [cfr. o Acórdão n.º 232/91 (ainda inédito)].

Ora, entre os dois direitos fundamentais de que são titulares o credor e o pensionista pode existir uma colisão ou um conflito (sobre a problemática da colisão de direitos fundamentais, cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 1986, pp. 495-498, e J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 220-224).

O exercício do direito do credor em ver realizado o seu direito — o qual, como se viu, encontra guarida no n.º 1 do artigo 62.º da Lei Fundamental — pode colidir com o direito fundamental do pensionista em perceber uma pensão que lhe garanta uma sobrevivência condigna, condensado, como já se referiu, ou no artigo 63.º ou no artigo 1.º da Constituição. Em casos de colisão ou conflito entre aqueles dois direitos, deve o legislador, para tutela do valor supremo da dignidade da pessoa humana, sacrificar o direito do credor, na medida do necessário e, se tanto for preciso, mesmo totalmente, não permitindo que a realização deste direito ponha em causa a sobrevivência ou subsistência do devedor.

Toda a questão está, pois, em que o legislador adopte «um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito» (cfr. J. C. Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 233).

Insistindo: o sacrifício do direito do credor só será, assim, constitucionalmente legítimo se for necessário e adequado à salvaguarda do direito fundamental do devedor a uma sobrevivência com um mínimo de qualidade. Donde o ter de concluir-se que, para além desse patamar necessário para garantir aquele mínimo de sobrevivência — o qual não pode ser definido em termos válidos para todos os tempos, uma vez que é algo historicamente situado —, já será constitucionalmente ilegítimo o sacrifício total do direito do credor.

8 — Poderá, no entanto, argumentar-se, ex adverso, que o que vem de escrever-se não é suficiente para subtrair ao cutelo da inconstitucionalidade a norma do n.º 1 do artigo 45.º da Lei n.º 28/84, mesmo na dimensão ideal de que se vem falando: a da consagração do princípio da impenhorabilidade total daquelas pensões provenientes das instituições de segurança social que, pelo seu montante, devam ser objectivamente consideradas como necessárias à garantia de uma sobrevivência minimamente condigna do beneficiário. É que, não vigorando para as demais pensões — inclusive para aquelas que não ultrapassam o mínimo de sobrevivência —, nomeadamente para as devidas pela Caixa Geral de Aposentações, idêntico princípio, nos termos do n.º 1, alínea f), e n.º 4 do artigo 823.º do Código Civil, sempre poderia entender-se que o tratamento mais favorável dos pensionistas da segurança social violaria o princípio constitucional da igualdade.

Não é, porém, assim. Com efeito, por um lado, o Tribunal Constitucional ao aferir a compatibilidade de uma norma legislativa com o princípio da igualdade, não deve pôr em causa «a liberdade de conformação do legislador ou a discricionariedade legislativa». Deve abster-se de substituir-se ao legislador, ponderando a situação como se estivesse no lugar deste e impondo a sua própria ideia do que seria, no caso, a solução «razoável», «justa» e «oportuna» (cfr. o Acórdão da Comissão Constitucional n.º 458, de 25 de Novembro de 1982, in Apêndice ao Diário da República, de 23 de Agosto de 1983). O seu controlo deve ser tão-só de carácter negativo, consistindo este em saber se a opção do legislador se apresenta intolerável ou inadmissível de uma perspectiva jurídico-constitucional, por não se encontrar para ela qualquer fundamento material.

Como foi salientado nos Acórdãos n.ºs 186/90, 187/90 e 188/90 (in Diário da República, n.º 211, de 12 de Setembro de 1990), «o princípio da igualdade, entendido como limite objectivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a realização de distinções. Proíbe-lhe, antes, a adopção de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, ou seja, desigualdades de tratamento materialmente infundadas, sem qualquer fundamento razoável (vernünftiger Grund) ou sem qualquer justificação objectiva e racional. Numa expressão sintética, o princípio da igualdade, enquanto princípio vinculativo da lei, traduz-se na ideia geral de proibição do arbítrio (Willkürverbot)». Ora, como foi apontado anteriormente, a consagração pelo legislador de um regime de impenhorabilidade total, salvo em processos de execução especial por alimentos, das prestações devidas pelas instituições de segurança social que, pelo seu montante, devem ser objectivamente consideradas como instrumento de garantia de uma sobrevivência minimamente digna do pensionista, não é materialmente infundada, irrazoável ou arbitrária.

Por outro lado, a circunstância de o legislador não ter consagrado um regime de impenhorabilidade total para as remunerações não superiores ao salário mínimo nacional, bem como para as pensões referidas na alínea f) do n.º 1 e no n.º 4 do

artigo 823.º do Código de Processo Civil que não ultrapassem aquele mínimo considerado necessário para uma sobrevivência humanamente digna do respectivo beneficiário não constitui argumento suficiente para tornar aquela norma inconstitucional, por violação do princípio da igualdade.

Na verdade, como bem salienta o Ex.<sup>mo</sup> Procurador-Geral Adjunto nas suas alegações, sempre poderia questionar-se se a inconstitucionalidade não estaria, antes, nas normas que não consagram o princípio da impenhorabilidade total para as remunerações não superiores ao salário mínimo nacional, bem como — acrescenta-se agora — para as pensões devidas por instituições não enquadradas pela Lei n.º 28/84 no sistema de segurança social, cujo montante se considere indispensável para a sobrevivência do pensionista, nos termos já expostos.

9 — O que vem de expor-se deixa já antever que este Tribunal não considera, necessariamente, conforme à Constituição a norma do artigo 45.º, n.º 1, da Lei n.º 28/84 em toda a sua extensão ou em todo o seu âmbito de regulamentação.

Existe um segmento ou dimensão daquela norma que é claramente inconstitucional, por violação do princípio da igualdade do artigo 13.º da Constituição: a norma será certamente inconstitucional naquela parte em que estende a aplicação do princípio da impenhorabilidade total às prestações devidas pelas instituições de segurança social, cujo montante ultrapasse manifestamente aquele mínimo entendido como necessário para garantia de uma sobrevivência digna do pensionista.

O juízo de inconstitucionalidade da mencionada norma, no segmento acabado de referir, alicerçar-se-á essencialmente em duas razões. De um lado, a norma do artigo 45.º, n.º 1, da Lei n.º 28/84, ao considerar abrangidas pelo princípio da impenhorabilidade total — apenas com a excepção constante do n.º 2 daquele preceito — as prestações devidas por instituições de segurança social de montante superior ao mínimo de sobrevivência condigna, encerra um sacrifício excessivo e desproporcionado do direito do credor, apresentando-se, assim, como arbitrária e materialmente infundada. Verifica-se, naquele segmento da norma, uma desproporção ou inadequação da regulamentação legal à situação fáctica a que quer aplicar-se, a qual, como refere o já citado Acórdão da Comissão Constitucional n.º 458, constitui «o índice ou sinal mais claro e decisivo do arbítrio».

A norma, no segmento que vem sendo considerado, briga por isso, com a ideia de justiça, a qual, nas palavras de Manuel de Andrade, se reconduz «a um princípio de igualdade no sentido de proporcionalidade» [cfr. «Sentido e Valor da Jurisprudência», Coimbra (Separata do Vol. xviii — 1972 — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), 1973, p. 14].

Do outro lado, a norma do n.º 1 do artigo 45.º da Lei n.º 28/84, enquanto considera totalmente impenhoráveis as prestações pagas por instituições de

segurança social cujo quantitativo ultrapasse claramente o indispensável para garantir uma sobrevivência minimamente digna do pensionista, atribui aos pensionistas da Segurança Social um privilégio ou um benefício, materialmente injustificado, em comparação com os pensionistas de outras instituições — designadamente da Caixa Geral de Aposentações —, as quais não gozam de idêntica regalia, nos termos dos n.ºs 1, alínea f), e 4 do artigo 823.º do Código de Processo Civil, em conjugação com o artigo 70.º do Estatuto das Aposentações dos funcionários e agentes da Administração central, regional e local. Também por esta razão, ela violará, naquele sentido, o princípio constitucional da igualdade.

10 — Expostas estas considerações, importa retornar ao caso dos autos, para recordar algo que já foi salientado anteriormente: a norma do n.º 4 do artigo 45.º da Lei n.º 28/84, enquanto aplicável ao caso sub judicio, não é inconstitucional. A pensão que o executado percebia, tendo em conta o seu montante e o período histórico em que ela estava a ser paga, deve ser entendida como cumprindo efectivamente a função inelidível de garantia de uma sobrevivência minimamente digna do beneficiário, pelo que a sua impenhorabilidade total, nos termos daquela norma, não surge como algo materialmente infundado, irrazoável ou arbitrário, nem desproporcionado. Ela não viola, nesse aspecto, o princípio constitucional da igualdade, nem a garantia constitucional do credor a ver satisfeito o seu crédito, que, como se disse, há-de extrair-se do artigo 62.º, n.º 1, da Constituição.

### **III — Decisão**

11 — Nos termos e pelos fundamentos expostos, decide-se conceder provimento ao recurso e, em consequência, revogar a decisão recorrida, que deve ser reformada em consequência do aqui decidido sobre a questão de constitucionalidade.

Lisboa, 3 de Julho de 1991.

Fernando Alves Correia

Messias Bento

José de Sousa e Brito

Luís Nunes de Almeida

Bravo Serra

Mário de Brito (com a declaração de voto junta)

José Manuel Cardoso da Costa.

## Declaração de voto

Objecto deste processo é a norma do n.º 1 do artigo 45.º da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto — Da Segurança Social, na parte em que ela estabelece a impenhorabilidade das pensões de reforma devidas pelas instituições de segurança social.

No projecto de acórdão que, como relator, apresentei em devido tempo sustentei que tal norma não é inconstitucional.

Transcrevo a seguir os respectivos fundamentos:

1 — O Código de Processo Civil aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44 129, de 28 de Dezembro de 1961, depois de estabelecer no artigo 821.º que «estão sujeitos à execução todos os bens que, nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida, quer pertençam ao devedor, quer a terceiro», enumera no artigo 822.º os «bens absoluta ou totalmente impenhoráveis» e no artigo 823.º os «bens relativa ou parcialmente impenhoráveis».

Por força da alínea f) do n.º 1 do preceito citado em último lugar, estão isentos de penhora «dois terços das prestações periódicas pagas a título de aposentação, reforma, auxílio, doença, invalidez, montepio, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, e de outras pensões de natureza semelhante»; e, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, as quantias e pensões a que se refere essa alínea «podem ser apreendidas até metade, quando a execução provenha de comedorias ou géneros fornecidos para alimentação do executado, do seu cônjuge ou dos seus ascendentes e descendentes», sendo nos casos restantes a parte penhorável das quantias e pensões «fixada pelo juiz, segundo o seu prudente arbítrio e tendo em atenção as condições económicas do executado, entre um terço e um sexto».

Escrevendo à face dos preceitos correspondentes do Código de Processo Civil aprovado pelo Decreto-Lei n.º 29 637, de 28 de Maio de 1939 (artigo 822.º, n.º 15 e § 4.º), dizia o Professor José Alberto dos Reis, *Processo de Execução*, vol. 1.º, 1943, n.º 88 (p. 391):

A isenção dos dois terços das pensões e quantias designadas no n.º 15 tem a mesma justificação que a dos dois terços dos soldos, vencimentos, proventos e salários a que se refere o n.º 14 [alínea e) do n.º 1 do artigo 823.º, do Código actual]. É que, no fundo, essas pensões e quantias representam um substitutivo do vencimento ou salário e exercem a mesma função alimentícia que ele. Por isso se lhes aplica também a modificação inserta no § 4.º [n.º 4 do citado artigo 823.º].

A Lei n.º 2115, de 18 de Junho de 1962, veio, porém, determinar na sua base XXVI que «as prestações devidas aos beneficiários ou sócios das instituições de previdência social e seus familiares não podem ser cedidas a terceiros nem penhoradas, mas prescrevem a favor das respectivas instituições pelo lapso de um ano, a contar do vencimento ou do último dia do prazo de pagamento, se o houver».

E o Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963 (Regulamento Geral das Caixas Sindicais de Previdência), editado em cumprimento da base XXXIII dessa Lei, repete no seu artigo 30.º que «as prestações devidas aos beneficiários e seus familiares não podem ser cedidas a terceiros nem penhoradas» e acrescenta que tais prestações «são isentas de quaisquer taxas, contribuições ou impostos».

Anotando aquela base XXVI, escreveu Feliciano Tomás de Resende, Caixas Sindicais de Previdência, 1964:

Não se diz expressamente, como se dizia no correspondente artigo 17.º da Lei n.º 1884, de 16 de Março de 1935, que as prestações devidas pelas caixas têm o carácter de pensões alimentícias. Mas é sem dúvida por lhes reconhecer esse carácter que a lei proíbe que sejam cedidas a terceiros ou penhoradas, como aliás já sucedia no regime anterior.

É caso, segundo parece, de impenhorabilidade absoluta, não obstante a alínea f) do n.º 1 do artigo 823.º do Código de Processo Civil, dado tratar-se de «bens isentos de penhora por disposição especial» (n.º 1 do artigo 822.º do mesmo Código).

A questão é idêntica à levantada, no domínio do Código de Processo Civil de 1939, a propósito do artigo 34.º da Lei n.º 1942, de 27 de Julho de 1936, que declara impenhoráveis os créditos por indemnizações provenientes de acidentes de trabalho. Cfr., sobre o assunto, J. Alberto dos Reis, a pp. 391 e segs. do vol. 1.º de seu Processo de Execução.

De resto, afigura-se que o problema da natureza (absoluta ou relativa) da impenhorabilidade das prestações concedidas pelas caixas de previdência deve considerar-se de solução menos ilíquida a partir da Lei n.º 2115, já que esta foi discutida na Assembleia Nacional depois de publicado o Código de Processo Civil de 1961 e publicada após a entrada em vigor do mesmo. Quer dizer: ainda que se considere que a alínea f) do n.º 1 do artigo 823.º do Código de Processo Civil está redigida de molde a abranger as pensões pagas pelas caixas, todavia deve entender-se prevalecente a base XXVI da Lei n.º 2115 por ser, além de especial, lei posterior.

A Lei n.º 2115 veio a ser revogada pelo n.º 1 do artigo 83.º da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto (Da Segurança Social). Mas contém-se nesta um preceito semelhante ao da Base XXVI daquela. Diz-se, na verdade, no seu artigo 45.º:

1 — As prestações devidas pelas instituições de segurança social são impenhoráveis e intransmissíveis.

2 — A impenhorabilidade das prestações não se aplica em processo de execução especial por alimentos, relativamente a prestações substitutivas de rendimento e até um terço do seu montante.



É a constitucionalidade do n.º 1 deste artigo, mais precisamente, da parte dessa norma que determina a impenhorabilidade das pensões de reforma devidas pelas instituições de segurança social, que se discute no presente processo.

2 — Referindo-se ao acórdão da Comissão Constitucional n.º 479, segundo o qual as normas da Base XXVI da Lei n.º 2115 e do artigo 30.º do Decreto n.º 45 266 não ofendem o princípio da igualdade, já que a exclusão da penhorabilidade das pensões pagas aos beneficiários do regime geral de previdência «não decorre de um puro capricho ou do arbítrio do legislador, reflectindo antes a preocupação de conferir uma garantia absoluta à percepção de um rendimento mínimo de subsistência», escreveu o juiz no despacho recorrido:

Entendemos, salvo o devido respeito, que este argumento claudica se as pensões pagas pelo Centro Nacional de Pensões forem superiores ao salário mínimo nacional (27 200\$00 — cfr. Decreto-Lei n.º 411/87, de 31 de Dezembro) ou a uma vez e meia o salário mínimo nacional [se se seguir o critério da presunção legal de insuficiência económica da alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 387-B/87].

O princípio da igualdade está bem patente na alínea f) do n.º 1 do artigo 823.º do Código de Processo Civil, que não exclui qualquer reforma ou auxílio, sendo óbvio que, não obstante não haver, pelo exposto, uniformidade de critérios legais sobre o que se poderá entender por «mínimo de subsistência», o artigo 45.º, n.º 1, da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto, contém uma excepção que, em nosso entender e salvo o devido respeito, viola o artigo 13.º da Constituição (pelo menos se a pensão paga pelo Centro Nacional de Pensões for superior ao salário mínimo nacional).

Ora vejamos.

O princípio da igualdade está consagrado no artigo 13.º da Constituição:

1 — Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2 — Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.

Muito se tem escrito sobre ele, quer na doutrina, quer em pareceres e acórdãos da Comissão Constitucional, quer já em acórdãos deste Tribunal.

Disse-se, por exemplo, no acórdão da Comissão Constitucional n.º 458, de 25 de Novembro de 1982 (no Apêndice ao Diário da República de 23 de Agosto de 1983), em jeito de resumo da jurisprudência da Comissão:

De acordo com essa jurisprudência, é ponto firme que o princípio da igualdade não se reduz a uma pura dimensão formal — a uma mera igualdade

«perante» a lei, —, traduzida na simples imparcialidade da aplicação desta, qualquer que seja o seu conteúdo: assume, bem mais do que isso, uma dimensão material, que se impõe ao próprio legislador, e exige, assim, uma verdadeira igualdade «da» lei. Trata-se, realmente, segundo a consabida fórmula, de «dar tratamento igual ao que é igual e tratamento desigual ao que é desigual».

Escreveu-se, por outro lado, no Acórdão deste Tribunal n.º 44/84, de 22 de Maio (no Diário da República, II Série, de 11 de Julho de 1984, e nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, 3.º Vol., p. 133):

[...] o princípio da igualdade não deve nem pode ser interpretado em termos absolutos, impedindo nomeadamente que a lei discipline diversamente quando diversas são as situações que o seu dispositivo visa regular.

Mas, inversamente, há violação do princípio da igualdade quando o legislador estabelece distinções discriminatórias. Assim é, quando tais distinções são materialmente infundadas, quando assentam em motivos que não oferecem um carácter objectivo e razoável; isto é, quando o preceito em apreço não apresenta qualquer fundamento material razoável.

Nesta perspectiva, o princípio da igualdade consagrado pelo artigo 13.º, n.º 1, da Constituição identifica-se com uma «proibição de arbítrio», quer dizer, com «uma proibição de medidas manifestamente desproporcionadas ou inadequadas, por um lado, à ordem constitucional dos valores e, por outro, à situação fáctica que se pretende regulamentar ou ao problema que se deseja decidir [...]».

Dizem, finalmente, os Acórdãos n.ºs 186/90, 187/90 e 188/90, todos de 6 de Junho (proferidos nos processos n.ºs 533/88, 251/88 e 597/88, respectivamente), que «numa expressão sintética, o princípio da igualdade, enquanto princípio vinculativo da lei, traduz-se na ideia geral de proibição do arbítrio (Willkürverbot)».

E o que se discute é se o n.º 1 do artigo 45.º da Lei n.º 28/84, na parte considerada, viola esse princípio.

3 — A Lei n.º 28/84 define, como consta do seu artigo 1.º, «as bases em que assentam o sistema de segurança social previsto na Constituição e a acção social prosseguida pelas instituições de segurança social».

Na verdade, o artigo 63.º da Constituição, na versão de 1982, consagrava o «direito à segurança social» (n.º 1), impondo ao Estado a obrigação de «organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, com a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários» (n.º 2), sistema esse que «protegerá os cidadãos no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho» (n.º 4).

Estes preceitos figuram também no actual artigo 63.º, isto é, na versão da Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho, embora com alteração de redacção quanto ao n.º 4.

Nos termos do artigo 4.º da citada Lei, o sistema de segurança social compreende os regimes e as instituições de segurança social. Os regimes de segurança social são o regime geral e o regime não contributivo e concretizam-se em prestações garantidas como direitos (n.º 1 do artigo 10.º). Entre as instituições de segurança social conta-se, a nível nacional, o Centro Nacional de Pensões (n.º 1 do artigo 57.º).

As prestações devidas pelas instituições de segurança social é que, como se disse, são impenhoráveis, por força do n.º 1 do artigo 45.º da Lei.

Isso não viola, porém, o artigo 13.º da Constituição.

Como se entendeu no citado acórdão da Comissão Constitucional n.º 479 (no citado Apêndice ao Diário da República) a propósito das normas da Base XXVI da Lei n.º 2115 e do artigo 30.º do Decreto n.º 45 266, «parece razoável sustentar que a vigência de um regime de protecção social mais favorável para uma determinada classe ou grupo sócio-profissional de cidadãos não pode, por si só, pôr em causa o princípio da igualdade». É que — continua esse acórdão — «a exclusão de penhorabilidade das pensões pagas aos beneficiários do regime geral de previdência (regime que abrange, de um ponto de vista numérico, a maior parte dos portugueses) não decorre de um puro capricho ou do arbítrio do legislador, reflectindo antes a preocupação de conferir uma garantia absoluta à percepção de um rendimento mínimo de subsistência».

À objecção posta no despacho recorrido poderá responder-se, com o representante do Ministério Público junto deste Tribunal, que o facto de a solução legislativa constante da norma desaplicada não ter sido também consagrada no regime que disciplina o salário mínimo nacional não torna aquela norma inconstitucional, por violação do princípio da igualdade. A inconstitucionalidade poderá estar, sim, na não consagração, para o salário mínimo nacional, da impenhorabilidade total que a lei estabelece para as «prestações devidas pelas instituições de segurança social».

Seja como for, e para citar de novo os acórdãos da Comissão Constitucional n.ºs 458 e 479, na apreciação da eventual violação do princípio da igualdade não cabe propriamente aos órgãos fiscalizadores da constitucionalidade «formular um juízo 'positivo' a respeito da questão: cabe-lhe apenas uma verificação 'negativa', que consiste em saber se o juízo do legislador é em absoluto intolerável ou inadmissível de uma perspectiva jurídico-constitucional, por não se encontrar para ele qualquer fundamento material».

Ora — repete-se —, a parte do n.º 1 do artigo 45.º da Lei n.º 28/84 em apreciação no caso dos autos, ou seja, aquela que estabelece a impenhorabilidade das pensões de reforma devidas pelas instituições de segurança social, não se mostra desprovida de fundamento material bastante.

O presente acórdão também entende que a norma em questão não é inconstitucional, mas apenas quando «a pensão auferida pelo beneficiário da segurança social, tendo em conta o seu montante, reportado a um determinado momento histórico, cumpra efectivamente a função inilidível da garantia de uma sobrevivência minimamente condigna do pensionista». E, porque «o quantitativo da pensão social percebida pelo executado não era susceptível de ser comprimido, por efeito da sua penhora parcial, sob pena de ser posta em causa a sobrevivência do executado», conclui que tal norma, «enquanto aplicável ao caso sub iudicio», não é inconstitucional.

Poderá pensar-se que, para o acórdão, e uma vez que nele se fala na norma «enquanto aplicável» ao caso concreto, ela só não será inconstitucional na medida em que estabeleça a impenhorabilidade das pensões fixadas em 38 500\$00 (ou, por maioria de razão, em montante inferior).

Afastada, porém, tal hipótese, como entender a decisão?

Segundo parece, no sentido de que não será inconstitucional a norma que estabeleça a impenhorabilidade das pensões quando elas garantam uma «sobrevivência minimamente condigna» do beneficiário.

E o que é a sobrevivência minimamente condigna do beneficiário?

Estamos, é evidente, no domínio do arbítrio.

E, por isso, não aderi à tese que fez vencimento. — Mário de Brito.

## **Acórdão N.º 411/93 Proc. n.º 434/91**

### **2ª Secção**

**Relator: Cons. Luís Nunes de Almeida**

Acordam, em conferência, no Tribunal Constitucional

#### **I - RELATÓRIO**

1. Na acção executiva movida por **A.** contra **B.**, o 11º Juízo Cível de Lisboa determinou a penhora de 1/3 da pensão de reforma atribuída pela Caixa Nacional de Pensões ao executado. E como a Caixa, notificada para proceder aos descontos,

tivesse invocado a impenhorabilidade da pensão, de acordo com o disposto no artigo 45º, nº 2, da Lei nº 28/84, de 14 de Agosto, o tribunal esclareceu que, do despacho que havia ordenado a penhora, decorria o entendimento de que tal preceito é inconstitucional, por violação do artigo 13º da Constituição, na parte em que estabelece a impenhorabilidade das pensões pagas pelas instituições de segurança social.

De tal decisão, assim esclarecida, recorreu então o Ministério Público para o Tribunal Constitucional, conforme o disposto no artigo 70º, nº 1, alínea a), e nº 2, e no artigo 72º, nº 1, alínea a), da Lei nº 28/82, de 15 de Novembro. O recurso foi admitido, tendo subido após a penhora, nos termos do estabelecido no artigo 923º, nº 1, alínea c), do Código de Processo Civil.

No Tribunal Constitucional, o Ministério Público apresentou alegações referindo que a norma a apreciar é a do artigo 45º, nº 1, da Lei nº 28/84, na parte em que dispõe que as prestações devidas pelas instituições da segurança social são impenhoráveis. Considera não ser inconstitucional aquela norma quando as prestações, pelo seu montante, devam ser consideradas instrumento de garantia de uma sobrevivência minimamente digna do pensionista, e que, assim, a decisão de primeira instância deve ser eventualmente reformulada em conformidade com tal entendimento (já que ela não explicita o fundamento em que se baseou o juízo de inconstitucionalidade emitido).

O recorrido também produziu alegações, pedindo a manutenção do despacho em causa.

Corridos os vistos, cumpre decidir.

## II - FUNDAMENTOS

2. É objecto do presente recurso a apreciação da constitucionalidade do artigo 45º, nº 1, da Lei nº 28/84, Lei da Segurança Social, na parte em que estabelece a impenhorabilidade das prestações devidas pelas instituições de segurança social.

A lei em questão define as bases em que assentam o sistema de segurança social previsto na Constituição e a acção social prosseguida pelas instituições de segurança social, bem como as iniciativas particulares não lucrativas de fins análogos aos daquelas instituições (artigo 1º). E o texto completo daquele artigo 45º é o seguinte:

## **Artigo 45º**

(Impenhorabilidade e intransmissibilidade das prestações)

1 - As prestações devidas pelas instituições de segurança social são impenhoráveis e intransmissíveis.

2 - A impenhorabilidade das prestações não se aplica em processo de execução especial por alimentos, relativamente a prestações substitutivas de rendimento e até um terço do seu montante.

O artigo 823º do Código de Processo Civil enumera bens e direitos que estão isentos de penhora. Dispõe, designadamente, o seguinte:

## **Artigo 823º**

(Bens relativa ou parcialmente impenhoráveis)

1 - Estão também isentos de penhora:

...

f) Dois terços das prestações periódicas pagas a título de aposentação, reforma, auxílio, doença, invalidez, montepio, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, e de outras pensões de natureza semelhante.

...

4 - As quantias e pensões a que se referem as alíneas e) e f) do nº 1 podem ser apreendidas até metade, quando a execução provenha de comedorias ou géneros fornecidos para alimentação do executado, do seu cônjuge ou de seus ascendentes ou descendentes. Nos casos restantes, a parte penhorável das quantias e pensões é fixada pelo juiz, segundo o seu prudente arbítrio e tendo em atenção as condições económicas do executado, entre um terço e um sexto.

3. Vê-se, pois, que as prestações devidas pelas instituições de segurança social têm um regime mais favorável para os respectivos titulares do que as prestações correspondentes pagas por outras entidades, públicas ou privadas: enquanto as primeiras são totalmente impenhoráveis, as segundas são penhoráveis até um terço, e, no caso de dívidas referentes a alimentação, até metade.

A questão está, assim, em saber, se da diferença de regimes entre aquelas e estas pensões, resulta para os beneficiários das prestações da segurança social uma situação de favor ou privilégio injustificado, de tal modo que se deva concluir ter sido criada pela lei uma diferenciação arbitrária ou discriminatória entre uns e outros, com ofensa do disposto no artigo 13º da Constituição.

4. Sobre uma situação semelhante, já a Comissão Constitucional se pronunciou, no Acórdão nº 479, de 25 de Março de 1983, publicado no Apêndice ao Diário da República de 23 de Agosto de 1983. A norma aí em exame era a da base XXVI da Lei nº 2115, de 18 de Junho de 1962 - diploma revogado justamente pela actual Lei nº 28/84, artigo 83º, nº 1 - segundo a qual "As prestações devidas aos beneficiários ou sócios das instituições de previdência social e seus familiares não podem ser cedidas a terceiros nem penhoradas, [...]".

Segundo a Comissão Constitucional, esta norma (bem como a norma idêntica do artigo 30º do Decreto nº 45.266, de 23 de Setembro de 1963), não violava o princípio da igualdade. Eis a argumentação que a este respeito era desenvolvida:

«É que a exclusão da penhorabilidade das pensões pagas aos beneficiários do regime geral de previdência (regime que abrange, do ponto de vista numérico, a maior parte dos Portugueses) não decorre de um puro \_capricho ou do arbítrio\_ do legislador, reflectindo antes a preocupação de conferir uma garantia absoluta à percepção de um rendimento mínimo de subsistência. Tal solução é perfeitamente compatível [...] com a nossa Constituição e o quadro de valores nela acolhidos, nomeadamente a defesa do bem-estar e a qualidade de vida das classes sociais mais desfavorecidas, a protecção decorrente do estabelecimento de um mínimo de subsistência (salário mínimo ou pensão previdencial sucedânea), a protecção nas situações de infortúnio ou de menor aptidão para conseguir os meios de subsistência a que todos têm direito.

O facto de tal norma não ter sido ainda consagrada no regime previdencial de outros cidadãos não a torna obviamente arbitrária ou irrazoável. Como se disse no citado Acórdão nº 458, a 'esta Comissão não cabe propriamente formular um juízo - positivo - a respeito da questão: cabe-lhe apenas uma verificação - negativa -, que consiste em saber se o juízo do legislador é em absoluto intolerável ou inadmissível, de uma perspectiva jurídico-constitucional, por não se encontrar para ele qualquer qualquer fundamento material'.

Ora, já vimos, não é esse o caso dos presentes autos. Não ocorre, assim, relativamente às normas desaplicadas, qualquer violação ao princípio constitucional da igualdade, já que não se verifica aí um caso de preceitos desprovidos de -justificação racional-, relativamente aos quais se pudesse encontrar uma desproporção ou inadequação no tratamento da situação fáctica a que vão aplicar-se, isto para utilizar fórmulas aplicadas em outras ocasiões pela Comissão».

5. O Tribunal Constitucional já considerou, e continua a considerar, esta conclusão como válida, no essencial, também em relação à norma do artigo 45º, nº 1, da Lei nº 28/84, desde que, como se disse no Acórdão nº 349/91 (Diário da República, II série, de 2 de Dezembro de 1991), "a pensão auferida pelo beneficiário da segurança social, tendo em conta o seu montante, reportado a um determinado

momento histórico, cumpra efectivamente a função inilidível de garantia de uma - sobrevivência minimamente condigna -, do pensionista".

A Constituição reconhece a todos os cidadãos o direito à segurança social, garantido por um sistema ou conjunto de medidas que visam protegê-los na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho - artigo 63º, n.os 1 e 4, da Constituição.

As bases em que assenta esse sistema de segurança social acham-se definidas na Lei nº 28/84, que consagra dois regimes de segurança social: o regime geral e o regime não contributivo. Um e outro concretizam-se em prestações garantidas como direitos - artigo 10º, nº 1, daquela lei.

O regime geral refere-se às prestações a atribuir nas eventualidades de doença, maternidade, acidente de trabalho e doença profissional, desemprego, invalidez, velhice, morte, encargos familiares e outros previstos na lei. Estão por ele abrangidos os trabalhadores independentes e os trabalhadores por conta de outrem - artigo 19º, nº 1, e artigo 18º. O montante das prestações substitutivas dos rendimentos do trabalho é determinado segundo um critério que assenta fundamentalmente no nível desses rendimentos, podendo, no entanto ser considerados o período das contribuições, os recursos do beneficiário ou do seu agregado familiar, o grau de incapacidade e os encargos familiares. Mas as pensões deste regime não podem ser inferiores ao montante mínimo estabelecido por lei, nem ao do regime não contributivo correspondente a idêntica eventualidade - artigo 26º.

O regime não contributivo refere-se apenas às prestações a atribuir para compensação de encargos familiares, e para protecção nas eventualidades de invalidez, velhice e morte. Estão por ele abrangidos os cidadãos nacionais em situações de carência económica e social não cobertas pelo regime geral (podendo ser extensivo a apátridas, refugiados e estrangeiros residentes em Portugal) - artigos 28º e 29º.

Fora daquele regime geral, a lei de bases deixou os regimes especiais de segurança social de certos trabalhadores, como os trabalhadores agrícolas, e principalmente os regimes de protecção social da função pública. Foi prevista a integração gradual daqueles regimes especiais no geral, e a unificação gradual das disposições que regulam as prestações correspondentes às diversas eventualidade no regime geral e no regime da função pública. Foi também prevista a integração, no regime geral, da protecção no desemprego e acidentes de trabalho - artigos 69º a 71º.

6. A impenhorabilidade das prestações atribuídas pelas instituições de segurança social representa um sacrifício do direito do credor, e portanto uma restrição ao direito à propriedade privada, garantido pelo artigo 62º, nº 1, da



Constituição; todavia, este sacrifício será legítimo na medida em que for necessário para assegurar a sobrevivência condigna do devedor. Conforme se expôs no Acórdão nº 232/91 (Diário da República, II série, de 17 de Setembro de 1991), esta conclusão deve extrair-se do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º da Constituição; no entanto, na parte em que a pensão exceda o necessário e adequado para assegurar esse mínimo de sobrevivência condigna, já não será constitucionalmente legítimo o sacrifício do direito do credor.

Mas não será, em todo o caso, arbitrária a distinção estabelecida aqui entre as pensões pagas pelas instituições da segurança social, em que o credor se vê confrontado com a impenhorabilidade, e as pensões atribuídas por outras entidades, como a Caixa Geral de Aposentações, em que tal impenhorabilidade se não verifica?

Entende este Tribunal que não.

Na verdade, e como já por várias vezes o Tribunal Constitucional mostrou (v., por todos o Acórdão nº 186/90, Diário da República, II série, de 12 de Setembro de 1990), o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13º da Constituição, não impede o legislador ordinário de distinguir situações, apenas proíbe o arbítrio legislativo, isto é, rejeita as distinções discriminatórias, sem um fundamento material bastante ou razoável.

Ora, como se ponderou no já citado Acórdão nº 349/91, "a consagração, pelo legislador, de um regime de impenhorabilidade total, salvo em processos de execução especial por alimentos, das prestações devidas pelas instituições de segurança social, que pelo seu montante, devem ser objectivamente consideradas como instrumento de garantia de uma -sobrevivência minimamente digna - do pensionista, não é materialmente infundada, irrazoável ou arbitrária". E, como também foi dito naquele Acórdão, se o legislador não estendeu o regime da impenhorabilidade às pensões atribuídas por instituições não pertencentes ao sistema da segurança social, bem poderá questionar-se se a inconstitucionalidade não estaria antes nas normas que não consagram o princípio da impenhorabilidade total para estas últimas, cujo montante se contenha dentro dos limites referidos.

Assim, e em conclusão, a norma em apreço será inconstitucional na medida - mas apenas na medida - em que consagra a impenhorabilidade de pensões cujo montante ultrapassa o mínimo necessário e adequado para garantir uma sobrevivência digna do pensionista. Nesta medida, ela consagra um privilégio materialmente infundado, face ao preceituado nas disposições conjugadas dos artigos 13º, nº 1, e 62º, nº 1, da Lei Fundamental.

7. Examinemos agora, a esta luz, a decisão do tribunal - a quo - (fls. 182).

Nela, ordenou-se a penhora de 1/3 da pensão "tendo em conta o montante indicado a fls. 181 [que era, em 1989, de 138.490\$00], o disposto no artigo 13 da Constituição Política e no art. 823, nº 1 - e) e 2 do Código Civil". Mais tarde, como vimos, o tribunal esclareceu que "decorre de tal despacho o entendimento de que o preceito invocado é inconstitucional, por violação do artigo 13 da Constituição da República".

Poderá aquele despacho ser interpretado de acordo com o entendimento do Tribunal Constitucional relativo à inconstitucionalidade apontada e ao âmbito desta?

Certamente que sim. O tribunal - a quo - teve em conta o montante da pensão, a norma do artigo 45, nº 1, da Lei nº 28/84 e as normas do Código de Processo Civil que estabelecem os critérios gerais de penhorabilidade de pensões; e, face à ponderação que fez dos elementos de facto, concluiu que a norma em causa, quando aplicada na concreta situação em apreço, violava o princípio constitucional da igualdade. Tal decisão respeita o critério de constitucionalidade aqui adoptado, e portanto não é passível de qualquer juízo de censura por parte do Tribunal Constitucional - ao qual falece a competência para apreciar os elementos de facto que a primeira instância teve em conta - ou, sequer, para apreciar a suficiência ou insuficiência de tais elementos nos autos.

Só há, pois, que confirmar essa decisão.

### III - DECISÃO

Assim, e pelo exposto, decide-se:

a) Julgar inconstitucional, por violação do preceituado nas disposições conjugadas dos artigos 13º, nº 1, e 62º, nº 1, da Constituição, a norma do artigo 45º, nº 1, da Lei nº 28/84, de 14 de Agosto (Lei da Segurança Social), apenas na medida em que isenta de penhora a parte das prestações devidas pelas instituições de segurança social que excede o mínimo adequado e necessário a uma sobrevivência condigna.

b) E, em consequência, negar provimento ao recurso.

Lisboa, 29 de Junho de 1993

Luís Nunes de Almeida

José de Sousa e Brito

Messias Bento

Fernando Alves Correia  
Bravo Serra  
José Manuel Cardoso da Costa

**Acórdão N.º 474/94 Proc. N.º 113/92**

**Sec. 1ª**

**Rel. Cons. Vítor Nunes de  
Almeida**

Acordam na 1ª Secção do Tribunal Constitucional:

I - RELATÓRIO:

1. - O Ministério Público junto da comarca do Porto deduziu acusação contra os arguidos **A.**, **B.**, **C.**, **D.**, **E.** e **F.**, imputando-lhes a co-autoria de um crime de burla, previsto e punido pelo artigo 315º, nº 1, alínea a), e nº 2, do Código Penal, tendo requerido o seu julgamento.

Os arguidos **E.**, **D.**, **F.** e **A.** notificados da acusação requereram a abertura de instrução e que se realizassem várias diligências.

Por despacho de 29 de Novembro de 1991, o juiz do processo declarou aberta a instrução e, no mesmo despacho, indeferiu as diligências requeridas com o fundamento que as considerava dispensáveis para os fins da instrução, invocando as normas dos artigos 291º e 301º, nº 3, do Código de Processo Penal (adiante, CPP).

Na parte relativa ao indeferimento do pedido de realização de diligências, os arguidos interpuseram recursos para a Relação do Porto, tendo os mesmos vindo a ser recebidos para subirem " com o recurso que eventualmente vier a ser interposto da decisão que tiver posto termo à causa, nos próprios autos, e sem qualquer efeito suspensivo (artigos 407º, nº 3, 406º, nº 1, e 408º, a contrario, (todos do Código de Processo Penal).

Os recorrentes reclamaram desta retenção dos recursos para o Presidente do Tribunal da Relação do Porto, aí tendo formulado as seguintes conclusões:

a) "O douto despacho de fls. 465, proferido pelo meritíssimo juiz a quo, que fixa o regime de subida diferido e sem qualquer efeito suspensivo, ao recurso interposto do douto despacho de fls. 417, que indeferiu, in toto, todas as diligências requeridas na fase de instrução, viola o artigo 32º, nºs 1 e 5 da Constituição da República, porquanto afecta injustificadamente as garantias de defesa dos arguidos e retira à

instrução a sua natureza de fase com estrutura acusatória pautada pelo princípio do contraditório;

b) O referido duto despacho de fls. 465, ora reclamado, viola, outrossim, o artigo 407º, nº 2 do C.P.P., porque a retenção dos recursos os torna absolutamente inúteis, como procurámos demonstrar supra.

c) O artigo 407º, nº 2 do C.P.P. será inconstitucional, por ofensa ao artigo 32º, nºs 1, 2, 4 e 5 da Constituição, caso seja interpretado no sentido de que o julgamento dos recursos interpostos na fase de instrução não será inútil se tal julgamento ocorrer após a decisão que puser termo à causa."

As reclamações apresentadas vieram a ser indeferidas pelo Presidente da Relação do Porto, em despacho de 30 de Janeiro de 1992, com o fundamento de que "a inutilidade denunciada dos recursos não acontece. Em verdade, se os recursos vierem, em consequência das suas subidas diferidas, a obterem, digamos, um provimento tardio, isso, apenas, obrigará a que sejam levados por diante as diligências requeridas (incluindo, se for caso disso, o julgamento), acabando por produzir a sua eficácia normal".

Foi contra este despacho que os arguidos **E.**, **A.**, **D.** e **F.** interuseram recurso de constitucionalidade para este Tribunal.

O arguido **E.**, no seu requerimento de interposição do recurso, refere que a norma questionada é a do artigo 407º, nº 1, alínea h) e nº 2 do Código de Processo Penal (adiante, CPP), enquanto que os restantes arguidos, em requerimento conjunto, referem que a norma questionada é a do artigo 407º, nº 2 daquele Código, por violar o artigo 32º, nºs 1, 2, 4 e 5 da Constituição.

**2.** - Produzidas as respectivas alegações neste Tribunal, o arguido **E.** formulou as seguintes conclusões:

"1ª - O despacho que indefere a realização de todas as diligências requeridas pelo arguido e recorrente viola os artigos 120º, nº 2 d), 286º, nº 1, 287º, nº 3 «in fine», 290º nº 1, 291º e 292º do CPP assim como o artigo 32º nºs 1 e 5 da Constituição, porquanto o Meritíssimo juiz «a quo» indeferiu a realização de diligências fundamentais para a descoberta da verdade que poriam em crise insanável a acusação do M.P., transformando a instrução numa mera formalidade de certificação e confirmação da acusação, violando os princípios do contraditório e a garantia de defesa do arguido no processo crime.

2ª - o prazo de 5 dias previsto no nº 1 do artigo 287º do CPP é manifestamente insuficiente para garantir aos arguidos consultar um processo com dezenas de volumes, que levou mais de 3 anos a formar na fase de inquérito.

Tal prazo de 5 dias a contar da notificação, não permite a análise cuidada de tão extenso processo e a conseqüente verificação dos actos e meios de prova

considerados no inquérito, e não é temporalmente adequado para permitir ao arguido carrear todos os meios de prova e requerer as diligências indispensáveis para a descoberta da verdade.

3ª - Assim sendo, o artigo 287º nº 1 do CPP, ao facultar apenas o prazo de 5 dias para que o arguido requeira a instrução, apresente meios de prova e solicite diligências com vista a evitar ser submetido a julgamento viola os n.ºs 1 e 5 do artº 32º da Constituição por não assegurar adequadamente as garantias de defesa do arguido e a plenitude do princípio do contraditório, sendo por isso materialmente inconstitucional.

4ª - Com o artº 291º do CPP o legislador pretendeu que o juiz de instrução perseguisse o apuramento da verdade. Cumpre ao juiz fundamentar, com clareza, as diligências que indefere, cabendo-lhe demonstrar que elas não interessam à instrução ou que são meramente dilatórias, o que no caso em apreço não se encontra feito.

5ª - Para o apuramento da verdade o Meritíssimo Juiz deveria ter ordenado a realização das diligências requeridas, única forma de não violar o assinalado artº 291º, nº 1 do CPP, o que é cominado com a nulidade prevista no artigo 120º nº2 do CPP. Nestes termos, sustentamos que o artº 287º nº1 do CPP é inconstitucional, por violar o artigo 32º nº1 da Constituição.

6ª - A decisão proferida pelo Venerando Tribunal da Relação do Porto, indeferindo a reclamação apresentada e confirmando o DOUTO DESPACHO DE FLS. 465 proferido pelo Meritíssimo juiz que fixa o regime de subida diferida e sem qualquer efeito suspensivo ao recurso interposto do despacho de fls. 417 que indeferiu TODAS as diligências requeridas na fase de instrução, viola o artigo 32º nº1 e 5 da Constituição da República, porquanto afecta injustificadamente as garantias de defesa do arguido e retira à instrução a natureza de fase com estrutura acusatória pautada pelo princípio do contraditório;

7ª - A decisão da Relação face à reclamação de fls., negando provimento à reclamação e confirmando na íntegra a decisão e interpretação do despacho de fls. 465, ora reclamado, viola igualmente o artigo 407º nº 1 h) e nº 2 do CPP, porque indeferir todas as diligências requeridas equivale a indeferir a abertura da instrução, e a retenção do recurso o torna absolutamente inútil, como se demonstrou;

8ª - O artº 407º nº 2 do CPP será inconstitucional por ofensa ao artº 32º, 1, 2, 4, 5, da Constituição da República, caso venha a ser interpretado no sentido de que o julgamento dos recursos interpostos na fase de instrução não será inútil se tal julgamento ocorrer após a decisão que puser termo à causa."

Termina o recorrente pedindo o provimento do recurso e o julgamento no sentido da inconstitucionalidade das normas em causa.

Também os arguidos **A.**, **D.** e **F.** apresentaram alegações, que concluíram pela forma seguinte:

"1ª O artº 407º, nº 2 do C.P.P, com a interpretação dada pelo Venerando Desembargador Presidente no seu douto despacho de fls. 66, lavrado nos autos de reclamação nº 97/82, do Tribunal da Relação do Porto, viola, designadamente, os artºs 1º, 2º, 13º, 16º, 20º e 32º da Constituição, porquanto, com essa interpretação, o artº 407º, nº 2 jamais permitirá aos arguidos fazer valer os seus direitos de defesa no processo crime, nomeadamente na fase de instrução, quando, nesta fase, lhes é negado o direito de pôr em crise a douta acusação pública;

2ª O artº 407º, nº 2 do C.P.P., com a interpretação dada pelo Venerando Desembargador da Relação do Porto viola os supra indicados normativos constitucionais pois potencia a submissão injustificada de arguidos a julgamento, a quem foram coarctadas, de forma intolerável, as garantias de defesa durante a fase de instrução e potencia que, no mesmo processo, os arguidos possam vir a ser julgados mais do que uma vez, o que é uma afronta inadmissível ao princípio da dignidade do cidadão.

3ª Só se concedem "todas as garantias de defesa" em processo crime quando a Ordem Jurídica regula um regime de subida e de julgamento tempestivo dos recursos, única via de se densificarem os direitos da defesa dos arguidos e de se buscar, com isso, a realização da justiça material."

Termina o recorrente pedindo que se julgue inconstitucional a interpretação feita do artigo 407º, nº 2 do CPP.

**3.** - Pelo arguido **A.** foi, entretanto, junto aos autos um parecer subscrito pelo Dr. **G.**, sobre a matéria dos autos.

**4.** - O Procurador-Geral adjunto em exercício neste Tribunal apresentou contra-alegações e aí formulou as seguintes conclusões:

" 1º - Não é inconstitucional, pois não viola qualquer princípio ou norma constitucionais, a norma do nº 2 do artigo 407º do Código de Processo Penal, interpretada como estabelecendo o regime de subida diferida para os recursos dos despachos que indefiram a realização de diligências probatórias na fase de instrução;

2ª Termos em que deve negar-se provimento ao recurso".

Corridos que foram os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

## II - FUNDAMENTOS:

**5.** - Importa, antes de mais, delimitar o âmbito do presente recurso.

Efectivamente, os recorrente notificados da acusação vieram requerer a abertura da instrução e a realização de diligências probatórias. O juiz, depois de declarar aberta a instrução, veio a indeferir, no mesmo despacho, tais diligências, com fundamento em que as considerava dispensáveis para os fins da instrução e designou, de imediato, data para o debate instrutório. Interposto recurso para a Relação deste despacho de indeferimento, o mesmo veio a ser recebido com efeito diferido, isto é, para subir "com o recurso que eventualmente vier a ser interposto da decisão que tiver posto termo à causa, nos próprios autos e sem efeito suspensivo". Apresentada reclamação desta retenção, com o fundamento que ela tornava os recursos inúteis, veio a mesma a ser indeferida pelo Presidente da Relação do Porto, que confirmou assim o despacho de admissão dos recursos.

Os presentes recursos visam o despacho que decidiu as reclamações pela retenção, considerada pelos recorrentes como violadora da Lei Fundamental pela interpretação feita, no despacho reclamado, do artigo 407º, nº 2 da C.P.P. no que se refere aos recursos interpostos de despachos que, em sede de instrução, indeferem o pedido de realização de novas diligências probatórias.

Verifica-se, porém, que o recorrente **E.** não só reputa o despacho reclamado como o despacho recorrido de inconstitucionais, como também invoca a inconstitucionalidade do artigo 287º, nº 1 e do nº 1, alínea h) do artigo 407º, ambos do CPP e ainda do nº 2 deste último preceito.

Os restantes recorrentes pedem que se declare a inconstitucionalidade do artigo 407º, nº 2 do CPP, por violação dos artigos 1º, 2º, 13º, 16º, 20º e 32º da Constituição.

Segundo uma jurisprudência uniforme do Tribunal, os recursos interpostos ao abrigo do artigo 70º, nº 1, alínea b), da Lei do Tribunal Constitucional, para serem admitidos devem ter como objecto a apreciação da conformidade constitucional de normas jurídicas (e nunca de decisões judiciais, enquanto tais), que tenha sido suscitada «durante o processo» e que tenham sido aplicadas na decisão, isto é, tenham sido um suporte normativo essencial de tal decisão.

Ora, no caso em apreço, é manifesto que a decisão recorrida não aplicou nem a norma do artigo 287º, nº 1, do CPP (que fixa em 5 dias o prazo para se requerer a abertura da instrução), nem aplicou também a norma do artigo 407º, nº 1, alínea h) do mesmo código (que manda subir imediatamente os recursos interpostos do despacho que indeferir o requerimento para a abertura da instrução), uma vez que

a reclamação apresentada visava unicamente a alteração dos efeitos, fixados pelo despacho reclamado, do recurso da parte do mesmo despacho que indeferiu o pedido de realização de novas diligências probatórias.

Assim, não tendo sido aplicadas no despacho recorrido as normas dos artigos 287º, nº 1 e 407º, nº 1, alínea h), do CPP não é possível conhecer, nesta parte, do recurso interposto, sendo também de não conhecer do mesmo na medida em que consideram inconstitucionais os despachos reclamado e recorrido.

Portanto, é objecto do presente recurso de constitucionalidade apenas a norma do artigo 407º, nº 2 do CPP, que manda subir imediatamente os recursos cuja retenção os tornaria absolutamente inúteis, na interpretação da decisão recorrida, ou seja, com o sentido de que ela não abrange os recursos de despachos que indefiram a realização de diligências probatórias na fase de instrução.

**6.** - A norma em causa, na interpretação referida, violaria, segundo o recorrente **E.**, o preceito do artigo 32º da Constituição, nos seus números 1, 2, 4 e 5, ou seja, o princípio do asseguramento de todas as garantias de defesa pelo processo criminal (nº1), o princípio da presunção de inocência (nº2), o princípio da reserva do juiz para os actos instrutórios que se prendam com os direitos fundamentais (nº4) e o princípio da estrutura acusatória do processo criminal (primeira parte do nº 5) e da subordinação de certos actos que a lei determinar ao princípio do contraditório (segunda parte do nº 5).

Pelo seu lado, os recorrentes **A.**, **D.** e **F.** consideram que a norma viola os artigos 1º, 2º, 13º, 16º, 20º e 32º da Constituição, embora das suas alegações decorra que tal violação se centra, por forma efectiva, na violação das garantias de defesa, por um lado, e, por outro, na afronta do princípio da dignidade do cidadão que constituiria a possibilidade de os arguidos poderem vir a ser julgados por mais de uma vez.

Vejamos se têm razão.

**7.** - A questão de constitucionalidade que vem suscitada prende-se com os efeitos atribuídos ao recurso levantado de um despacho que, em processo crime e em matéria de instrução, decide indeferir todas as diligências requeridas pelos arguidos com o pedido de abertura da instrução.

Enquanto que a decisão recorrida, confirmatória de outra submetida a reclamação para o Presidente do tribunal a que o recurso se dirige, decidiu que tal recurso não deveria subir imediatamente por a sua retenção o não tornar absolutamente inútil, os recorrentes têm entendimento diverso e defendem que a interpretação da decisão recorrida afecta as garantias de defesa dos arguidos e o princípio da dignidade do cidadão ínsito no princípio do Estado de direito democrático.



Em matéria de direito penal, a Constituição garante aos arguidos que o processo penal lhes assegura «todas as garantias de defesa», ou seja, todos os direitos e instrumentos necessários para o arguido defender a sua posição e contrariar a acusação.

Um dos meios ou uma das expressões do direito de defesa é o direito de recorrer (cfr. Acórdão nº 8/87, in "Acórdãos do Tribunal Constitucional", 9º Vol., pg. 229), precisando todavia a jurisprudência do Tribunal que, ressalvado o «núcleo essencial» do direito de defesa centrado no direito de recorrer da sentença condenatória e dos actos judiciais que privem ou restrinjam a liberdade do arguido ou afectem outros direitos fundamentais seus, o direito do recorrer pode ser restringido ou limitado em certas fases do processo, podendo mesmo não ser admitido relativamente a certos actos do juiz (v.g., despacho que designa dia para julgamento em processo correcional- acórdão nº 31/87, (ibidem, pg. 463), nem garantir um triplo grau de jurisdição (Acórdão nº 178/88, in " Acórdãos do Tribunal Constitucional", 12º Vol., pg.569).

No caso em apreço, o direito de recurso está garantido, na medida em que o recurso foi admitido. Toda a questão resulta, porém, do facto de que, admitido embora o recurso, como o não foi para subir imediatamente não suspende o andamento do processo, que continuará os seus termos normais, já que o recurso apenas será apreciado quando subir e for apreciado o recurso que vier a ser interposto da decisão final.

Poderá, assim, dizer-se que a subida diferida do recurso interposto de decisão que indefere a realização das diligências requeridas com o pedido de abertura da instrução em processo penal viola de forma inadmissível as garantias de defesa do arguido?

A resposta não pode deixar de ser negativa.

**8.** - Com efeito, visando a instrução a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito, em ordem a submeter ou não a causa a julgamento (artigo 286º, nº 1), o juiz deve indeferir, por despacho, "os actos requeridos que não interessem à decisão da causa ou servirem apenas para protelar o andamento do processo e pratica ou ordena officiosamente aqueles que considera úteis" (artigo 291º, nº 1, 2º período).

Conclui-se deste normativo transcrito que o juiz não está obrigado, na instrução, a realizar todas as diligências que lhe forem requeridas, e que, embora não lhe seja também conferido um poder totalmente discricionário, deve ordenar a realização das diligências necessárias à realização das finalidades próprias da instrução.

A subida diferida de recursos assenta claramente numa exigência de celeridade processual - como bem refere, nas suas alegações, o Procurador-Geral

adjunto - que em processo penal é um "valor constitucionalmente relevante". Assim, fazendo a lei processual penal subir imediatamente apenas os recursos cuja utilidade se perderia em absoluto se a subida fosse diferida, obvia-se a que a tramitação normal do processo seja afectada por constantes envios do processo à segunda instância para apreciação de decisões interlocutórias e, por outro lado, pode vir a evitar-se o conhecimento de muitos destes recursos que podem ficar prejudicados no seu conhecimento pelo sentido da decisão final.

É certo que o provimento de um recurso deste tipo leva à inutilização dos actos processuais que forem praticados após a sua interposição e que estejam na dependência do acto ou despacho recorrido.

Importa aqui, porém, acentuar que o regime de subida diferida em nada diminui as garantias de defesa do arguido que, face ao provimento do recurso, sempre verá a sua posição ser reconhecida jurisdicionalmente.

Acresce que - conforme se refere no Acórdão nº 338/92 (ainda inédito), citando o Acórdão nº 31/87 - "a Constituição não estabelece qualquer direito dos cidadãos a não serem submetidos a julgamento, sem que previamente tenha havido uma completa e exaustiva verificação de existência de razões que indiciem a sua presumível condenação. O que a Constituição determina no nº 2 do artigo 32º é que todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, pelo que o simples facto de se ser submetido a julgamento não pode constituir, só por si, no nosso ordenamento jurídico, um atentado ao bom nome e reputação."

Deve, por isso, concluir-se que a subida diferida de um recurso de despacho que indefira a realização de diligências na fase de instrução não afronta o princípio das garantias de defesa do arguido nem o princípio da dignidade do cidadão pela sua submissão ao julgamento penal.

**9.** - Tal regime de subida de recurso não viola também, manifestamente, o princípio da presunção de inocência do arguido uma vez que o modo de subida de tal recurso não altera por qualquer forma o estatuto do arguido, antes permite que, com um julgamento mais célere, se defina, de modo terminal, a posição do arguido face aos factos apurados.

A garantia de acesso ao direito e aos tribunais (artigo 20º da CRP) não fica também afectada pelo referido regime de subida do recurso em causa.

Com efeito, o direito de acesso aos tribunais, na modalidade de direito ao recurso, está garantido pela subida do recurso com o que for interposto da decisão final e, na modalidade de direito a um julgamento rápido, no mais curto prazo, fica também tal direito garantido por essa forma de subida do recurso, em que não é posta em crise nem a privação ou restrição da liberdade dos arguidos nem de outros direitos fundamentais.

Quanto ao nº 4 do artigo 32º que o recorrente **E.** diz violado, parece clara a inexistência de qualquer violação de tal normativo uma vez que a instrução foi presidida por um juiz.

Não ocorre também a violação do princípio do acusatório e do contraditório constantes do nº 5 do artigo 32º da Constituição. Com efeito, não se descortina de que forma tais princípios possam ser violados pela interpretação dada ao nº 2 do artigo 407º do CPP, no sentido de não abranger (isto é, de não admitir a sua subida imediata) os recursos dos despachos que indefiram a realização de diligências probatórias na fase de instrução.

O princípio do acusatório enquanto distinção entre instrução, acusação e julgamento não é afectado pela interpretação feita nos autos, verificando-se também o controlo judicial da acusação.

O princípio do contraditório tem como conteúdo essencial não dever ser aceite nem na audiência nem em nenhuma decisão interlocutória, uma prova sobre a qual não tenha sido dada à parte uma ampla e efectiva possibilidade de discutir e contrastar, estando subordinados a este princípio não só a audiência de julgamento como também os actos instrutórios que a lei determinar.

Da norma do nº 5 do artigo 32º da Constituição (segunda parte) não resulta porém que tenha de haver sempre uma instrução nos termos previstos do artigo 287º do CPP, gozando o legislador de grande liberdade na determinação dos actos instrutórios que tenham de ficar subordinados ao princípio do contraditório. Não poderá o legislador deixar de ter presente que no processo criminal o arguido tem de ser sempre respeitado na sua dignidade de pessoa (cfr. o ponto 6. da declaração de voto aposta ao Acórdão nº 456/93, deste Tribunal, in DR, I Série-A, de 9 de Setembro de 1993).

Ora, da admissibilidade do recurso em causa com subida diferida não sai ferido o princípio do contraditório.

Não tem também que se considerar a alegada violação do princípio da igualdade: esta violação vem imputada directamente ao despacho que recusou a realização das diligências e não ao despacho objecto de reclamação (de fls. 465) ou ao despacho recorrido que o confirmou. Com efeito, os arguidos que recorrem conjuntamente consideram que "é arbitrário e discriminatório [o despacho de fls. 417] pois fundamenta a não realização da instrução ao recusar as diligências requeridas, no facto de o inquérito ter demorado imenso tempo".

Ora, se, em pura hipótese, puder ter algum sentido a invocação da violação do princípio da igualdade relativamente ao despacho que indeferiu a realização das diligências, já o mesmo não sucede quanto ao despacho recorrido e quanto ao despacho que ele confirmou relativamente à forma de subida do recurso em questão: não pode aqui falar-se de tratamento arbitrário ou discriminatório, uma vez

que a subida diferida tem como fundamento o facto - perfeitamente razoável e justificante - de não haver perda absoluta de utilidade processual do próprio recurso.

Tem, assim, de se concluir que a interpretação feita na decisão recorrida do artigo 407º, nº 2 do Código de Processo Penal, ao considerar como não sendo absolutamente inúteis os recursos de despacho que indefira o pedido de realização de diligências em fase de instrução, se subirem, forem instruídos e julgados conjuntamente com o recurso interposto da decisão que tiver posto termo à causa, não viola qualquer princípio ou norma constitucional, designadamente, os artigos 1º, 2º, 13º, 16º, 20º e 32º da Constituição da República.

### III - DECISÃO:

**10.** - Nestes termos, decide-se negar provimento aos recursos dos arguidos **E.**, **A.**, **D.** e **F.** e, em consequência, confirmar o despacho recorrido.

Lisboa, 1994.06.28

Vítor Nunes de Almeida

Armindo Ribeiro Mendes

Antero Alves Monteiro Dinis

Maria da Assunção Esteves

Alberto Tavares da Costa

José Manuel Cardoso da Costa

## **Acórdão N.º 130/95**

**Proc. nº 513/94**

**1ª Secção**

**Rel. Cons. Ribeiro Mendes**

Acordam na 1ª Secção do Tribunal Constitucional:

**1.** No Tribunal Judicial de Faro, o Agente do Ministério Público instaurou execução por custas contra **A.**, por apenso a um processo de querela, pretendendo a cobrança da quantia de 26.000\$00 em dívida ao Estado. A execução foi instaurada em Dezembro de 1993 e, como o executado reside em Lisboa, foi enviada carta precatória para penhora de bens deste último no local da residência.

Entretanto, acabou por ser decretada a penhora sobre um sexto da pensão que o executado recebe do Centro Nacional de Pensões. Notificado do despacho

a ordenar descontos, veio este organismo suscitar a questão da impenhorabilidade absoluta das pensões pagas por ele, nos termos do art. 45º, nº 1, da Lei nº 28/84, de 14 de Agosto. Informou ainda que a pensão mensal paga ao executado atingia o valor de 172.430\$00. Perante ste ofício, o Agente do Ministério Público requereu que se mantivesse a penhora, alegando que a norma invocada pelo Centro Nacional de Pensões era parcialmente inconstitucional, nos termos do julgamento constante do acórdão nº 411/93 do Tribunal Constitucional.

Sobre este requerimento, foi proferido despacho a manter a penhora, acolhendo-se o juízo de inconstitucionalidade. Pode ler-se neste despacho:

"Preceitua o art. 45 da Lei 28/84, de 14/8, que as prestações devidas pelas instituições de segurança social são impenhoráveis, excepto em processos de execução especial por alimentos, relativamente a prestações substitutivas de rendimento e até 1/3 do seu montante.

Quanto às prestações pagas por outras entidades a título de aposentação, reforma, doença e invalidez são penhoráveis até 1/3 - art. 823, nº 1, f) do C.P. Civil.

Ora, conforme decidiu o T.C. nos Acs. 349/91 e 411/9[3] (vide D.R. II Série de 2-12-91 e de 19-1-94), a diferença de regimes entre as pensões devidas pela Segurança Social e as devidas por outras entidades cria uma situação de favor ou privilégio injustificado para os beneficiários das prestações de segurança social, tendo a lei (art. 45 nº 1 da Lei 28/84) criando uma diferenciação infundada, com ofensa dos arts. 13, nº 1 e 62, nº 1 da C. Rep. Portuguesa (esta última disposição tutela o direito do credor à satisfação do seu crédito).

Assim, o art. 45, nº 1, da Lei 28/84, na medida em que isenta de penhora as prestações devidas pelas instituições de segurança social, na parte (e só nesta) que excede o mínimo adequado e necessário a uma sobrevivência condigna do pensionista, é inconstitucional, por violação das citadas normas da Constituição.

Ora, o executado/pensionista auferia a quantia mensal de 172.430\$00.

Assim, a penhora de 1/6 desse montante ordenada nos autos não colide com o mínimo adequado e necessário à sua sobrevivência, pois que sempre lhe restará uma quantia equivalente a três salários mínimos nacionais."

Deste despacho interpôs em tempo recurso de constitucionalidade o Agente do Ministério Público, ao abrigo da alínea a) do nº 1 do art. 70º da Lei do Tribunal Constitucional, indicando que deveria subir após ter sido efectuada a penhora, em separado e com efeito devolutivo.

O recurso foi admitido por despacho de fls. 3 do respectivo apenso.

**2.** Subiram os autos ao Tribunal Constitucional.

Apenas alegou a entidade recorrente, concluindo essa peça do seguinte modo:

"1º - É inconstitucional a norma constante do artigo 45º, nº 1, da Lei nº 28/84, de 14 de Agosto, na medida em que isenta de penhora a parte das prestações devidas pelas instituições de segurança social que excede o mínimo adequado e necessário a uma sobrevivência condigna.

2º - A pensão de reforma de 172.430\$00, percebida pelo executado, atendendo às circunstâncias concretas do caso, não é, na sua totalidade, essencial à garantia do mínimo de sobrevivência condigna, sendo, como tal, susceptível de penhora parcial." (a fls. 19 dos autos)

**3.** Foram dispensados os vistos, dada a simplicidade da causa. Por não haver motivo que a tal obste, passa a conhecer-se do objecto do recurso.

**4.** Constitui objecto do presente recurso de constitucionalidade o segmento da norma do art. 45º, nº 1, da Lei nº 28/84, de 14 de Agosto (Lei da Segurança Social), que foi desaplicado, com fundamento em inconstitucionalidade, pelo despacho recorrido.

Dispõe esse art. 45º:

"1 - As prestações devidas pelas instituições de segurança social são impenhoráveis e intransmissíveis.

2 - A impenhorabilidade das prestações não se aplica em processo de execução especial por alimentos, relativamente a prestações substitutivas de rendimento e até um terço do seu montante.

O segmento da norma do nº 1 do artigo 45º da Lei nº 28/84 julgado inconstitucional foi o que estende a impenhorabilidade absoluta à parte da pensão que excede o mínimo adequado e necessário a uma sobrevivência condigna do pensionista.

**5.** Não merece censura este juízo de inconstitucionalidade, feito com base na fundamentação constante dos acórdãos nºs 349/91 e 441/93, ambos da 2ª Secção do Tribunal Constitucional (publicados no Diário da República, II Série, nºs 277, de 2 de Dezembro de 1991, e nº 15, de 19 de Janeiro de 1994, respectivamente). No primeiro destes acórdãos, fez-se referência à doutrina do Acórdão nº 479 da Comissão Constitucional (publicado no Boletim do Ministério da Justiça, nº 327, pág. 415, ou no Apêndice ao Diário da República, de 23 de Agosto de 1983) - que se pronunciara pela não - inconstitucionalidade da norma análoga constante de legislação anterior - e considerou-se que tal doutrina se mantinha "válida na sua ideia essencial para a norma do nº 1 do artigo 45º da Lei nº 28/84, desde que a pensão auferida pelo beneficiário da segurança social, tendo em conta o seu montante, reportado a um determinado momento histórico, cumpra efectivamente a função

inilidível de garantia de uma sobrevivência minimamente condigna do pensionista. Ora, é esse insofismavelmente o caso dos autos, já que o quantitativo da pensão social percebida pelo executado não era susceptível de ser comprimido, por efeitos da sua penhora parcial, sob pena de ser posta em causa a subsistência do executado". Em contrapartida, existia "um segmento ou dimensão daquela norma que é claramente inconstitucional por violação do princípio da igualdade do artigo 13º da Constituição: a norma será certamente inconstitucional naquela parte em que estende a aplicação do princípio da impenhorabilidade total às prestações devidas pelas instituições de segurança social, cujo montante ultrapasse manifestamente aquele mínimo entendido como necessário para garantia de uma sobrevivência digna do pensionista". No outro segmento ideal, a norma não estava afectada por inconstitucionalidade.

No acórdão nº 411/93, numa situação de desaplicação da parte da norma idêntica ao caso sub judicio, afirmou-se que o juiz recorrido havia feito uma ponderação dos elementos de facto (nomeadamente do valor da pensão mensal) e havia concluído "que a norma em causa, quando aplicada na concreta situação em apreço, violava o princípio constitucional de igualdade". E, depois, entendeu-se que a decisão recorrida respeitava o critério de constitucionalidade adoptado pelo Tribunal Constitucional, não sendo, por isso, "passível de qualquer juízo de censura por parte do Tribunal Constitucional - ao qual falece a competência para apreciar os elementos de facto que a 1ª instância teve em conta - ou, sequer, para apreciar a suficiência ou insuficiência de tais elementos nos autos" (uma aplicação desta doutrina, foi feita implicitamente pelo acórdão nº 94/95, da 1ª Secção do Tribunal Constitucional, ainda inédito, em que estava em causa uma questão de natureza processual respeitante a um recurso interposto pelo Ministério Público ao abrigo da alínea g) do nº 1 do art. 70º da Lei do Tribunal Constitucional).

Ora, face a esta orientação jurisprudencial firme, não merece censura o julgamento de inconstitucionalidade feito no despacho recorrido, não tendo o Tribunal Constitucional que sindicar o juízo feito pelo Senhor Juiz a quo sobre o montante da pensão percebida, em termos de permitir a penhora de um sexto dessa pensão.

**6.** Nestes termos e pelos fundamentos expostos, decide o Tribunal Constitucional negar provimento ao recurso.

Lisboa, 14 de Março de 1995

Armindo Ribeiro Mendes

Antero Alves Monteiro Dinis

Maria Fernanda Palma

Maria da Assunção Esteves  
Alberto Tavares da Costa  
Vítor Nunes de Almeida  
José Manuel Cardoso da Costa

**Acórdão N.º 474/95**

**Proc. nº 518/94**

**2ª Secção**

**Relator: Cons. Luís Nunes de Almeida**

Acordam na 2ª Secção do Tribunal Constitucional:

I - RELATÓRIO

1. O Ministério Público promoveu o cumprimento do pedido de extradição de **A.** cidadão brasileiro que os Estados Unidos da América através da sua embaixada em Lisboa solicitaram ao Governo português para aí ser julgado sob a acusação de tráfico organizado de cocaína do Brasil para os Estados Unidos e de distribuição do mesmo produto neste país entre 1974 e 1987 crimes previstos e puníveis nos termos do disposto nos artigos 841 (a) (1) 846 952 e 963 do United States Code e pelos quais havia sido pronunciado por um júri de instrução do Distrito Leste de Nova Iorque.

Como àqueles crimes correspondesse a «pena de prisão com limite mínimo de 10 anos e máximo de prisão perpétua» logo com o pedido de extradição foi feito saber que «a pena normal para o tipo de crimes» em causa era «de entre cinco e dez anos» e que «até ao presente ninguém foi condenado à pena de prisão perpétua por este tipo de crime» e que no caso vertente «o governo não pedirá uma pena de prisão perpétua».

Consequentemente na sua promoção o Ministério Público entendeu que apesar de o nº 1 da alínea e) do artigo 6º do Decreto-Lei nº 43/91 de 22 de Janeiro estipular que o pedido tem de ser recusado quando o facto a que respeita for punível com pena de prisão perpétua a extradição deveria ser concedida por o nº 2 alínea c) do mesmo artigo referir que ainda nesse caso se deve manter a cooperação se o auxílio solicitado se fundar na relevância do acto para «presumível não aplicação dessa pena» e existir nos autos a garantia diplomática de que não seria pedida a condenação a prisão perpétua.



Ao deduzir a oposição ao pedido de extradição o extraditando logo referiu que a alínea c) do nº 2 do artigo 6º do Decreto-Lei nº 43/91 seria inconstitucional na interpretação sustentada pelo MºPº (sendo certo que a interpretação correcta daquela disposição consistiria em o auxílio ou cooperação ali previstos não valerem para os casos de extradição). E para além do mais arguiu a extinção penal por já ter sido absolvido dos mesmos crimes no Brasil invocando o princípio do ne bis in idem com consagração constitucional mas não acusando concretamente qualquer norma de sofrer de inconstitucionalidade.

Posteriormente foi junto aos autos um ofício remetido por um Procurador dos Estados Unidos reiterando que não pediria a pena de prisão perpétua e que o juiz a quem havia sido distribuído o caso **A.** lhe tinha comunicado que em caso de condenação não impor a pena de prisão perpétua.

Reagindo à junção deste documento o extraditando reafirmou que a Constituição e a lei consignam «a ideia de que nos ordenamentos jurídicos onde ao crime que sustenta o pedido corresponda a pena de morte ou prisão perpétua não será consentida a extradição haja ou não garantias de não aplicação ao caso concreto daquela moldura penal».

Por acórdão de 10 de Maio de 1994 o Tribunal da Relação de Lisboa deferiu a pretendida extradição argumentando no que ora nos importa quer com a mencionada interpretação já efectuada pelo MºPº do artigo 6º nº 2 alínea c) do Decreto-Lei nº 43/91 quer com o facto de o artigo 33º da CRP só proibir a extradição por crimes a que corresponda pena de morte o que afastaria qualquer eventual inconstitucionalidade.

**2.** Deste acórdão recorreu o extraditando para o Supremo Tribunal de Justiça entre outras coisas insistindo na impossibilidade de extradição quando o país requerente preveja a pena de prisão perpétua para o tipo legal de crime que fundamenta a extradição bem como na inconstitucionalidade da referida norma da alínea c) do nº 2 do artigo 6º do Decreto-Lei nº 43/91 quando interpretado como o fora pelo tribunal a quo.

Nas contra-alegações o MºPº sustentou a confirmação do acórdão recorrido. E igual posição foi assumida quando do visto no STJ aí reforçada com novos documentos provenientes das autoridades dos Estados Unidos. Segundo estes documentos o juiz encarregado do processo naquele país havia proferido em 27 de Abril a seguinte decisão (fls. 479):

1. Após a extradição o réu **A.** será julgado pelos crimes de que é acusado no processo número CR 87-146(S-3) por fazer parte de um conluio para importar distribuir e estar de posse com a intenção de distribuir grandes quantidades de cocaína constituindo uma violação aos Títulos 18 Código dos Estados Unidos Secções 841(a)(1) e 846; e

2. Se for condenado a sentença a ser imposta será a prevista no Título 18 Código dos Estados Unidos Secção 841(b)(1)(C) o qual dispõe que a pena máxima a aplicar é de 20 anos uma multa de 1 000 000 de dólares ou ambas.

Acrescentavam ainda os mesmos documentos:

A lei dos Estados Unidos permite estabelecer acordos antes de pronunciada a sentença. O Artigo 11(e) da Lei Federal dos Processos Criminais diz em parte o seguinte:

(1) Em geral. O Procurador e o advogado representando o réu ... podem encetar conversações com vista à satisfação de um acordo depois de acordada pelo réu a admissão de culpa (plea of guilty) ou "nolo contendere" em relação a uma determinada violação da lei ...

O Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América acordou há mais de 20 anos que uma vez que o Governo faça uma promessa ao réu sobre a pena a imputar o réu pode recorrer se o Governo não mantiver a promessa. Santobello v. New York 92 S.Ct. 495 404 U.S. 257 30 L.Ed. 2d 427 (1971). Em suma o Governo compromete-se perante o réu. Esta é uma lei bem definida. Aplica-se em qualquer processo criminal nos Estados Unidos.

Estes documentos já tinham sido apresentados na Relação e aí se ordenara que fossem desentranhados; mas foram novamente apresentados no STJ que os admitiu muito embora não tenha notificado o extraditando da sua junção aos autos por os considerar «mera confirmação» do que já constava dos autos pelo que o mesmo extraditando antes da decisão não se pôde pronunciar sobre tais documentos e suas implicações .

Mas foi em face destes novos elementos que afinal o Supremo Tribunal avaliou a situação à luz da disposição do artigo 6º nº 1 alínea e) do Decreto-Lei nº 43/91 que proíbe a extradição quando «o facto a que respeita for punível com pena de morte ou com pena de prisão perpétua» concluindo que agora o crime já não se podia considerar como sendo punível com prisão perpétua pelo que ficava prejudicada a aplicação da disposição do nº 2 alínea c) do mesmo artigo.

Mas só pôde concluir assim porque interpretou implicitamente aquele nº 1 alínea e) no sentido de que os factos e a correspondente moldura penal abstracta a ter aí em conta para decidir a extradição não eram os referidos inicialmente no processo em que tal extradição fora pedida mas sim os factos e a moldura penal abstracta pelos quais por decisão do juiz o arguido viria a ser efectivamente submetido a julgamento nesse processo.

E nesta conformidade o STJ negou provimento ao recurso confirmando o deferimento do pedido de extradição considerando ainda além do mais que não se

havia provado a identidade entre os factos a que respeita o presente processo em curso nos Estados Unidos e o processo em que o extraditando foi absolvido no Brasil pelo que se não podia concluir pela extinção do procedimento criminal.

**3.** Inconformado o extraditando interpôs recurso para o Tribunal Constitucional invocando a inconstitucionalidade da norma da alínea e) do nº 1 do artigo 6º do Decreto-Lei nº 43/ 91 tal como interpretada pelo Supremo.

Distribuídos os autos neste Tribunal o relator lavrou parecer liminar no sentido de que tal recurso não podia ser admitido uma vez que o recorrente nunca suscitara durante o processo a questão da inconstitucionalidade daquela norma mas sim a do artigo 6º nº 2 alínea c) do mesmo decreto-lei. Todavia veio a ser ordenado o prosseguimento do recurso pelo Acórdão nº 60/95 por se entender que o recorrente não havia tido oportunidade de suscitar no momento adequado a inconstitucionalidade da norma da alínea e) do nº 1 do artigo 6º e ainda porque no fundo se encontra sempre substancialmente em causa a mesma norma desde o início questionada quanto à sua constitucionalidade pelo recorrente - isto é «a norma que proibindo a extradição no caso de os factos que fundamentam tal extradição serem puníveis com prisão perpétua segundo a moldura penal abstracta que de acordo com a lei é aplicável à partida no processo a permite no entanto quando apesar disso for previsível (ou certa) a sua não aplicação no caso concreto».

**4.** Nas suas alegações neste Tribunal o recorrente pede que se decrete a inconstitucionalidade da interpretação feita pelo tribunal a quo acerca da estrutura normativa resultante da relação incindível entre as alíneas e) e f) do nº 1 e as alíneas a) e c) do nº 2 ambos do artigo 6º do Decreto-Lei nº 43/91 em virtude de essa interpretação ser violadora dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade sendo que o contexto concreto da sua relação com caso julgado anterior permite também chamar à colação a violação do artigo 29º nº 5 da Constituição (princípio do ne bis in idem).

Por seu turno o Ministério Público contra-alegou sustentando que a questão da violação do ne bis in idem excedia o objecto do processo não merecendo censura o aresto recorrido quanto à questão de inconstitucionalidade que aqui cumpre resolver.

**5.** Entretanto foi tirado pelo plenário deste Tribunal o Acórdão nº 417/95 de que se encontra junta cópia nos autos.

Aí se entendeu que a proibição de extradição quando ao crime corresponda pena de morte segundo o direito do Estado requisitante (artigo 33º nº 3 da CRP) excluía a possibilidade dessa extradição ser concedida havendo apenas garantia da sua substituição. Isto porque a expressão «segundo o direito do Estado requisitante» tem de «entender-se como sendo o direito internamente vinculante desse Estado constituído tão só pelo respectivo corpo de normas penais de que conste a possibilidade abstracta da pena de morte e por quaisquer mecanismos - e

só eles - que se inscrevam vinculativamente no direito e processo criminais ainda que decorrentes do direito constitucional ou do direito jurisprudencial do Estado requisitante dos quais resulte que a pena de morte não será devida no caso concreto porque nunca poderá ser aplicada (pense-se como mera hipótese académica em preceitos legais do tipo do artigo 16º n.ºs 3 e 4 do nosso Código de Processo Penal vigente ...)).

Na sequência deste acórdão e tendo em conta a jurisprudência nele fixada em plenário lavrou o relator despacho mandando notificar o M<sup>o</sup>P<sup>o</sup> para «vir fazer prova nos autos de que a decisão do juiz norte-americano transcrita a fls. 478 a 484 e a que se refere o aresto recorrido do STJ fez caso julgado no respectivo processo em termos de ser juridicamente vinculante para o juiz interno competente para o julgamento o qual ficará conseqüentemente juridicamente impedido - de acordo com o direito e processo criminais ainda que decorrentes do direito constitucional ou do direito jurisprudencial do Estado requisitante - de vir a condenar o ora recorrente no caso concreto às penas de morte ou de prisão perpétua as quais nunca poderão ser aplicadas».

O Ministério Público veio então a juntar aos autos uma declaração de um Procurador Federal Assistente dos Estados Unidos que relativamente à questão de saber se a «ordem» do juiz do processo era ainda recorrível esclareceu que por um lado o gabinete do Procurador «não tenciona interpor recurso da decisão proferida na ordem» até porque ela foi emitida a seu pedido e que por outro lado «a única parte interessada em recorrer» da mencionada ordem o arguido **A.** só o faria «na hipótese pouco provável de querer enfrentar uma pena de prisão superior» à nela determinada sendo certo que a ordem em causa «não é revogável por qualquer outro Juiz do Tribunal Distrital dos Estados Unidos ou Magistrado dos Estados Unidos do Distrito Leste de Nova Iorque». Quanto à questão de saber se a mesma ordem «é vinculante para outros juizes competentes para o julgamento (...) no sentido de serem impedidos de aplicar a pena de prisão perpétua no caso» de o arguido vir a «ser condenado pelos factos constantes do despacho de pronúncia» e de já não ser o mesmo juiz a aplicar a pena nesse julgamento a mesma declaração referiu que «dentro do contexto da Constituição dos Estados Unidos os juizes devem ser imparciais em relação aos processos que lhes são atribuídos. Assim não é possível aos juizes assinar declarações sobre processos pendentes. Os juizes podem emitir ordens quando solicitados pelas partes interessadas nos processos pendentes» como a ordem emitida neste caso e que continua em vigor; por outra banda como o processo foi distribuído ao Juiz **B.** será ele que aplicará a pena se o arguido vier a ser condenado sabendo-se que foi ele que «aplicou as penas para cada um dos co-arguidos neste processo muitos dos quais foram considerados culpados ou confessaram-se culpados das acusações que lhes foram deduzidas no despacho de pronúncia» não tendo nenhum deles sido condenado à pena de prisão perpétua.

Pronunciando-se sobre os documentos juntos pelo M<sup>o</sup>P<sup>o</sup> o recorrente conclui que não foi feita a prova que havia sido pedida e juntou documentos tendentes a comprovar a identidade entre o processo que corre termos nos Estados Unidos e aquele em que foi absolvido no Brasil.

Tudo visto cumpre decidir.

## II - FUNDAMENTOS

**6.** O objecto do presente recurso circunscreve-se como resulta do teor do Acórdão n<sup>o</sup> 60/95 à questão da inconstitucionalidade da norma da alínea e) do n<sup>o</sup> 1 do artigo 6<sup>o</sup> do Decreto-Lei n<sup>o</sup> 43/91 enquanto interpretada no sentido de não proibir a extradição nos casos em que embora os factos que a fundamentam sejam puníveis com prisão perpétua de acordo com a moldura penal abstracta prevista na lei for previsível (ou certa) a sua não aplicação no caso concreto.

Exclui-se assim do objecto do recurso a questão da inconstitucionalidade da mesma norma quando interpretada no sentido de não proibir a extradição nos casos em que os factos a que ela respeita tenham já sido objecto de julgamento noutra país (violação do ne bis in idem) por a inconstitucionalidade desse arco normativo nunca ter sido questionada pelo recorrente e por esse mesmo segmento normativo não ter sido verdadeiramente aplicado pelo STJ que não reconheceu a existência de identidade fáctica entre o processo pendente nos Estados Unidos e o processo já julgado no Brasil.

**7.** É a seguinte a redacção das disposições pertinentes do artigo 6<sup>o</sup> do Decreto-Lei n<sup>o</sup> 43/91:

Artigo 6<sup>o</sup>

Requisitos gerais negativos da cooperação internacional

1 - O pedido de cooperação é recusado quando:

[...]

e) O facto a que respeita for punível com pena de morte ou com pena de prisão perpétua;

f) Respeitar a infracção a que corresponda medida de segurança com carácter perpétuo.

2 - O disposto nas alíneas e) e f) do número anterior não obsta à cooperação:

a) Se o Estado que formula o pedido tiver comutado aquelas penas ou retirado carácter perpétuo à medida;

[...]

c) Se respeitar a auxílio solicitado com fundamento na relevância do acto para presumível não aplicação dessas penas ou medidas.

[...]

Como vimos é a norma da alínea e) do nº 1 enquanto interpretada no sentido de não proibir a extradição nos casos em que embora os factos que a fundamentam sejam puníveis com prisão perpétua for previsível (ou certa) a sua não aplicação no caso concreto que constituem objecto do presente recurso de constitucionalidade.

Contudo importa determinar de forma ainda mais precisa o exacto segmento normativo que se tem de apreciar.

Com efeito da jurisprudência fixada no Acórdão nº 417/95 para o qual se remete resulta que a norma em apreço só será inconstitucional na medida em que permite a extradição por casos em que a aplicação da pena de morte (ou de prisão perpétua) é legalmente possível embora não previsível designadamente em função das garantias transmitidas pelo Estado requerente; mas já não será inconstitucional na medida em que permite a extradição se for certa a não aplicação dessas penas não obstante elas serem em princípio aplicáveis ao caso por tal já não ser juridicamente possível. Há pois que averiguar se foi aplicado in casu o primeiro ou o segundo segmento normativo.

**8.** Da análise da documentação junta aos autos designadamente na sequência do despacho do relator proferido após a prolação do Acórdão nº 417/95 ressalta com evidência que se encontram prestadas garantias de que no caso não será pedida pela acusação a aplicação da pena de prisão perpétua e bem assim que não é comum em casos idênticos a aplicação dessa mesma pena. Mais: embora a pronúncia efectuada pelo júri de instrução indicie a prática de crime punível com prisão perpétua o juiz emitiu ordem de julgamento por crime punível com multa e prisão até 20 anos. Tudo conduz a que se deva considerar improvável a aplicação da pena de prisão perpétua.

No entanto não se pode concluir que o segmento normativo aplicado no caso dos autos seja o referente à não proibição da extradição quando seja certa a não aplicação da pena de prisão perpétua por ser juridicamente impossível essa mesma aplicação.

Com efeito se resulta dos autos que o gabinete do Procurador «não tenciona interpor recurso da decisão proferida na ordem» que manda julgar o extraditando por crime punível apenas com multa e prisão até 20 anos a verdade é que já não resulta dos autos que um tal recurso não seja juridicamente possível e admissível. Bem pelo contrário deles resulta a possibilidade legal - embora de facto improvável - da impugnação judicial dessa ordem e portanto a sua não definitividade.

Por outro lado se resulta igualmente dos autos que não é habitual a aplicação da pena de prisão perpétua em circunstâncias idênticas à do presente processo não tendo aliás a mesma pena sido aplicada a co-arguidos do ora recorrente já dos mesmos não resulta que uma tal aplicação seja juridicamente vedada apesar da ordem de julgamento entretanto emitida. De facto a entidade requerente não fez prova - como lhe cumpria - que a mencionada ordem do juiz tenha fixado em termos definitivos e irrevogáveis os limites máximos da pena aplicável pelo juiz no julgamento.

Assim sendo não se pode afirmar que ao crime não corresponde a pena de prisão perpétua «segundo o direito do Estado requisitante» atribuindo-se a esta última expressão o sentido que lhe foi fixado no já citado Acórdão nº 417/95.

9. É bem verdade que o artigo 33º nº 3 da Constituição apenas refere expressamente a proibição de extradição «por crimes a que corresponda pena de morte segundo o direito do Estado requisitante».

Todavia o artigo 30º nº 1 da mesma Lei Fundamental determina que «não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida».

Ora da conjugação desta norma com «os princípios da universalidade da igualdade e da equiparação dos estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal em matéria de direitos» tem-se retirado a conclusão de que também se encontra constitucionalmente vedada a extradição quando ao crime corresponda a pena de prisão perpétua (cfr. Manuel António Lopes Rocha e Teresa Alves Martins Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal - Comentários pág. 33). Aliás este entendimento é expressamente perfilhado pelo legislador do Decreto-Lei nº 43/91 em cujo preâmbulo se refere a inconstitucionalidade das normas permissivas da extradição para Estado onde o crime seja punível com prisão perpétua; e já seria seguramente esse o entendimento quando Portugal ratificou a Convenção Europeia de Extradução formulando reserva no sentido de manter o direito de negar a extradição em caso de crime punido com prisão perpétua.

Tendo sido a prisão perpétua abolida em Portugal há mais de cem anos pela Lei de 4 de Junho de 1884 encontra-se a mesma proscrita pela Constituição da República em virtude de a sua aplicação repugnar à consciência jurídica que enforma o nosso ordenamento tendo em conta a prevalência da dignidade da pessoa humana e do seu reflexo na ponderação dos fins das penas onde necessariamente avulta a recuperação e a reintegração social do delinquente.

Assim sendo do artigo 30º nº 1 da Lei Fundamental tem de se extrair a proibição da extradição quando ao crime corresponda a pena de prisão perpétua segundo o direito do Estado requisitante.

**10.** A norma em apreço da alínea e) do nº 1 do artigo 6º do Decreto-Lei nº 43/91 é inconstitucional - por violação do preceituado no artigo 30º nº 1 da Constituição da República Portuguesa - quando interpretada de modo a não proibir a extradição por casos em que seja juridicamente possível a aplicação da pena de prisão perpétua embora não seja previsível a sua aplicação por terem sido dadas garantias nesse sentido pelo Estado requisitante.

### III - DECISÃO

**11.** Nestes termos e face ao exposto decide-se conceder provimento ao recurso devendo o acórdão recorrido ser reformado em conformidade com o juízo de inconstitucionalidade ora formulado.

Lisboa 17 de Agosto de 1995

Luís Nunes de Almeida

Guilherme da Fonseca

Fernando Alves Correia

Messias Bento

José de Sousa e Brito

José Manuel Cardoso da Costa

**Acórdão n.º 417/95**

**Processo: n.º 374/94.**

**Plenário**

**Relator: Conselheiro Guilherme da Fonseca.**

**Acordam, em plenário, no Tribunal Constitucional:**

1 — A., com os sinais identificadores dos autos, veio, em processo de extradição, e «nos termos consentidos pelo artigo 280.º, n.º 1, alínea b), da Constituição da República, do artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, e do artigo 11.º da Lei n.º 112/91, de 29 de Agosto», interpor recurso para este Tribunal Constitucional do acórdão do Plenário do Tribunal Superior de Justiça de Macau, de 14 de Abril de 1994, que, negando provimento ao recurso por ele



interposto, confirmou «a decisão recorrida», ou seja, o acórdão da Secção de Jurisdição Comum do mesmo Tribunal, de 1 de Março de 1994, que deferiu o pedido de extradição formulado pela República Popular da China e concedeu «a extradição de B. (B1 ou B2) para a República Popular da China, para aí ser julgado pelo crime de homicídio voluntário de C., cometido pelas 18 horas do dia 15 de Junho de 1990 em Sha Ping (distrito de Heshan da província de Guangdong)».

2 — Mas suas alegações, concluiu assim o recorrente:

1.º O Acórdão recorrido fez aplicação da norma contida no artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto, ao autorizar a extradição do recorrente com base na garantia de substituição da pena de morte oferecida pelo Estado requisitante;

2.º Tal norma é insusceptível de aplicação por ter sido inconstitucionalizada pelo artigo 33.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, que não pode ter outra interpretação que não seja a de proibir a extradição quando o crime imputado ao extraditando for abstractamente punido com pena de morte;

3.º A norma adjectiva do artigo 21.º, alínea c), do Decreto-Lei n.º 437/75, deixa de ter aplicação face à inconstitucionalidade da norma substantiva do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do mesmo diploma, mostrando-se, assim, tacitamente derogada pelo artigo 33.º, n.º 3, da Constituição da República;

4.º Ao decidir como decidiu, o Tribunal recorrido violou o artigo 290.º, n.º 2, da CRP, na medida em que fez aplicação de direito ordinário anterior à entrada em vigor do Texto Fundamental contrário à Constituição e aos princípios nela consignados, assim como o artigo 207.º da CRP que determina que nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam a Constituição ou os seus princípios;

5.º Violou, ainda, o artigo 206.º da CRP que prescreve que os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei e o artigo 18.º da CRP segundo o qual os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas;

6.º Violou, finalmente, o artigo 24.º, n.º 1, da CRP que consagra o princípio da inviolabilidade da vida humana, assim como o artigo 33.º, n.º 3, do Texto Fundamental que proíbe a extradição, quando o crime pelo qual é pedida a providência for punido pelo direito do Estado requisitante com a pena de morte.

TERMOS EM QUE DEVE ESSE VENERANDO TRIBUNAL: a) DECLARAR QUE O PEDIDO DE EXTRADIÇÃO CONTRA O RECORRENTE FOI DECIDIDO COM BASE NO REGIME JURÍDICO ESTABELECIDO NA NORMA DO ARTIGO 4.º, N.º 1, ALÍNEA A), DO DECRETO-LEI N.º 437/75, DE 16 DE AGOSTO; b) JULGAR INCONSTITUCIONAL TAL NORMA SUBSTANTIVA E, CONSEQUENTEMENTE JULGAR INCONSTITUCIONAL A NORMA ADJECTIVA DO ARTIGO 21.º, ALÍNEA C), DO MESMO DIPLOMA LEGAL; c) VINCULAR O

TRIBUNAL RECORRIDO À APLICAÇÃO DIRECTA DA NORMA DO ARTIGO 33.º, N.º 3, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DEFININDO O SEU SENTIDO E ALCANCE; d) E, EM CONFORMIDADE REVOGAR A DECISÃO RECORRIDA QUANTO À QUESTÃO DE CONSTITUCIONALIDADE, ORDENANDO-SE QUE O TRIBUNAL RECORRIDO PROCEDA À SUA REFORMA.

3 — Contra-alegou o Ministério Público, demarcando o objecto do recurso e concluindo do modo que se segue:

1 — O Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto, sendo anterior à Constituição da República aprovada em Abril de 1976, terá, para manter a sua validade, de se conformar materialmente com esta ou com os princípios nela consignados (artigo 293.º, n.º 1, da versão originária e artigo 290.º, n.º 2, da versão actual);

2 — A norma constante do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), daquele diploma, atribuindo carácter facultativo à recusa de extradição no caso de o crime ser punível no Estado requerente com pena de morte, e admitindo garantias de substituição desta, é materialmente incompatível, quanto a esse tipo de pena, com o artigo 23.º, n.º 3, da versão originária da Constituição (artigo 33.º, n.º 3, da versão actual), cujo comando exclui a possibilidade de extradição nesse caso, mesmo que oferecidas garantias de substituição;

3 — Deverá, assim, julgar-se parcialmente inconstitucional e, conseqüentemente, caducada, a partir da entrada em vigor da Constituição de 1976, determinando-se a aplicabilidade directa, por respeitar a direitos, liberdades e garantias, da mencionada norma constitucional (artigo 18.º, n.º 1, da Constituição).

Termos em que merece provimento o recurso, devendo ordenar-se a reforma do acórdão recorrido em conformidade com o precedente juízo de inconstitucionalidade.

4 — Vistos os autos, cumpre decidir (artigo 79.º-A da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, aditado pelo artigo 2.º da Lei n.º 85/89, de 7 de Setembro).

É a seguinte a sequência processual que importa resumidamente registar:

4.1 — Com a data de 6 de Dezembro de 1993 foi capturado o recorrente pelas autoridades da Directoria da Polícia Judiciária do Governo de Macau, «nos termos do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto», pois vinha sendo «procurado pelas autoridades policiais da China por crime de homicídio ali ocorrido em 15 de Junho de 1990», tendo sido confirmada a detenção por despacho do Presidente do Tribunal Superior de Justiça de Macau, depois de ouvido o detido em auto de declarações, no dia seguinte.

4.2 — Autorizado o prosseguimento do processo de extradição, por despacho do Governador de Macau, datado de 14 de Janeiro de 1994, distribuído ele e realizada a audiência do extraditando, veio este deduzir oposição ao pedido de

extradição [e logo aí se sustenta a inaplicabilidade do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto, por ser, à luz do artigo 33.º, n.º 3, da Constituição, «inadmissível a extradição por crimes a que corresponde a pena de morte, segundo o direito do Estado requisitante»].

4.3 — Seguida a respectiva tramitação processual, proferiu o Tribunal Superior de Justiça de Macau o acórdão de 1 de Março de 1994, já referenciado, que deferiu o pedido de extradição.

Neste aresto, depois de se trazer à colação o citado artigo 4.º, n.º 1, alínea a), dizendo-se que ele «foi, em primeira leitura, inconstitucionalizado pelo n.º 3 do artigo 33.º da Constituição da República ao dispor a não extradição 'por crimes a que corresponda pena de morte' segundo o direito do Estado requisitante», mas esta norma «tem de ser interpretada em termos de pena, concreta e efectivamente, aplicável, que não em termos de pena abstracta», concluiu-se:

Assim, sendo dadas garantias de não aplicação da pena de morte pelo crime que motivou a extradição, desaparece a proibição constitucional.

E o acórdão tirou, antes da decisão, as seguintes conclusões:

a) Em matéria de extradição — regulada em Macau pelo Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto — é na fase administrativa que se ponderam as razões de ordem política, de oportunidade ou de conveniência.

b) A fase judicial está sujeita a critérios de estrita legalidade mas, tratando-se de decisão em matéria penal, terão de ponderar-se, como argumentos adjuvantes, razões de política criminal e as necessidades de prevenção geral.

c) A Constituição da República Popular da China (aprovada na 5.ª Sessão do 5.º Congresso Nacional do Povo e promulgada em 4 de Dezembro de 1982) e o Código de Processo Penal do mesmo País (promulgado pelo Comité Permanente do Congresso Nacional Popular em 7 de Julho de 1979) contêm um elenco de direitos e garantias assegurando que o processo criminal não contenda, por forma inconciliável com os princípios de ordem pública do extraditante.

d) Uma ampla margem de tolerância entre os diversos ordenamentos jurídicos deve ser tida em conta e, ressaltando a ordem pública, não é avisado impor a outros Estados modelos rígidos, sob pena de se negar a cooperação internacional em matéria penal.

e) A proibição de extraditar constante do n.º 3 do artigo 33.º da Constituição da República, reporta-se à pena concreta que não à pena abstracta prevista ao texto legal.

f) A garantia de substituição dada pelo Ministério da Segurança Pública da R.P. China é suficiente para impedir a violação do imperativo constitucional citado.

4.4 — Desse acórdão recorreu o extraditando para o Plenário do mesmo Tribunal, sustentando, entre o mais, que [conclusões 1) e 2) das alegações]:

1.º O Acórdão recorrido violou o artigo 33.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa — vigente no Território de Macau por força do disposto no artigo 2.º do Estatuto Orgânico de Macau — que proíbe em absoluto a extradição por crimes a que corresponda a pena de morte segundo o direito do Estado requisitante e, ao fazer aplicação do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto, para conceder a extradição do recorrente, violou o artigo 207.º do mesmo Texto Fundamental, que determina que «nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados» assim como o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 17/92/M, de 2 de Março, que contém idêntico princípio, produzindo um aresto ferido de invalidade material.

2.º Ao permitir-se uma interpretação restritiva do artigo 33.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa no sentido de que aquele comando constitucional tem de ser analisado em termos de pena, concreta e efectivamente aplicável e não em termos de pena abstracta, o acórdão recorrido foi além dos sentidos possíveis resultantes do texto e do fim da Lei Constitucional e procedeu a uma revisão do texto Fundamental, operando uma usurpação de funções, por haver transformado os julgadores em legisladores activos.

4.5 — Por acórdão do dito Plenário, de 14 de Abril de 1994, ora recorrido, foi negado provimento àquele recurso e confirmada «a decisão recorrida».

O aresto, rechaçando todas as conclusões das alegações do recorrente, adiantou, para julgar improcedentes as duas primeiras conclusões, a seguinte ordem de considerações que interessa transcrever na íntegra:

2 — Nas duas primeiras conclusões da sua alegação sustenta o recorrente que o acórdão recorrido violou o artigo 33.º, n.º 3, da CRP, quando aplicou o artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 437/75, concedendo a sua extradição no que concerne a um crime punível na RPC com a pena de morte.

Vejamos se lhe assiste razão.

O extraditando encontra-se indiciado na RPC, sem possibilidade de contestação, face ao disposto no n.º 3 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 437/75, pela prática de um crime de homicídio voluntário, por estrangulamento, na pessoa de C., sua ex-namorada, ocorrido no dia 18 de Junho de 1990, pelas 18 horas, na residência desta, sita no distrito de Heshan, província de Guongdong, na RPC.

O crime de homicídio voluntário encontra-se previsto na Segunda Parte — Medidas Específicas — do Código Penal da RPC de 1979, sob o artigo 132.º, onde se lê:

Quem intencionalmente cometer homicídio será condenado à morte, a prisão perpétua ou a prisão não inferior a dez anos; se ocorrerem circunstâncias atenuantes, a pena não será inferior a três nem superior a dez anos de prisão.

Todavia, no caso sobre que nos debruçamos, a RPC obrigou-se, através de promessas do seu Ministério da Segurança Pública, veiculadas em 8 e 15 de Janeiro do ano corrente pela Agência de Notícias Xinhua, que em Macau exerce funções paradiplomáticas, a não condenar o extraditando A. nem à pena de morte nem à pena de prisão perpétua bem como a não extraditá-lo para terceiro Estado nem a persegui-lo por factos diversos dos que fundamentaram o pedido de extradição e lhe sejam anteriores ou contemporâneos (cfr. documentos de fls. 91 e 105).

3 — O princípio da legalidade em direito penal, assumido pelo constitucionalismo, é uma garantia dos direitos individuais, com todas as consequências que historicamente lhe foram atribuídas e se encontram expressas no artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa e condensadas na fórmula latina de Feuerbach: *nullum crimen sine lege; nulla poena sine lege*.

A nível internacional, diz-se no artigo 11.º, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (DUDH):

Ninguém será condenado por acções ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam acto delituoso à face do Direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o acto delituoso foi cometido.

E no artigo 15.º, n.º 1, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP):

Ninguém pode ser condenado por acção ou omissão que não constitua acto delituoso à face do direito interno ou internacional no momento em que foi cometida. De igual sorte, não pode ser infligida pena mais severa do que a que era aplicável no momento da prática da infracção. Se, posteriormente à infracção, a lei estabelecer pena mais favorável, o delinquente deverá beneficiar da sua aplicação.

No que concerne às normas penais, o princípio da legalidade somente se reporta aos modos da sua criação e aplicação com reflexos nas penas ou medidas de segurança que reclamam destino no caso concreto.

O princípio aplica-se, sem margem para dúvidas, às disposições legais que prevêm crimes na parte especial do Código Penal e na legislação extravagante.

Mas não só. As disposições da parte geral que estabelecem os critérios positivos de punibilidade (*lato sensu*) das primeiras, os pressupostos genéricos das medidas de segurança, as causas de agravação das penas e das medidas de segurança (não apenas as circunstâncias agravantes), e a extensão da punibilidade

a outras formas de infracção (cláusulas de extensão da tipicidade dos factos previstos) — a tentativa, a participação — estão também sujeitas ao princípio. Não têm, pois, razão aqueles autores que pretendem exceptuar toda a parte geral da aplicação do princípio da legalidade.

Transferidos estes ensinamentos para o Código Penal da República Popular da China, necessariamente integrará o princípio da legalidade das penas a norma contida no seu artigo 44.º, incluído na Primeira Parte — Medidas Gerais — onde se refere que não será imposta a pena de morte a quem tiver 18 anos ao tempo do crime, excepto se, já tendo perfeito 16 anos, o crime for particularmente grave (caso em que a execução da pena de morte será suspensa por dois anos).

Todavia, de nenhum modo, apenas as disposições da parte geral, a par das da parte especial do Código Penal, são susceptíveis de preencherem o princípio da legalidade.

Também o direito internacional, como resulta dos artigos 11.º, n.º 2, da DUDH e 15.º, n.º 1, do PIDCP, atrás transcritos, pode definir ou delimitar normas penais, permitindo que a pena prevista na parte especial dos códigos penais para determinado crime seja, em certas circunstâncias, alterada.

É seguramente o que ocorre quando os Estados interessados em punir os crimes cometidos no seu território se dirigem aos Estados onde os autores desses crimes se encontram, comprometendo-se perante estes a certos comportamentos exigidos pelos princípios de ordem pública aí vigentes. Refira-se a este propósito a recusa da pena de morte e da pena de prisão perpétua por parte de vários Estados, em nome de um princípio de humanidade, considerando-se aquela como injustificável à luz dos fins das penas e esta como uma pena cruel e desnecessária.

No que concerne a Portugal, a recusa da aplicação dessas penas é uma concretização de princípios fundamentais da sua ordem jurídico-constitucional (cfr. os artigos 24.º, 25.º, 30.º e 33.º da Constituição da República Portuguesa).

No âmbito da cooperação internacional em matéria penal no referente a transferência de pessoas para submissão a julgamento ou para cumprimento de penas, o princípio da legalidade inclui necessariamente a promessa, definida como «o compromisso assumido por um Estado de tomar no futuro determinada atitude».

Como é sabido a promessa é uma das categorias em que se subdividem os actos jurídicos unilaterais dos sujeitos do Direito Internacional, unanimemente considerados como fontes formais de direito internacional público, não obstante não referidos no artigo 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, onde essas fontes se encontram elencadas, mas a título meramente exemplificativo.

Os actos jurídicos unilaterais têm carácter normativo, como a jurisprudência internacional tem reconhecido, comprometendo o seu autor perante o beneficiário, por emanados segundo os princípios da boa fé e pacta sunt servanda.

A propósito dos actos jurídicos unilaterais, declarou em 1974 o Tribunal Internacional de Justiça:

Quando o Estado autor da declaração entende estar ligado conformemente aos seus termos, esta intenção confere à sua tomada de posição o carácter dum compromisso jurídico, ficando o Estado interessado obrigado a seguir daí para o futuro uma linha de conduta conforme com a sua declaração.

As promessas assumidas pela República Popular da China, no caso dos autos, através dos documentos de fls. 91 e 105, veiculados pela Agência de Notícias Xinhua, como actos jurídicos unilaterais de um sujeito do Direito Internacional, integram, ao lado do artigo 132.º do seu Código Penal, o princípio da legalidade da pena de que beneficiará o extraditando A... Daí não poder ser este sujeito nem à pena de morte nem à pena de prisão perpétua pelo crime de homicídio voluntário por que se encontra indiciado, mas somente a pena de prisão com o limite máximo de 15 anos, face ao disposto no artigo 40.º do Código Penal da República Popular da China. E o mesmo ocorreria, mesmo sem a emissão de qualquer promessa por parte da República Popular da China, se ele tivesse menos de 16 anos à data do crime, atento o disposto no artigo 44.º do mesmo Código, não obstante a punição prevista no artigo 132.º, porquanto, como atrás vimos, o princípio da legalidade não se aplica apenas aos preceitos que prevêm crimes na parte especial do Código Penal.

A este entendimento não é obstáculo o n.º 3 do artigo 33.º da Constituição da República Portuguesa, onde se estabelece que não há extradição por crimes a que corresponda a pena de morte segundo o direito (e não segundo a lei) do Estado requisitante. A nossa Constituição não se atém somente à lei (*rectius*: à parte especial do Código Penal do Estado requisitante), mas a todas as fontes formais de direito desse Estado, que na circunstância integrem o princípio da legalidade da pena, ou, para usar a expressão de Maurice Hauriou, o bloco da legalidade relevante. Não exclui assim que um acto jurídico unilateral de um sujeito do Direito Internacional contribua para apurar se ao crime imputado ao extraditando corresponde a pena de morte.

Concluindo-se pela não aplicação da pena de morte ao extraditando, aquando do seu julgamento na República Popular da China, não há que invocar o artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 437/75, que não tem assim de ser submetido a um juízo de constitucionalidade.

Esse preceito terá a ver com aquelas hipóteses sobre que se tem debruçado a nossa jurisprudência onde, na ausência de emissão de uma promessa relevante como acto jurídico unilateral, o Estado requerente anuncia que não é habitual em casos como o ajuizado ser aplicada a pena máxima prevista, mas sem qualquer compromisso de não aplicação da mesma.

Improcedem, conseqüentemente, as duas primeiras conclusões da alegação do recorrente.

4.6 — O recorrente veio ainda, «nos termos consentidos pelo artigo 668.º, n.º 3, do Código Processo Civil, arguir a nulidade do n.º 1, alínea d), do artigo 668.º com referência ao n.º 2 do artigo 660.º, ambas estas disposições do mesmo diploma legal» desse acórdão, mas esse pedido de arguição de nulidade foi indeferido pelo acórdão de 20 de Abril de 1994, com a seguinte fundamentação:

Tendo o tribunal ad quem precisamente os mesmos poderes que o tribunal a quo no que toca às questões a apreciar na decisão final do processo de extradição e encontrando-se liberto de quaisquer limitações no que tange à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito, de acordo com a regra tradicional *jura novit curia*, recebida na 1.ª parte do artigo 664.º do CPC, nada o impedia de, seguindo um caminho diferente do acórdão recorrido, fazer apelo ao princípio da legalidade em direito penal e densificá-lo não só com as disposições legais que prevêem crimes na parte especial do Código Penal mas também com as disposições da parte geral do mesmo Código e, no âmbito da cooperação internacional em matéria penal no referente a transferência de pessoas para submissão a julgamento ou para cumprimento de penas, com os actos jurídicos unilaterais dos sujeitos do Direito Internacional. E não estava vedado igualmente ao tribunal de recurso considerar estes actos jurídicos unilaterais como fontes formais de direito internacional público e neles incluir a promessa assumida pela RPC de não aplicar nem a pena de morte nem a pena de prisão perpétua a um extraditando indiciado pela prática de um crime de homicídio voluntário.

Não enferma assim o acórdão de fls. 243 e segs. da nulidade de pronúncia indevida.

E igualmente não lhe pode ser assacada a nulidade de omissão de pronúncia, por não conhecimento das questões incluídas nas duas primeiras conclusões da alegação do recurso.

Com efeito, face ao discurso jurídico adoptado, o acórdão não aplicou a norma do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto, que assim não teve que confrontar com a hierarquicamente superior contida no artigo 33.º, n.º 3, da Constituição da República. E quanto a esta, e para que o acórdão não fosse ele próprio rotulado de inconstitucional, houve o cuidado de explicitar que o direito do Estado requisitante da extradição não é somente constituído pela lei (*rectius*: a parte especial do seu Código Penal), mas por todas as fontes formais de direito desses Estados, que na circunstância integrem o princípio da legalidade da pena.



4.7 — Interposto recurso para este Tribunal Constitucional do acórdão de 14 de Abril de 1994, como já ficou dito, «com fundamento em haver sido aplicada a norma do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto, norma ao abrigo da qual, ao ponderar os reflexos da garantia ou promessa das autoridades do Estado requisitante na dosimetria da pena aplicável, se decidiu pela sua extradição e cuja inconstitucionalidade foi suscitada ao longo do processo», não foi ele admitido inicialmente, pelo Tribunal Superior de Justiça de Macau, mas, utilizando o recorrente a via de reclamação, este Tribunal Constitucional, por Acórdão de 12 de Julho de 1994 (Acórdão n.º 481/94, publicado na II Série do Diário da República, n.º 288, de 15 de Dezembro de 1994), deferiu tal reclamação, mandando admitir o recurso de constitucionalidade, que acabou, assim, por ser admitido, por despacho do Relator de 20 de Julho de 1994.

5 — Preliminarmente, há que registar, na sequência da advertência do Ministério Público (ponto 1.2. das suas alegações), que só a norma do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto, preenche o objecto do presente recurso de constitucionalidade, dele se excluindo forçosamente a norma do artigo 21.º, alínea c), do mesmo Decreto-Lei (norma processual inserida no processo de extradição relativa à aptidão e regularidade do pedido).

É que, à luz do n.º 4 do artigo 77.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, a decisão deste Tribunal Constitucional — aqui o já citado Acórdão n.º 481/94 — que revogar o despacho de indeferimento do requerimento de interposição do recurso de constitucionalidade «faz caso julgado quanto à admissibilidade do recurso». O que significa que, sendo a norma erigida nesse Acórdão n.º 481/94 como norma aplicada pelo Tribunal a quo a do citado artigo 4.º, n.º 1, alínea a), o acórdão fez caso julgado quanto à admissibilidade do recurso e quanto ao seu objecto [é, aliás, tal norma, e não a norma do artigo 21.º, alínea c), a indicada, de modo transparente, no requerimento de interposição do recurso para este Tribunal Constitucional, em obediência ao disposto no artigo 75.º-A da Lei n.º 28/82, aditado pelo artigo 2.º da Lei n.º 85/89, de 7 de Setembro].

Com o que não se vai tomar conhecimento do recurso quanto à invocada norma adjectiva do artigo 21.º, alínea c), do mesmo Decreto-Lei n.º 437/75, ficando prejudicado o conhecimento da conclusão 3.ª das alegações do recurso e também da segunda parte da alínea b) do pedido final das mesmas alegações.

Há, pois, que prosseguir, para entrar no mérito do recurso, atento o objecto que lhe está marcado, preenchidos como estão todos os pressupostos ou requisitos do presente recurso de constitucionalidade, por força do citado caso julgado.

Lê-se com efeito, no Acórdão n.º 481/94 (referenciado no ponto 4.7), com a força objectiva do seu discurso:

9 — Sendo o recurso restrito à questão de constitucionalidade do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto (cfr. artigo 280.º, n.º 6, da

Constituição e artigos 71.º, n.º 1, e 79.º-C da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro), não pode, obviamente, este Tribunal sindicar a interpretação que, no caso, o tribunal recorrido diz ter feito do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 437/75. O que, no entanto, pode — e deve — é verificar se o tribunal recorrido, em direitas contas, não terá mesmo aplicado aquele artigo 4.º, n.º 1, alínea a), com o sentido que o reclamante tem por incompatível com a Constituição.

Ora, embora o acórdão recorrido tenha decidido o pedido de extradição, fazendo, formalmente, apelo apenas ao referido artigo 2.º — e não também ao mencionado artigo 4.º, n.º 1, alínea a) —, o certo é que, como sublinha o Ministério Público no seu visto, «numa visão substancial das coisas», do que se tratou foi de uma «implícita aplicação do regime jurídico estatuído» no dito artigo 4.º, n.º 1, alínea a).

De facto, sendo o crime punível, abstractamente, com pena de morte, o julgamento do pedido de extradição não pode deixar de convocar aquele normativo: num tal caso, a promessa de que essa pena não será aplicada mais não é do que a garantia a que alude a alínea a) do n.º 1 do mencionado artigo 4.º

Deve, na verdade, entender-se que há recurso para o Tribunal Constitucional de decisões dos tribunais que aplicam o regime estatuído pela norma cuja inconstitucionalidade foi suscitada, mesmo quando essa aplicação é feita sob a invocação de outro ou outros preceitos jurídicos.

Isto é quanto basta para que se devam ter por verificados os pressupostos do recurso que, com a presente reclamação, se pretende fazer seguir para este Tribunal.

6 — Como se perceberá do discurso que vai adoptar-se, a decisão a tomar passa pelos dois seguintes tópicos:

— o regime legal da extradição no território de Macau (artigo 292.º da Constituição) é ainda o constante do citado Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto — o primeiro diploma que no nosso País veio disciplinar tal matéria, pois inexistia lei interna sobre extradição que definisse o seu regime, quer no aspecto substantivo, quer no processual — e não o do Decreto-Lei n.º 43/91, de 22 de Janeiro, que revogou expressamente aquele (artigo 155.º), mas não foi mandado aplicar ao território de Macau, nem nele foi publicado [artigos 72.º e 73.º do Estatuto Orgânico de Macau, constante da Lei n.º 1/76, de 17 de Fevereiro, com as alterações que lhe foram introduzidas pelas Leis n.ºs 53/79, de 14 de Setembro, e 13/90, de 10 de Maio (n.º 2 do citado artigo 292.º)];

— o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias que consta da Lei Fundamental da República Portuguesa é directamente aplicável ao território de Macau, por força do disposto no artigo 2.º do mencionado Estatuto Orgânico, pelo que a lei ordinária, como é o Decreto-Lei n.º 437/75, publicado no Boletim Oficial de Macau n.º 47, de 19 de Novembro de 1977 (por determinação do Despacho Normativo n.º 218/77, da Presidência do Conselho de Ministros, publicado na I Série

do Diário da República, n.º 201, de 11 de Novembro de 1977) ainda que anterior à Constituição, tem de se conformar materialmente com esse regime (artigo 290.º da Constituição).

7 — A partir destes tópicos, facilitado fica o caminho para formular um juízo de (in)constitucionalidade acerca do questionado artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 437/75, aplicado, como foi, ainda que sob invocação de outro ou outros preceitos jurídicos, no acórdão recorrido, nos termos que se deixaram explanados [e que voltam a recordar-se com apelo à seguinte transcrição do Acórdão n.º 481/94: «De facto, sendo o crime punível, abstractamente, com pena de morte, o julgamento do pedido de extradição não pode deixar de convocar aquele normativo: num tal caso, a promessa de que essa pena não será aplicada mais não é do que a garantia a que alude a alínea a) do n.º 1 do mencionado artigo 4.º»].

Ele reza assim:

1 — A extradição pode ser negada quando:

a) O crime for punível no Estado requerente com a pena de morte ou com prisão perpétua e não houver garantia da sua substituição;

b) (...)

A extradição, que a lei não define, mas a Doutrina define («A extradição é a transferência de um indivíduo que se encontra no território de um Estado para as autoridades de outro Estado, a solicitação deste, por aí se encontrar arguido ou condenado pela prática de um crime, sendo entregue às autoridades desse Estado» — Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada*, 3.ª ed., p. 210), é um instituto antiquíssimo como instrumento de colaboração entre as comunidades e os Estados, e contribui fundamentalmente para a realização dos objectivos prosseguidos pelo direito penal, pois é destinado a permitir a cada Estado exercer a sua competência apesar da fuga do infractor.

Entrado em vigor o diploma de 1975, portanto, antes da Constituição, que é de 1976, assinala-se que a norma contida no seu artigo 4.º traduz praticamente o estatuído no artigo 11.º da Convenção Europeia de Extradicação, assinada em Estrasburgo em 27 de Abril de 1957, onde se dispõe que:

Se o facto pelo qual é pedida a extradição for punido com pena capital pela lei da Parte requerente e se essa pena não estiver prevista pela lei da Parte requerida, ou aí não for geralmente executada, a extradição poderá ser recusada, excepto se a Parte requerente prestar garantias, consideradas suficientes pela Parte requerida, de que a pena capital não será executada.

Pode afirmar-se que o legislador do Decreto-Lei n.º 437/75 não ousou ir mais longe, do que nessa Convenção se ía, no que respeita à extradição.

De entre os princípios gerais que caracterizam o direito extradicional (cfr. Filomena Delgado, «A Extradicação», in Boletim, n.º 367, pp. 23 e segs.), costuma mencionar-se o da conformidade do pedido à ordem pública e a um fim de justiça e com ele se relaciona a norma da alínea a), por dizer respeito à questão da pena de morte.

É que, se para alguns Estados a pena de morte continua a não ser considerada uma pena desumana e degradante, para outros Estados, como é o caso de Portugal, ela foi abolida no leque das penas, e daí a preocupação do legislador ordinário, no campo da extradição, em garantir a «sua substituição», para poder funcionar tal instituto de cooperação internacional.

O que se compreende, na óptica da abolição da pena de morte, pois a vida humana é inviolável, como se vê consagrado no n.º 1 do artigo 24.º da Constituição (cfr. o Acórdão deste Tribunal Constitucional n.º 25/84, publicado na II Série do Diário da República, n.º 80, de 4 de Abril de 1984), e isso tem a ver com a «dignidade da pessoa humana», um dos esteios basilares da construção do nosso Estado de direito democrático, à luz do artigo 1.º da Constituição. É esta «dignidade da pessoa humana» que repudia a aplicação pelo Estado da pena capital, a par de razões humanitárias, para se atingirem os fins de prevenção geral e especial que acompanham o direito criminal.

Da benigna cultura penal a que se chegara já no período das Ordenações nada testemunha melhor do que o assombro com que se gravaram na memória colectiva as terríficas execuções da época pombalina, cujo modelo o despótico ministro teve de ir buscar, por trágica ironia, às admiradas nações civis. Desde o século XVIII ficaram abolidas de facto as penas cruéis e as penas corporais, e sob D. Maria I deixou de ser executada a pena de morte, que todavia as comoções bélicas e políticas da 1.ª metade do século XIX fariam renascer. A Carta Constitucional de 1826 decretou definitivamente a extinção das penas corporais, e o Acto Adicional de 1852 a abolição da pena de morte para os crimes políticos, depois estendida a todos os crimes não-militares pela Carta de Lei de 1 de Julho de 1867, na metrópole, e pelo Decreto com força de lei de 9 de Junho de 1870, no ultramar — lê-se na Polis, Verbo, 4, col. 1110.

E, mais à frente:

A modificação mais relevante no catálogo das penas é sem dúvida a abolição da pena de morte para os crimes militares, ainda os cometidos no teatro de guerra, imposta pela Constituição (artigo 24.º, n.º 2) e já concretizada no novo Código de Justiça Militar de 1977. Portugal constituiu-se assim num caso porventura único no Mundo, se se abstrair das jurisdições eclesiásticas, de abolição total da pena de morte — cols. 1112-1113.

Foi exactamente este nosso quadro normativo de abolição da pena de morte — alcançado de modo absoluto, para o que restava dos crimes militares, com o novo Código de Justiça Militar de 1977 — que levou o legislador, antes ainda da Constituição de 1976, a rodear-se de garantias de que não haveria lugar a tal pena, sendo ela prevista na legislação do Estado interessado na extradição. O legislador não foi tão longe como depois foi o legislador constitucional, mas logo vincou claramente que repudiava a pena capital quando nela poderia incorrer o extraditando.

8 — O segundo tópico é decisivo para se alcançar a solução, pois passa por ele o parâmetro da validade constitucional do questionado artigo 4.º, n.º 1, alínea a), sendo que é indiscutível, à luz do artigo 2.º do Estatuto Orgânico de Macau, que o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias que consta da Lei Fundamental da República Portuguesa (o seu Título II da Parte I) é directamente aplicável ao Território de Macau.

Ora, aqui relevam fundamentalmente:

— o artigo 24.º, a que correspondia o artigo 25.º do texto originário, consagrando a inviolabilidade da vida humana (n.º 1) (e estabelecendo no n.º 2: «Em caso algum haverá pena de morte»);

— o artigo 33.º, n.º 3, a que correspondia o n.º 3 do artigo 23.º, na redacção primitiva, proibindo a «extradição por crimes a que corresponda pena de morte segundo o direito do Estado requisitante» (e trazendo ainda à colação normas como as dos actuais artigos 7.º, n.º 1, mandando reger Portugal nas relações internacionais pelo princípio «do respeito dos direitos do homem», 15.º, n.º 1, reconhecendo aos estrangeiros o gozo dos direitos do cidadão português, 25.º, n.º 2, prescrevendo que ninguém «pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanas»).

O confronto ou colisão parcial da alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º, quando admite a extradição se houver «garantia da sua substituição» (da substituição da pena de morte), com aquelas normas da Lei Fundamental, preenchendo um verdadeiro núcleo duro de características e valores de um Estado de direito, é patente (para Filomena Delgado, loc. cit., p. 65, «este artigo encontra-se parcialmente revogado pela entrada em vigor das disposições constitucionais sobre a matéria»).

Com efeito, o legislador constitucional foi mais longe do que o legislador ordinário de 1975, pois que não estabeleceu qualquer condicionalismo, no sentido de condição legal, que tornasse possível a extradição para países onde existisse a possibilidade de aplicação de pena de morte, que, depois de ser aplicada, viesse a ser substituída por uma pena de outro tipo. Nem no plano literal, nem no plano teleológico, se pode extrair do Texto Constitucional a permissão de tal condicionalismo.

Deste modo, o texto da alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º deverá agora ser perspectivado à luz da Constituição (no entendimento de Gomes Canotilho e Vital Moreira, «a proibição da extradição em caso de haver possibilidade de aplicação da pena de morte está ligada à protecção absoluta, conferida ao direito à vida» — loc. cit., pp. 210-211).

Na verdade, tem o Tribunal Constitucional afirmado por diversas vezes que, quando esteja em causa a inconstitucionalidade material de uma norma, o parâmetro constitucional a ter em conta é o texto constitucional vigente no momento da aplicação da norma que é questionada, donde resulta que, no caso concreto, tendo a aplicação da norma da alínea a) ocorrido depois da entrada em vigor da Constituição de 1976, com as alterações introduzidas pela revisão de 1989, é a este texto que temos de nos ater (cfr. Acórdãos n.ºs 408/89 e 446/91, publicados no Diário da República, II Série, respectivamente, de 31 de Janeiro de 1990 e de 2 de Abril de 1992).

A protecção constitucional significa averiguar em concreto da compatibilidade da extradição com os princípios que a enformam, tendo em atenção, especialmente, a Constituição, a infracção, e a pena, seja no plano substantivo, seja no plano processual, à luz do ordenamento interno dos dois Estados interessados na extradição.

Por conseguinte, deve considerar-se sempre lesivo da Constituição o facto de o Estado Português poder concorrer, no plano da extradição, para a aplicação e execução de uma pena — a pena de morte — que, em nenhuma hipótese e por nenhum tipo de crime, poderia ser infligida a qualquer cidadão, estrangeiro ou não, em Portugal.

A proibição de aplicação de pena de morte, à luz do artigo 24.º, n.º 2, representa, na verdade, o limite extremo que o Estado português nunca pode transpor.

É que, o legislador constitucional quis de forma enfática afirmar que, desde que ao crime corresponda pena de morte segundo a lei incriminadora do Estado requerente, a extradição está peremptoriamente proibida. Por conseguinte, à luz do artigo 33.º, n.º 3, a extradição só é consentida quando, segundo o direito interno do Estado requerente, a pena susceptível de, em concreto, ser aplicada ou já aplicada ao caso não seja a pena de morte.

Na verdade, só então não corre perigo o direito à vida do extraditando. Ora, o direito à vida é, justamente, o que se pretende tutelar com aquela proibição de extradição, cujo fundamento último é, como se viu já, a dignidade da pessoa humana em que assenta o Estado de direito democrático e que impõe se proíba a pena de morte.

A expressão «segundo o direito do Estado requisitante», usada no n.º 3 do artigo 33.º, tem, pois, de entender-se como sendo o direito internamente vinculante desse Estado, constituído, tão-só, pelo respectivo corpo de normas penais, de que conste a possibilidade abstracta da pena de morte, e por quaisquer mecanismos — e só eles — que se inscrevam vinculativamente no direito e processo criminais, ainda que decorrentes do direito constitucional ou do direito jurisprudencial do Estado requisitante, dos quais resulte que a pena de morte não será devida no caso concreto, porque nunca poderá ser aplicada (pense-se, como mera hipótese académica, em preceitos legais do tipo do artigo 16.º, n.ºs 3 e 4, do nosso Código de Processo Penal vigente, concedendo ao Ministério Público a iniciativa, vinculativa para o juiz, e processualmente irreversível, de «entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a três anos ou medida de segurança de internamento por mais do que esse tempo»).

9 — E, se se atentar no cuidado com que Portugal se tem vinculado a instrumentos internacionais, vê-se a sua preocupação em excluir sempre do respectivo âmbito a pena de morte, seja para que efeitos for.

Sucede, assim, que aprovada a já citada Convenção Europeia da Extradução para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 23/89, em 8 de Novembro de 1988 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 57/89, de 21 de Agosto, bem como os seus dois Protocolos Adicionais, assinados em Estrasburgo em 27 de Abril, respectivamente de 1977 e de 1978, Portugal estabeleceu uma reserva ao referido artigo 11.º, segundo a qual:

Não há extradição em Portugal por crime a que corresponda pena de morte segundo a lei do Estado requerente.

É, sem dúvida, uma reserva motivada por imperativos constitucionais (cfr., a propósito da referida Convenção Europeia, Margarida Frias, Revista do Ministério Público, n.º 44, pp. 97 e segs.), já que aquele artigo 11.º exclui a recusa de extradição, no caso de pena capital, «se a Parte requerente prestar garantias» consideradas suficientes pela Parte requerida, de que aquela pena não será executada. Só à luz do teor dessa disposição, em confronto com o artigo 33.º, n.º 3, da Constituição, se compreende a necessidade de uma tal reserva (e o mesmo acontece, por exemplo, com as reservas formuladas a propósito das Convenções identificadas pelo recorrente e que constam dos Decretos do Presidente da República, n.ºs 22/94 e 66/94).

E registe-se ainda que no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 43/91, de 22 de Janeiro, sobre a cooperação judiciária internacional em matéria penal, e que revogou a lei de extradição de 1975, o legislador afirma claramente: «a lei vigente sobre extradição foi entretanto inconstitucionalizada em certos pontos essenciais pela Constituição da República, entrada em vigor posteriormente à sua introdução na ordem jurídica interna».

10 — Sendo isto assim, a norma do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 437/75, enquanto prevê a possibilidade da extradição ser concedida havendo garantia da substituição da pena de morte, fere a Lei Fundamental, por violação das normas constantes dos artigos 24.º, n.º 2, e 33.º, n.º 3.

In casu, talqualmente as instâncias do território de Macau deram como provado, e resulta do modo como vem instruído o pedido de extradição, o recorrente encontra-se indiciado na República Popular da China, «sem possibilidade de contestação, face ao disposto no n.º 3 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 437/75, pela prática de um crime de homicídio voluntário, por estrangulamento, na pessoa de C., sua ex-namorada, ocorrido no dia 18 de Junho de 1990, pelas 18 horas, na residência desta, sita no distrito de Heshan, província de Guongdong, na RPC» e esse crime «encontra-se previsto na Segunda Parte — Medidas Específicas — do Código Penal da RPC de 1979, sob o artigo 132.º, onde se lê:

Quem intencionalmente cometer homicídio será condenado à morte, a prisão perpétua ou a prisão não inferior a dez anos; se ocorrerem circunstâncias atenuantes, a pena não será inferior a três nem superior a dez anos de prisão».

Daqui decorre, à evidência, que, de acordo com a lei vigente na República Popular da China (isto é, segundo o seu direito interno vinculante), o recorrente, que tem mais de 30 anos de idade, por aplicação daquele artigo 132.º, estaria sempre sujeito a ser condenado numa pena de morte.

É certo que a República Popular da China ofereceu a garantia de que a pena de morte não seria no caso aplicada. Não se questiona a consistência de uma tal garantia, que internacionalmente vincula a República Popular da China, nem que ela seja subsumível à previsão do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), na parte em que prevê a possibilidade da extradição ser concedida, havendo garantia da substituição da pena de morte. Só que, aquela norma do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), nessa parte, é inconstitucional, como já se viu.

De resto, nunca poderia ver-se em garantias desse tipo um mecanismo inscrito no ordenamento jurídico interno do Estado requisitante capaz de tornar inoperante a norma desse direito que preveja a pena de morte.

De facto, uma tal garantia, apesar de ser juridicamente vinculante no plano internacional, não é direito do Estado requisitante, no sentido que atrás ficou fixado, para efeitos do artigo 33.º, n.º 3, da Constituição, já que não pode ter-se como juridicamente vinculante para o juiz interno.

11 — Termos em que, decidindo:

a) Julga-se inconstitucional a norma do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto, por violação do artigo 33.º, n.º 3, da Constituição, na parte em que permite a extradição por crimes puníveis no Estado requerente com a pena de morte, havendo garantia da sua substituição;



b) Em consequência, concede-se provimento ao recurso e revoga-se o acórdão recorrido, para ser reformado de acordo com o presente juízo de inconstitucionalidade.

Lisboa, 4 de Julho de 1995. — Guilherme da Fonseca — Messias Bento — José de Sousa e Brito — Armindo Ribeiro Mendes — Antero Alves Monteiro Diniz — Fernando Alves Correia — Maria Fernanda Palma — Maria da Assunção Esteves — Luís Nunes de Almeida — Alberto Tavares da Costa — Vítor Nunes de Almeida (vencido) — Bravo Serra (vencido) — José Manuel Cardoso da Costa.

### **Declaração de voto**

Não interessa discutir a asserção, constante do acórdão de que a presente declaração faz parte integrante, segundo a qual, por força do disposto no n.º 3 do artigo 33.º da Constituição, não é consentida a extradição quando, «segundo o direito do Estado requisitante», a pena susceptível de em concreto ser aplicada revestir a espécie de pena capital.

Efectivamente, uma tal estatuição constante do nosso Diploma Básico decorre da consagração constitucional fundamental segundo a qual «[a] vida humana é inviolável» (n.º 1 do artigo 24.º), isto é, decorre da consagração da defesa do valor positivo da vida, e não já do comando (ínsito no n.º 2 do citado artigo 24.º) de que «[e]m caso algum haverá pena de morte», ou seja, do comando que visa a defesa do valor negativo da proibição da pena de morte, pois que, na minha óptica, esta última prescrição dirige-se ao ordenamento jurídico nacional, não podendo, como é evidente, ser imposto aos ordenamentos estrangeiros ou servir como «forma de pressão» (no sentido de recusa de formas de cooperação judiciária) para que estes deixem de conter na respectiva previsão a pena capital.

Mas, se assim é, ou seja, se a proibição da extradição se funda no asseguramento da inviolabilidade da vida humana, ou, como se disse, na defesa do valor positivo da vida, então, se o Estado requisitante dessa forma de cooperação judiciária assegurar a Portugal, como Estado requisitado, que a vida do extraditado não será violada por intermédio da aplicação da pena de morte, já será, na nossa perspectiva, possível, sem ofensa da proibição constante do n.º 3 do artigo 33.º, o deferimento da extradição.

Ora, é justamente aqui que, primordialmente, nos afastamos do discurso utilizado no vertente aresto quanto à interpretação demasiado restritiva que nele se faz e segundo a qual a «expressão 'segundo o direito do Estado requisitante', usada no n.º 3 do artigo 33.º tem ... de entender-se como sendo o direito internamente vinculante desse Estado, constituído, tão-só, pelo respectivo corpo de normas penais, de que conste a possibilidade abstracta da pena de morte, e por quaisquer mecanismos — e só eles — que se inscrevem vinculativamente no direito e processo

criminais, ainda que decorrentes do direito constitucional ou do direito jurisprudencial do Estado requisitante, dos quais resulte que a pena de morte não será devida no caso concreto, porque nunca poderá ser aplicada», e ainda quando ali se afirma que a garantia oferecida pela República Popular da China cuja consistência se não questiona e que se aceita vincular internacionalmente aquele Estado, sendo essa garantia «subsumível à previsão do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), na parte em que prevê a possibilidade de a extradição ser concedida, havendo garantia da substituição da pena de morte» — «apesar de ser juridicamente vinculante no plano internacional, não é direito do Estado requisitante..., já que não pode ter-se como juridicamente vinculante para o juiz interno».

Na verdade, um compromisso unilateral tomado por um Estado soberano e de harmonia com qual ao extraditando nunca será aplicável a pena capital ou a pena de prisão perpétua, assumindo esse compromisso, verdadeiramente, características de renúncia parcial do livre direito de punir do Estado peticionante da extradição, numa situação em que:

— a própria Constituição desse Estado prevê que os órgãos judiciais e de acusação pública são constituídos pelo poder político, respondendo perante ele e estando sujeitos à sua fiscalização (cfr. artigos 3.º, 62.º, 63.º, 67.º e 128.º da Constituição da República Popular da China);

— o seu próprio direito interno pune, sem distinção ou ocorrência de especiais circunstâncias, o crime em causa, quer com a pena de morte, quer com a pena de prisão perpétua, quer com a pena de prisão não inferior a 10 anos e não superior a 15 anos (cfr. artigos 132.º e 40.º do Código Penal da República Popular da China);

— é concedida aos órgãos judiciais (cfr. o caso dos Comitês Judiciais dos tribunais populares, nomeados e exonerados pelas várias formas de organização do congresso do povo consoante os graus de hierarquia desses tribunais — v. a Lei Orgânica dos Tribunais Populares da República Popular da China) a faculdade de, independentemente das circunstâncias concretas rodeadoras do crime apontarem no sentido de não dever ser imposta uma pena atenuada, sentenciarem em medida inferior ao mínimo legalmente prescrito (cfr. artigo 59.º do Código Penal da RPC);

— a prática frequente do processo criminal do Estado requisitante que, por alguma doutrina, tem sido considerada como conduzindo a que a investigação prove directamente, antes do julgamento, a «objectividade e relatividade da prova, do tipo legal e da medida da pena» (cfr. Estudo sobre o Modelo de Processo Penal e do Processo de Indemnização em Caso de Inocência do Prof. Tao Mao, Vice-Reitor da Universidade de Direito e Ciência Política da China, no Seminário realizado em 1994 em Macau e subordinado ao tema Linhas de Evolução do Direito da R.P.C.),

tal compromisso, dizíamos, não pode deixar de considerar-se algo que se reveste de tanta força vinculativa para os órgãos judiciais internos como os «mecanismos» a que se reporta o acórdão.

Com efeito, admitido como está pelo próprio aresto, que a garantia é juridicamente vinculante no plano internacional, não faz sentido que ela se não reflecta no plano interno, apresentando, pois, aí, idêntica força vinculante, quanto mais não seja por via do princípio da boa fé que estrutura a validade internacional dos compromissos assumidos por Estados soberanos.

Aliás, a nosso ver, o acórdão a que se encontra apendiculada a presente declaração, mesmo delimitando, pela interpretação restritiva que faz, o que para ele deve ser entendido como «direito interno do Estado requisitante», não logra demonstrar que, atento o ordenamento jurídico do Estado em questão, o compromisso in casu deparado não constitui ou, se se quiser, não faz ou vai fazer, em concreto, parte do respectivo «direito interno» no sentido (para o acórdão o único que deverá ser perspectivado como correcto) de integrar um mecanismo que se inscreva «vinculativamente no direito e processo criminais, ainda que» decorrente «do direito constitucional ou do direito jurisprudencial» desse Estado.

Em face do exposto, entendemos que uma norma como a ora sub iudicio, entendida no sentido de que é vedada a extradição quando o direito do Estado requisitante puna o crime com pena capital, salvo se este se comprometer, ainda que por mero acto unilateral, a não aplicar em concreto tal pena, não padece de inconstitucionalidade, uma vez que, assegurado que seja esse compromisso, salvaguardada está a defesa do aludido interesse positivo de defesa da vida, valor subjacente à injunção constante do n.º 3 do artigo 33.º da Constituição. — Vítor Nunes de Almeida — Bravo Serra.

### **Acórdão n.º 527/95**

**Publicação:** [Diário da República n.º 260/1995, Série I-A de 1995-11-10, páginas 6881 - 6885](#)

**Emissor:** [Tribunal Constitucional](#)

**Data de Publicação:** [1995-11-10](#)

Declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma do artigo 132.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38252, de 20 de Novembro de 1943, na parte em que estabelece a punição daquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado, o deixe partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenhe funções

directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do mesmo navio

### **Acórdão n.º 527/95**

### **Processo n.º 152/95**

### **Acordam, em plenário, no Tribunal Constitucional:**

#### I – Relatório

1 - O procurador-geral-adjunto em exercício no Tribunal Constitucional, como representante do Ministério Público, veio requerer, invocando os artigos 281.º, n.º 3, da Constituição de República Portuguesa e 82.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade da norma do artigo 132.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33252, de 20 de Novembro de 1943, na parte em que estabelece a punição como desertor daquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado, o deixar partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenha funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do navio.

Fundamenta o pedido no facto de tal norma ter sido «explicitamente julgada inconstitucional, por violação dos princípios da justiça e da proporcionalidade, ínsitos na ideia de Estado de direito democrático, através dos Acórdãos n.os 634/93, de 4 de Novembro [publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 76, de 31 de Março de 1994, p. 2952-(20)], 650/93, de 4 de Novembro [publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 76, de 31 de Março de 1994 (e não 4 de Novembro, como, por mero lapso, se refere), p. 2952-(27)], e 141/95, de 15 de Março», este ainda inédito, tendo sido juntas cópias de tais acórdãos.

Notificados, nos termos e para os efeitos dos artigos 54.º e 55.º, n.º 3, da Lei do Tribunal Constitucional, os Srs. Presidente da Assembleia da República e Primeiro-Ministro, apenas respondeu o Presidente da Assembleia da República, oferecendo o merecimento dos autos.

Cumpra, pois, apreciar e decidir.

#### II – Fundamentos

2 - O Decreto-Lei n.º 33252, de 20 de Novembro de 1943, aprovou e mandou pôr em execução, pelo seu artigo 1.º, o Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante (adiante, CPDMM), revogando através do seu artigo 3.º o anterior CPDMM,

aprovado por Carta de Lei de 4 de Julho de 1864, e toda a legislação que o tinha alterado ou completado.

O CPDMM aprovado em 1943 veio a sofrer uma alteração legislativa em 1975, através do Decreto-Lei n.º 678/75, de 6 de Dezembro, que eliminou as penas de prisão disciplinar.

O artigo 132.º do CPDMM, inserido na secção I («Da deserção»), do capítulo II («Dos crimes em especial») do título II («Dos crimes marítimos»), estabelece o seguinte:

É considerado desertor o tripulante que, não havendo motivo justificado, deixar partir o navio para o mar sem embarcar e, bem assim, aquele que sem autorização superior abandonar o serviço de bordo durante cinco ou mais dias consecutivos.

O pedido formulado pelo procurador-geral-adjunto visa apenas um segmento da norma atrás transcrita, que corresponde, grosso modo, à primeira parte do respectivo comando normativo, mas modalizado através de uma importante especificação: o pedido vem restringido aos tripulantes que não desempenhem funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do navio.

Importa ainda referir que o pedido também não abrange a norma do artigo 133.º do CPDMM, que estabelece a punição a aplicar ao tripulante que vier a desertar, ou melhor, que vier a ser considerado desertor, e que previa duas diferentes molduras penais, consoante o tripulante desertasse no porto de partida (prisão simples até um ano) ou em outro qualquer lugar (prisão simples até dois anos).

3 - Dos acórdãos em que vem fundamentado o pedido interessa particularmente considerar os n.os 634 e 650 de 1993, porquanto o Acórdão n.º 141/95 se limita a remeter para «as razões» dos outros arestos.

Embora não mencionado no pedido, por lhe ser posterior, não poderá deixar de se referir que, sobre a norma do artigo 132.º do CPDMM, com uma fundamentação essencialmente idêntica à dos acórdãos invocados no pedido, veio a ser proferido, pela 1.ª Secção do Tribunal, o Acórdão n.º 211/95, de 20 de Abril de 1995 (publicado no Diário da República, 2.ª série, de 24 de Junho de 1995), em que a decisão proferida assentou nos «princípios da subsidiariedade do direito penal e da necessidade da pena (artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da Constituição)».

4 - Os pedidos de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral formulados ao abrigo do preceituado no n.º 3 do artigo 281.º da Constituição - como é o caso dos autos - assentes em juízos concretos de inconstitucionalidade desencadeiam um processo de fiscalização abstracta sucessiva da conformidade constitucional da norma questionada, em que a declaração de tal (des)conformidade não é automática nem obrigatória, antes postulando uma nova apreciação da questão pelo Tribunal, devendo a declaração de

inconstitucionalidade - se for nesse sentido a decisão - limitar-se à norma ou normas questionadas, com o âmbito que decorre das respectivas decisões concretas.

Tais decisões julgaram inconstitucional a norma do artigo 132.º do CPDMM, na parte em que estabelece a punição como desertor daquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado, o deixe partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenhe funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do navio, fundando-se tais decisões na violação dos princípios constitucionais da justiça e da proporcionalidade, decorrentes da ideia de Estado de direito democrático.

Escreveu-se, com efeito, no Acórdão n.º 634/93, depois de se terem abordado duas outras perspectivas de apreciação da norma em causa face à factualidade constante dos autos, designadamente a da violação do princípio da igualdade de tratamento entre o pessoal de terra e o pessoal de mar e da violação do direito de escolher livremente a profissão, derivada do facto de a norma em causa criar eventualmente uma situação de trabalho obrigatório, perspectivas estas que não foram consideradas decisivas, o seguinte:

6 - Seja como for, uma abordagem mais incisiva da matéria em causa é, porém, a que pode ser feita à luz do princípio da subsidiariedade do direito penal (ou princípio da máxima restrição das penas), que, como é sabido, limita a intervenção da norma incriminadora aos casos em que não é possível, através de outros meios jurídicos, obter os fins pretendidos pelo legislador.

É certo que o princípio da subsidiariedade do direito penal não resulta expressamente das normas que correspondem à chamada «constituição penal» (artigos 27.º e seguintes da Constituição). Todavia, ele não é mais do que uma aplicação, ao direito penal e à política criminal, dos princípios constitucionais da justiça e da proporcionalidade, este afluído designadamente no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, e ambos decorrentes, iniludivelmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignada no artigo 2.º da lei fundamental.

Segundo Jescheck (Tratado de Derecho Penal - Parte General, trad., Bosch, 1986, p. 34), o princípio da proporcionalidade dos meios (proibição do excesso), também com consagração constitucional no direito alemão, refere-se ao conceito de Estado de direito material e foi introduzido expressamente no direito criminal como pressuposto de determinação das medidas penais. Deste princípio, bem como dos da protecção da dignidade da pessoa humana e da protecção geral da liberdade, resulta a limitação do direito penal à intervenção necessária para «assegurar a convivência humana na comunidade».

Como é sabido, entre nós, a consagração constitucional destes princípios não merece contestação desde a revisão constitucional de 1982.

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, (Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. 1.º, p. 170), o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio adequado para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); princípio da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos).

Ora, se parece controversa a afirmação de que a norma incriminadora em causa viola o princípio da proporcionalidade na primeira destas decorrências, e se não parece ainda totalmente líquido que o viola na segunda, já é indiscutível que o viola na terceira.

Com efeito, ao tornar criminosa a conduta de um trabalhador de bordo cujas funções não estão directa e normalmente relacionadas com a segurança do navio, mas apenas têm a ver com a actividade económica através dele exercida, a norma em causa revela-se excessiva.

É que, como afirma o Prof. Figueiredo Dias, «num Estado de direito material, de raiz social e democrática, o direito penal só pode e deve intervir onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre desenvolvimento e realização da personalidade de cada homem» («O sistema sancionatório do direito penal português no contexto dos modelos da política criminal»), Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, pp. 806-807). Daqui decorre, para o mesmo autor, que não devem constituir crimes - ou, sequer, caber no objecto do direito penal - as condutas, entre outras, que, «violando embora um bem jurídico, possam ser suficientemente contrariadas ou controladas por meios não criminais de política social; com o que a necessidade social se torna em critério decisivo de intervenção do direito penal: este, para além de se limitar à tutela de bens jurídicos, só deve intervir como ultima ratio da política social» («O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social», Jornadas de Direito Criminal - O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Centro de Estudos Judiciários, p. 323).

Pode, assim, reconhecer-se que haverá que pesar os diversos bens e valores em causa para efectuar uma «ponderação de interesses segundo as circunstâncias do caso concreto», para averiguar «se o sacrifício dos interesses individuais que a ingerência comporta mantém uma relação razoável ou proporcionada com a importância do interesse estatal que se trata de salvaguardar», já que, «se o sacrifício resulta excessivo, a medida deverá ser considerada inadmissível, ainda que satisfaça os restantes pressupostos e requisitos decorrentes do princípio da

proporcionalidade» (Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Colex, p. 225).

A este propósito, escreveu José de Sousa e Brito («A lei penal na constituição», *Estudos sobre a Constituição*, vol. 2.º, p. 218):

Entende-se que as sanções penais só se justificam quando forem necessárias, isto é, indispensáveis, tanto na sua existência como na sua medida, à conservação e à paz da sociedade civil. Uma vez que as sanções penais se traduzem numa limitação mais ou menos grave dos direitos individuais, o princípio restritivo dirá que essa limitação será a menor que as necessidades da conservação e da paz sociais consentirem. Haverá que adquirir em cada caso a convicção de que, se a sanção fosse suprimida ou reduzida, a ordem social poderia ser posta em causa.

É evidente que o juízo sobre a necessidade do recurso aos meios penais cabe, em primeira linha, ao legislador, ao qual se há-de reconhecer, também nesta matéria, um largo âmbito de discricionariedade. A limitação da liberdade de conformação legislativa, nestes casos, só pode, pois, ocorrer quando a punição criminal se apresente como manifestamente excessiva.

In casu, a incriminação não é, claramente, necessária para assegurar a navegabilidade da embarcação, tendo em conta as funções atribuídas ao arguido. E, para permitir um regular desenvolvimento da actividade económica da pesca de longo curso, configura-se como um recurso a meios desproporcionadamente gravosos para a prossecução desse objectivo, só compreensível por se tratar de uma disposição obsoleta, constante de um diploma pré-constitucional, elaborado à luz de valores evidentemente contraditórios com os consignados na Constituição vigente.

5 - No aresto acabado de transcrever, na parte com relevo para o caso, o juízo que conduziu à censura de inconstitucionalidade foi predominantemente conduzido à luz das exigências decorrentes do princípio da subsidiariedade do direito penal dentro de um quadro que se caracteriza pela não proibição directa, por parte da Constituição, da criminalização de condutas.

Ora, assentando o direito criminal de um Estado de direito democrático na dignidade da pessoa humana e sendo a culpa entendida como fundamento legitimador e limite ou, pelo menos, um dos fundamentos irrenunciáveis da aplicação de qualquer pena (cf. Figueiredo Dias, «Os novos recursos da política criminal», separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1983, fl. 27), em quaisquer situação de interrogação sobre a qualificação de certa conduta como «crime», há que averiguar da relação entre «a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal», para poder responder à questão de saber se existe uma correspondência legitimadora de tal qualificação (princípio da congruência, que decorre do artigo 18.º, n.º 2, em conjugação com o artigo 2.º, ambos da Constituição da República Portuguesa).



O direito penal é inquestionavelmente um «direito de protecção de bens jurídicos», e o recorte do respectivo âmbito material, isto é, a delimitação dos comportamentos sociais que devem ter-se por merecedores de uma reacção criminal, há-de assentar no princípio da necessidade.

Com efeito, o Estado de direito material só pode consentir a intervenção do direito penal ali onde «se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais do livre desenvolvimento da personalidade de cada homem», na formulação de Figueiredo Dias transcrita do Acórdão n.º 634/93, ou seja, o direito penal há-de limitar-se à protecção das condutas gravemente perturbadoras da ordem social, que por isso afectem a vida em comunidade e que, para além disso, tenham uma séria ressonância ética, não devendo a punição de tais condutas ser vista num puro plano sociológico, mas antes ético-jurídico.

Ainda segundo Figueiredo Dias, «mesmo quando uma conduta viola um bem jurídico, os instrumentos jurídico-penais devem ficar fora de questão sempre que a violação possa ser suficientemente controlada ou contrariada por meios não criminais de política social» (ibidem), pelo que, de entre o conjunto de medidas legislativas a que é possível recorrer para a protecção de bens jurídicos, o direito criminal não só deve ser o último recurso do legislador (princípio da subsidiariedade) como também, uma vez decidida a sua intervenção, deve ela ser guiada pelo princípio da máxima restrição das penas.

6 - Como se referiu, o Acórdão n.º 634/93 fez radicar o juízo de inconstitucionalidade nele vertido primordialmente nos princípios da subsidiariedade do direito penal, da justiça e da proporcionalidade, este aflorado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, e todos ancorados na ideia de Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º da Constituição.

Pelo seu lado, a fundamentação constante do Acórdão n.º 211/95, da 1.ª Secção, vai radicar essencialmente no momento da ponderação das condutas merecedoras de criminalização, como decorre do seguinte passo do acórdão:

O que justifica a inclusão de certas situações no direito penal é a subordinação a uma lógica de estrita necessidade das restrições de direitos e interesses que decorrem da aplicação de penas públicas (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição). E é também ainda a censurabilidade imanente de certas condutas, isto é, prévia à normatização jurídica, que as torna aptas a um juízo de censura pessoal.

Em suma, é, desde logo, a exigência de dignidade punitiva prévia das condutas, enquanto expressão de uma elevada gravidade ética e merecimento da culpa (artigo 1.º da Constituição, do qual decorre a protecção da essencial dignidade da pessoa humana), que se exprime no princípio constitucional da necessidade da pena (e não só da subsidiariedade do direito penal e da máxima restrição das penas que pressupõem apenas, em sentido estrito, a ineficácia de outro meio jurídico), que é posta em causa pela norma incriminadora contida nos artigos

132.º e 133.º do CPDMM, pelo menos na parte em que não há adstrição directa do tripulante à manutenção, segurança e equipagem do navio.

De qualquer modo, é inegável que cabe ao legislador o juízo sobre a necessidade de recurso aos meios penais, dispondo, nesta matéria, de uma ampla margem de liberdade, dado que inexistente na Constituição qualquer proibição de criminalização. Porém, a criminalização de condutas deve restringir-se aos comportamentos que violem bens jurídicos essenciais à vida em comunidade, devendo a liberdade de conformação do legislador ser limitada sempre que a punição criminal se apresente como manifestamente excessiva ou o legislador actue de forma voluntarista ou arbitrária, ou ainda as sanções se mostrem desproporcionadas ou desadequadas, isto é, não assegurem «a justa medida dos meios (penais) e dos fins (das penas)», não se garantindo uma «adequada proporção» entre as sanções e os factos que elas se destinam a punir.

Ora, a norma do artigo 132.º do CPDMM, no segmento em apreciação, ao estabelecer a punição criminal, como desertor, do tripulante que, não desempenhando funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do navio, o deixe partir para o mar sem motivo justificado, desde que tal comportamento não ponha em causa a navegabilidade da embarcação, está a sancionar pela norma mais grave uma actuação que não tem relação directa com o exercício da função marítima e que não justifica o recurso a meios social e humanamente tão gravosos como é a prevista incriminação como desertor, susceptível de acarretar uma pena de prisão até um ou dois anos (artigo 133.º do CPDMM).

A norma em apreciação consta de um diploma de 1943, uma época ainda dominada pelo grande relevo atribuído ao serviço público de transportes marítimos, quer de passageiros quer de mercadorias, e em que tinha grande repercussão económica a actividade pesqueira de alto mar ou ao largo, o que torna de certo modo compreensível a estatuição sancionatória nela contida.

Porém, tal compreensão não pode ir ao ponto de permitir que, face a um direito penal de justiça, assente na dignidade da pessoa humana e estruturado nos princípios da culpa (fundamento legitimador e limite das penas), da necessidade (só devem ter dignidade penal os bens jurídicos comunitários cuja violação atinja aspectos essenciais da vida em sociedade e alcancem elevada gravidade ética), da subsidiariedade e da máxima restrição das penas (as sanções penais hão-de ser sempre o último recurso das medidas legislativas para protecção e defesa dos bens jurídicos), da proporcionalidade (deve ser garantida uma adequada proporção entre as penas e os factos a que se aplicam), se mantenha essa norma para punir criminalmente a conduta de um trabalhador de bordo cujas funções não estão directa e normalmente ligadas com a segurança do navio, isto é, não afectam bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, designadamente não põem sequer em causa o valor de salvaguarda da vida humana no mar, valor este, sim, merecedor

de uma tutela mais atenta da ordem jurídica, ou seja, se mantenha tal norma apenas para defender o exercício da actividade económica desenvolvida a bordo.

Tem de se reconhecer que se trata de um meio excessivo, desproporcionado para realizar tal finalidade, pelo que se conclui que a norma do artigo 132.º do CPDMM, ao não respeitar o princípio da subsidiariedade do direito penal e da necessidade da pena, viola os princípios constitucionais da justiça e da proporcionalidade, decorrentes da ideia de Estado de direito democrático (artigos 18.º, n.º 2, e 2.º da Constituição).

### III – Decisão

O Tribunal Constitucional, na sequência do exposto, decide declarar, com força obrigatória geral, por violação dos artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, a inconstitucionalidade da norma do artigo 132.º do CPDMM, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38252, de 20 de Novembro de 1943, na parte em que estabelece a punição daquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado, o deixe partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenhe funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança, equipagem do mesmo navio.

Lisboa, 4 de Outubro de 1995. - Vítor Nunes de Almeida - Guilherme da Fonseca - Armindo Ribeiro Mendes - Fernando Alves Correia - Antero Alves Monteiro Dinis - Messias Bento - Maria Fernanda Palma - José de Sousa e Brito - Alberto Tavares da Costa - Luís Nunes de Almeida - Bravo Serra (vencido pelas mencionadas razões jurídicas que utilizei na declaração de voto que apus ao Acórdão n.º 634/93) - José Manuel Cardoso da Costa.

### **Acórdão n.º 95/2001**

**Publicação:** [Diário da República n.º 96/2002, Série II de 2002-04-24, páginas 7629 - 7632](#)

**Emissor:** [Tribunal Constitucional](#)

**Data de Publicação:** [2002-04-24](#)

**Processo n.º 626/2000**

Acordam na 3.ª Secção do Tribunal Constitucional:

I - Relatório. - 1 - O Ministério Público na comarca de Seia interpõe o presente recurso, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei do Tribunal Constitucional, para apreciação da constitucionalidade da norma constante da

última parte do § único do artigo 67.º do Decreto n.º 44 623, de 10 de Outubro de 1962.

Fá-lo, porque, na referida comarca, o juiz, na sentença de 3 de Julho de 2000, que proferiu na sequência do julgamento a que foi submetido, em processo sumário, Luís Filipe Abrantes Rasines, acusado, além do mais, da prática de um crime de pesca em época de defeso e em zona de pesca reservada (previsto e punível pelos artigos 5.º, 64.º e 67.º do referido Decreto n.º 44 623, de 10 de Outubro de 1962), recusou aplicação, por o julgar inconstitucional, à parte final do dito § único do mencionado artigo 67.º, absolvendo o arguido da acusação.

Neste Tribunal, o procurador-geral-adjunto aqui em funções concluiu como segue a sua alegação:

"1 - Uma norma penal que estabeleça uma pena fixa é inconstitucional, por violação dos princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da Constituição), da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição) e da igualdade (artigo 13.º da Constituição).

2 - Podendo o juiz recorrer aos institutos de natureza geral existentes no Código Penal (designadamente o da atenuação especial da pena e o de dispensa de pena), a pena prevista na parte final do § único do artigo 67.º do Decreto n.º 44 623, de 10 de Outubro de 1962, apenas tendencialmente será fixa.

3 - Dessa forma, e situando-se a norma no âmbito do direito penal da defesa do ambiente e de ecologia, ela não é inconstitucional, dado não violar qualquer dos princípios constitucionais mencionados na conclusão 1.ª

4 - Termos em que deverá proceder o presente recurso, em conformidade com o juízo de não inconstitucionalidade da norma desaplicada."

O recorrido não alegou.

2 - Cumpre decidir.

II - Fundamentos. - 3 - O caso dos autos:

O arguido - recorda-se - foi acusado (entre o mais) da prática de um crime de pesca em época de defeso e em zona de pesca reservada (previsto e punível pelos artigos 5.º, 64.º e 67.º do Decreto n.º 44 623, de 10 de Outubro de 1962).

Importa, então, reter o seguinte:

a) O arguido Luís Filipe Abrantes Rasines, no dia 1 de Julho de 2000, foi surpreendido a pescar na lagoa Comprida (serra da Estrela, concelho de Seia), tendo já pescado 15 trutas arco-íris e 2 bordalos, na altura em que foi encontrado;

b) A lagoa Comprida é zona de pesca reservada, criada como tal pela Portaria n.º 1081/99, de 16 de Dezembro, ao abrigo do preceituado nas bases XXIX e XXXIII da Lei n.º 2097, de 6 de Junho, e no artigo 5.º do citado Decreto n.º 44 623;

c) O arguido apenas possuía licença de pesca desportiva de âmbito nacional, e não licença de pesca desportiva válida para o concelho de Seia e licença especial diária para a zona de pesca reservada das lagoas da serra de Estrela, como exige o n.º 1 do Regulamento da Zona de Pesca Reservada das Lagoas da Serra da Estrela, anexo à citada Portaria n.º 1081/99, de 16 de Dezembro;

d) Por força do que dispõe o n.º 3 do mencionado Regulamento, a pesca só pode ser praticada na lagoa Comprida em período situado entre 1 de Maio e 30 de Setembro, "sendo estabelecidos por edital da Direcção-Geral das Florestas, dentro do referido período, os períodos de pesca para as diferentes espécies aquícolas";

e) Esse edital - prescreve o n.º 4 do mesmo Regulamento - deve definir, entre o mais, as espécies aquícolas que podem ser capturadas e os respectivos períodos de pesca;

f) Na data em que ocorreram os factos dos autos (1 de Julho de 2000) ainda não tinha sido afixado o edital a permitir a pesca na lagoa Comprida.

Como ainda não tinha aberto a pesca na lagoa Comprida, onde o arguido foi apanhado a pescar na data e condições indicadas, pois que ainda não tinha sido afixado o necessário edital, a sentença concluiu que ele se dedicava ao exercício da pesca em época de defeso e que o fazia numa zona de pesca reservada, por isso que concorria esta circunstância agravante: a de a pesca ter lugar em águas onde ela é reservada.

Entendeu, assim, a sentença que, com a sua conduta, o arguido cometeu o crime de pesca em época de defeso, tipificado no artigo 64.º do referido Decreto n.º 44 623, de 10 de Outubro de 1962 (alterado pelos Decretos n.os 312/70, de 6 de Julho, 315/71, de 13 de Fevereiro, Decreto Regulamentar n.º 18/86, de 20 de Maio, e Decreto Regulamentar n.º 11/89, de 27 de Abril) - diploma que foi editado para dar execução à mencionada Lei n.º 2097, de 6 de Junho de 1959, que contém as Bases do Fomento Piscícola nas Águas Interiores -, uma vez que, nas zonas de pesca reservada, que são criadas por portaria (cf. artigo 5.º do referido Decreto n.º 44 623), a pesca desportiva só é permitida nos termos dos respectivos regulamentos (cf. o § 2.º do artigo 4.º do mesmo Decreto n.º 44 623) - o que significa que, no caso, o arguido só podia pescar na lagoa Comprida depois de afixado o edital a abrir o período de pesca e possuindo as licenças atrás indicadas.

Ora - dispõe o artigo 64.º do mesmo Decreto n.º 44 623 -, a pesca nas épocas de defeso constitui crime punível com pena de prisão de 10 a 40 dias e multa de 100\$ a 5000\$.

Abre-se aqui um parêntesis para deixar nota de que - por força do que dispõe o assento do Supremo Tribunal de Justiça n.º 6/83, de 21 de Outubro (publicado no Diário da República, 1.ª série, de 14 de Novembro de 1983) - o montante da multa foi, entretanto, actualizado pelos Decretos-Leis n.os 667/76, de 5 de Agosto, e 131/82, de 23 de Abril.

O crime de pesca em época de defeso (previsto e punível pelo mencionado artigo 64.º) - que, segundo a sentença, foi o que o arguido cometeu - é agravado, sendo-lhe, então, aplicável o máximo da pena prevista no artigo 64.º, quando praticado, como no caso aconteceu, numa zona de pesca reservada: é o que preceitua o artigo 67.º e seu § único do dito Decreto n.º 44 623.

De facto, o artigo 67.º e seu § único dispõem:

"Constitui circunstância agravante das infracções previstas e punidas pelos artigos 61.º, 63.º, 64.º e 65.º o facto de terem sido praticadas de noite ou em águas onde a pesca for proibida, reservada ou objecto de concessão.

§ único. Quando concorra qualquer destas agravantes, as penas previstas no artigo 61.º nunca poderão ser inferiores a seis meses de prisão e a 5000\$ de multa. Nos casos dos artigos 63.º, 64.º e 65.º serão aplicados os máximos das penas."

4 - A norma sub iudicio:

Foi, justamente, a parte final do § único do artigo 67.º, acabado de transcrever - ou seja: o segmento dele que manda aplicar o máximo da pena prevista no artigo 64.º para o crime de pesca em época de defeso, quando concorra a agravante de a pesca ter lugar em zona de pesca reservada - que a sentença recorrida desaplicou, com fundamento em que nela se comina uma pena fixa, o que sublinha a mesma sentença - viola o princípio da culpa, por isso que é inconstitucional.

É, pois, a norma que consta da parte final do § único do mencionado artigo 67.º que constitui objecto do presente recurso.

5 - A questão de constitucionalidade:

5.1 - Como este Tribunal sublinhou no Acórdão n.º 83/95 (publicado nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, vol. 30.º, p. 521), o direito penal, no Estado de direito, tem de edificar-se sobre o homem como ser pessoal e livre - do homem que, sendo responsável pelos seus actos, é capaz de se decidir pelo direito ou contra o direito. Há-de ser, por isso, um direito penal ancorado na dignidade da pessoa humana, que tenha a culpa como fundamento e limite da pena, pois não é admissível pena sem culpa, nem em medida tal que exceda a da culpa. Ou seja: há-de ser um direito penal de culpa [cf. sobre isto, embora em termos não inteiramente coincidentes, Jorge de Figueiredo Dias ("Sobre o Estado actual da doutrina do crime", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano I, pp. 28 e segs.) e José de Sousa e Brito ("A lei penal na Constituição", in Estudos sobre a Constituição,

vol. 2.º, Lisboa, 1978, p. 218)]. É um direito penal que só pode intervir para a protecção de bens jurídicos, mas de bens jurídicos com dignidade penal (é dizer: com ressonância ética), sendo que a danosidade social capaz de justificar a imposição de uma punição - como adverte Eduardo Correia ("Estudos sobre a reforma do direito penal depois de 1974", in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 119.º, p. 6) - há-de ser ajuizada no plano ético-jurídico e não num plano meramente sociológico.

O direito penal, enquanto direito de protecção, cumpre, por isso, uma função de ultima ratio, pois só se justifica que intervenha se a protecção dos bens jurídicos não puder ser assegurada com eficácia mediante o recurso a outras medidas de política social menos violentas e gravosas do que as sanções criminais [cf. também Jorge de Figueiredo Dias ("O sistema sancionatório no direito penal português", in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, Boletim da Faculdade de Direito, número especial, 1984, p. 807) e José de Sousa e Brito (ob. cit. e loc. cit.)].

A necessidade da pena - que, repete-se, há-de ser uma pena de culpa - limita, pois, o âmbito de intervenção do direito penal, sendo mesmo o critério decisivo dessa intervenção (cf. Eduardo Correia, loc. cit.)

O legislador, que deve observar também um princípio de humanidade na previsão das penas (cf. artigo 25.º, n.os 1 e 2, da Constituição), há-de ainda ter em conta que a ideia de necessidade da pena leva implicada a da sua adequação e proporcionalidade. Ou seja: na previsão das penas deve ele procurar uma justa medida - uma adequada proporção - entre as penas e os factos a que elas se aplicam: a gravidade das penas deve ser proporcional à gravidade das infracções.

O Tribunal, quando teve de ajuizar uma norma penal à luz do princípio constitucional da proporcionalidade, sublinhou sempre que o legislador goza de ampla liberdade na definição dos crimes e no estabelecimento das penas correspondentes. E sublinhou, bem assim, que, nessa matéria, ele só pode censurar, *ratione constitutionis*, as decisões legislativas que contenham incriminações arbitrárias ou punições excessivas: é que, no Estado de direito, o legislador está vinculado por concepções de justiça; ora, o princípio de justiça impede-o de actuar arbitrariamente ou de forma excessiva [cf. neste sentido, entre outros, o citado Acórdão n.º 83/95 e os Acórdãos n.os 634/93 e 480/98 (publicados nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, vols. 26.º, p. 205, e 40.º, p. 507) e 108/99 (publicado no Diário da República, 2.ª série, de 1 de Janeiro de 1999)].

Em síntese: como sublinha Eduardo Correia (loc. cit.), "o ponto de referência de um conceito material de crime supõe sempre que o agente seja merecedor da pena". E esta ideia - sublinha o mesmo autor - tem de ser conjugada com a ideia de necessidade social. E citando Sax, acrescenta: "necessidade da pena como o caminho mais humano para proteger certos bens jurídicos. Merecedor da pena como qualidade de alguém que a deva sofrer".

O que se disse resulta, aliás, entre outros, dos seguintes artigos da Constituição: do artigo 1.º, que baseia a República na dignidade da pessoa humana; do artigo 18.º, n.º 2, que condiciona a legitimidade das restrições de direitos à necessidade, adequação e proporcionalidade das mesmas; do artigo 25.º, n.º 1, que sublinha a inviolabilidade da integridade pessoal; e do artigo 30.º, n.º 1, que proíbe penas ou medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida.

5.2 - O princípio da culpa, enquanto princípio conformador do direito penal de um Estado de direito, proíbe - já se disse - que se aplique pena sem culpa e, bem assim, que a medida da pena ultrapasse a da culpa.

Trata-se de um princípio que emana da Constituição e que, na formulação de José de Sousa e Brito (loc. cit., p. 199), se deduz da dignidade da pessoa humana, em que se baseia a República (artigo 1.º da Constituição), e do direito de liberdade (artigo 27.º, n.º 1); e, nos dizeres de Jorge de Figueiredo Dias, vai buscar o seu fundamento axiológico "ao princípio da inviolabilidade da dignidade pessoal: o princípio axiológico mais essencial à ideia do Estado de direito democrático" (Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime, Lisboa, 1993, p. 73).

Pois bem: um direito penal de culpa não é compatível com a existência de penas fixas: de facto, sendo a culpa não apenas princípio fundante da pena, mas também o seu limite, é em função dela (e, obviamente também, das exigências de prevenção) que, em cada caso, se há-de encontrar a medida concreta da pena, situada entre o mínimo e o máximo previsto na lei para aquele tipo de comportamento. Ora, prevendo a lei uma pena fixa, o juiz não pode, na determinação da pena a aplicar ao caso que lhe é submetido, atender ao grau de culpa do agente é dizer: à intensidade do dolo ou da negligência.

A previsão pela lei de uma pena fixa também não permite que o juiz, na determinação concreta da medida da pena, leve em consideração o grau de ilicitude do facto, o modo de execução do mesmo e a gravidade das suas consequências, nem tão-pouco o grau de violação dos deveres impostos ao agente, nem as circunstâncias do caso que, não fazendo parte do tipo de crime, deponham a favor ou contra ele.

Ora, isto pode ter como consequência que o juiz se veja forçado a tratar de modo igual situações que se aparentemente são iguais, por, essencialmente, acabarem por ser muito diferentes. Ou seja: prevendo a lei uma pena fixa, o juiz não tem maneira de atender à diferença das várias situações que se lhe apresentam.

Mas, o princípio da igualdade - que impõe se dê tratamento igual a situações essencialmente iguais e se trate diferentemente as que forem diferentes - também vincula o juiz.



A lei que prevê uma pena fixa pode também conduzir a que o juiz se veja forçado a aplicar uma pena excessiva para a gravidade da infracção, assim deixando de observar o princípio da proporcionalidade, que exige que a gravidade das sanções criminais seja proporcional à gravidade das infracções.

Por isso, a norma legal que preveja uma pena fixa viola o princípio da culpa, que enforma o direito penal, e o princípio da igualdade, que o juiz há-de observar na determinação da medida da pena. E pode violar também o princípio da proporcionalidade. E isto é assim quer a pena que a norma prevê seja uma pena de prisão quer seja uma pena de multa.

Jorge de Figueiredo Dias (Direito Penal Português, cit., p. 193), depois de dizer que decorre da Constituição que a determinação da pena exige cooperação - "mas também, por outro lado, uma separação de tarefas e de responsabilidades tão nítida quanto possível - entre o legislador e o juiz", sublinha que "uma responsabilização total do legislador pelas tarefas de determinação da pena conduziria à existência de penas fixas e, conseqüentemente, à violação do princípio da culpa e (eventualmente também) do princípio da igualdade".

Este Tribunal, no seu Acórdão n.º 202/2000 (publicado no Diário da República, 2.ª série, de 11 de Outubro de 2000), debruçou-se sobre a norma constante do artigo 31.º, n.º 10, da Lei n.º 30/86, de 27 de Agosto - que mandava aplicar a pena fixa de interdição do direito de caçar por um período de cinco anos àquele que caçasse em zonas de regime cinegético especial em épocas de defeso ou com o emprego de meios não permitidos -, e concluiu que a mesma era inconstitucional, por violar os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade.

Escreveu-se aí:

"Deve, pois, reconhecer-se que a cominação, pela norma em análise, de uma pena fixa, de quantum legalmente determinado sem possibilidade de individualização de acordo com as circunstâncias do caso concreto, não se acha em conformidade com a exigência de que à desigualdade da situação concreta (do facto cometido e das suas 'circunstâncias') corresponda também uma diferenciação da sanção penal que lhe é aplicada, e que esta seja proporcional às circunstâncias relevantes de tal situação concreta.

Os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade implicam, na verdade, o juízo de que a cominação de uma pena de interdição do direito de caçar invariável de cinco anos para o 'crime de caça' do artigo 31.º, n.º 10, da Lei n.º 30/86 é materialmente inconstitucional."

5.3 - Importa, então, saber se a norma sub judicio prevê uma pena fixa, pois, tal sucedendo, ela é constitucionalmente ilegítima nos termos que se deixaram apontados.

5.3.1 - Este Tribunal, no seu Acórdão n.º 83/91 (publicado nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, vol. 18.º, pp. 493), apreciou, justamente, a norma constante da parte final do § único do artigo 67.º do Decreto n.º 44 623, de 10 de Outubro de 1962, na parte em que determina que, no caso de pesca em período de defeso, quando concorra a circunstância agravante de o facto haver sido praticado de noite, deve ser aplicado o máximo da pena.

Sublinhou-se nesse aresto que "não se nega, em tese geral, que os princípios da igualdade e da proporcionalidade possam implicar o juízo de que a cominação de penas criminais fixas quanto a certo crime por uma concreta norma jurídica seja tida por materialmente inconstitucional". Acrescentou-se que "não se crê igualmente que destes princípios constitucionais tenha que decorrer necessariamente, de forma directa ou indirecta, a ilegitimidade constitucional de todas as chamadas penas fixas". Mais adiante, o aresto ponderou que, "no domínio do direito penal económico ou do direito penal de defesa do ambiente e da ecologia, pode aceitar-se, em casos pontuais e para certos tipos de infracções, a cominação de penas fixas, ainda que o juiz possa sempre recorrer aos meios gerais de suspensão da pena ou mesmo de dispensa da pena. Nessa medida, só tendencialmente as penas serão fixas". Transcreve, a seguir, uma passagem de um estudo de Jorge de Figueiredo Dias ("Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico", in *Direito Penal Económico*, CEJ, Coimbra, 1985, p. 40), em que o autor afirma que, "em âmbitos determinados do direito penal económico", "de acordo com a ideia de que a este direito não compete só uma função de protecção de bens jurídicos, mas também de promoção de valores económico-sociais no seio da comunidade", a lei pode, legitimamente, proibir o juiz de impor "uma pena inferior ao limite mínimo ditado pela culpa", mas sem que essa proibição possa ir tão longe "que impeça a proporcionalidade entre a pena e a infracção, quando esta seja de pequena gravidade", pois, de contrário, "estaria a ultrapassar-se o limite máximo permitido pela culpa, em homenagem a razões de pura prevenção geral negativa ou de intimidação o que seria, além do mais, duplamente inconstitucional por irremissível violação do princípio da culpa, imposto pelos artigos 1.º, 13.º e 25.º, n.º 1, da Constituição, e inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade das sanções no direito penal económico, reconhecido sem quaisquer limitações pelo artigo 88.º da nossa lei fundamental".

No dito aresto acrescentou-se, a seguir a essa transcrição, o seguinte:

"Nesta linha de pensamento, não se crê que possa afirmar-se [...] que a cominação desta pena fixa concreta, quando surja uma circunstância agravante específica, viole intoleravelmente os princípios da culpa ou da proporcionalidade das sanções à gravidade das infracções."

Passando à justificação desta conclusão e começando por se encarar as coisas à luz do princípio da igualdade, escreveu-se no aresto:

"Por um lado, não pode falar-se, no caso sub iudicio, de violação do princípio da igualdade, na medida em que a norma desaplicada considera manifestamente um grau de culpa que normalmente se verifica no comum dos casos de pesca ilegal nocturnas nos períodos de defeso, sendo certo que acentuado. Seja como for, tal norma (ou outras normas do diploma) não impede, de forma absoluta, que o juiz adeque a sanção à gravidade da infracção, de harmonia com os ditames da justiça distributiva."

E mais adiante:

"No presente processo, e de forma decisiva, há-de considerar-se [...] que 'só em via de princípio', ou seja, tendencialmente, se pode ter por fixa a cominação de penas prevista nesta legislação sobre fomento da piscicultura e da defesa da pesca nos rios, já que [...] nada obsta a que no caso, desde que tal se justifique, se proceda à atenuação especial da pena (artigos 73.º e 74.º do Código Penal) ou mesmo à dispensa da pena (artigo 75.º do mesmo Código).

[...] Quer dizer, a norma sancionatória, devidamente interpretada no contexto sistemático do Código Penal, não conduz a resultados arbitrários, nem implica necessariamente uma igualdade de tratamento perante situações diversas de agentes com acentuadas diferenças de grau de culpabilidade. Na verdade, como se viu, não pode sustentar-se que a norma proíba de forma absoluta que o juiz estabeleça uma diferenciação na aplicação de sanções quanto a arguidos em situações materialmente diferentes, dando assim acolhimento à ideia de diversificação, em detrimento de uma ideia de tratamento uniforme, encarada, em princípio, pelo legislador."

A seguir, apreciando a norma à luz do princípio da proporcionalidade, ponderou o acórdão:

"Por outro lado, o estabelecimento de uma pena tendencialmente fixa nestes casos não pode considerar-se que viole o princípio da proporcionalidade, o qual postula, no direito penal, que a gravidade das sanções deve ser proporcional à gravidade das infracções. A melhor interpretação da norma desaplicada não acarreta um resultado que possa qualificar-se como manifesta violação do princípio da proporcionalidade, visto que o juiz dispõe sempre, como se viu, da possibilidade de recorrer a institutos de natureza geral como o de atenuação especial da pena e o da dispensa de pena, evitando que se atinjam, em concreto, resultados intoleráveis ou gravemente chocantes, 'em homenagem a razões de pura prevenção geral negativa ou de intimidação', para se utilizarem as expressões de Figueiredo Dias, no passo atrás transcrito.

Acresce que a pena cominada para o comum dos casos se afigura como razoavelmente proporcionada ao conjunto de comportamentos reconduzíveis a este específico tipo criminal, no comum dos casos da vida, não tendo este Tribunal razões para censurar a opção do legislador neste caso concreto.

Reafirma-se, assim, que tal pena tendencialmente fixa não ofende o princípio da proporcionalidade da sanção à gravidade da infracção, isto dando por adquirido que a eliminação do antigo artigo 88.º da Constituição na 2.ª revisão constitucional, em 1989, não traduziu uma diferente valoração do legislador constitucional sobre os princípios básicos do direito penal, em especial do direito penal económico [...]."

Por fim, olhando a norma então sub judicio sob a perspectiva do princípio da culpa, o aresto acrescentou:

"Por último, também para aqueles que sustentam que está constitucionalmente consagrado o princípio da culpa em matéria penal, tão-pouco se pode dizer que a cominação de penas fixas, com o sentido de tendencial fixidez atrás exposto, possa conduzir a uma 'irremissível violação do princípio da culpa', de novo se utilizando a expressão de Figueiredo Dias atrás transcrita. É que, já se viu, continua a reconhecer-se ao juiz uma apreciável intervenção na adequação da sanção ao agente, em função dos resultados apurados no julgamento, admitindo-se que seja determinada uma atenuação especial da pena ou, até, a dispensa de pena. O juiz não está limitado a condenar ou a absolver o arguido. No caso de ter de condenar, não tem necessariamente de lhe aplicar uma sanção rigidamente fixa, como mero efeito da lei. [...] Se é verdade que, em linha de princípio, se deve preferir um sistema de mobilidade das penas cominadas para cada tipo criminal, entre um mínimo e um máximo fixados na lei, de forma que o juiz possa graduar a pena à gravidade da infracção e à culpabilidade do agente, não se pode dizer que o estabelecimento de uma pena tendencialmente fixa prive de todo em todo o juiz de levar em conta a individualidade concreta do agente e as específicas circunstâncias de cada caso, como atrás se viu. Também aqui se pode dizer que não é violado o princípio da culpa, dando como suposto que o mesmo tem consagração constitucional.

Tudo isto para concluir que não se mostram, assim, violados pela norma em análise os princípios constitucionais de igualdade e de proporcionalidade das sanções criminais."

O Tribunal retomou a doutrina deste Acórdão n.º 83/91, aplicando-a no caso sobre que incidiu o Acórdão n.º 441/93 (publicado nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, vol. 25.º, p. 643). Estava aí em causa uma contra-ordenação [prevista e punível pelo artigo 14.º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 357/87, de 17 de Novembro], consistente na construção de um muro em blocos de cimento e na pavimentação de um terreno, dentro dos limites da Área de Paisagem Protegida do Litoral de Esposende, sem previamente se ter obtido a necessária autorização do director daquela área.

Escreveu-se então:

"E na eventualidade de se vir a alcançar com tal operação redutora uma coima de montante não variável, dir-se-á, na linha de fundamentação desenvolvida no Acórdão n.º 83/91, publicado no Diário da República, 2.ª série, de 30 de Agosto de 1991, para o qual agora se remete, que dos princípios constitucionais da justiça, da igualdade e proporcionalidade 'não decorre necessariamente, de forma directa ou indirecta, a ilegitimidade constitucional de todas as chamadas penas fixas', não existindo assim um obstáculo constitucional a uma sanção contra-ordenacional dessa natureza."

Posteriormente, o Tribunal, em plenário, no Acórdão n.º 175/97 (publicado nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, vol. 36.º, p. 103), confrontado com uma situação em que o limite mínimo de uma coima passou a ser igual ao seu limite máximo (ou seja, em que a coima passou a ser de montante fixo), recordou a doutrina dos Acórdãos n.os 83/91 e 441/93, e citou a passagem que acabou de transcrever-se. Fê-lo, no entanto, não já para se louvar nessa doutrina, mas tão-somente para deixar em aberto a questão de saber se é (ou não) constitucionalmente admissível a fixação pela lei de coimas de montante fixo.

Escreveu-se aí, a esse propósito, o seguinte:

"Só que, mesmo sem se questionar uma tal jurisprudência - questão que aqui se deixa em aberto -, a verdade é que, in casu, a possibilidade de aplicação de uma sanção não variável implicaria uma frontal contradição com a vontade expressa do legislador no artigo 30.º da Lei n.º 30/89, onde se estabelecem os critérios para a graduação e determinação, em concreto, dos montantes das coimas."

Pode dizer-se, em síntese, que o citado Acórdão n.º 83/91 concluiu que a norma, que está sub judicio nestes autos, não viola o princípio da igualdade, nem o da proporcionalidade, nem o da culpa - e, por isso, não é inconstitucional -, porque, não proibindo o juiz de lançar mão do instituto da atenuação especial da pena ou, sendo caso disso, mesmo do da isenção de pena, o que, ao cabo e ao resto, a norma em causa comina é uma pena tendencialmente fixa. Não uma pena rigidamente fixa. Ora - pondera o aresto -, só este último tipo de pena fixa a Constituição proíbe. Ou seja, ela só proíbe que a lei preveja penas que, no caso de se provar que "o arguido agiu ilícita e culposamente, isto é, que é imputável e que não se verifica nenhuma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade", o juiz tenha de aplicar rigidamente, sem poder fazer outra coisa senão absolver ou condenar o arguido, pois, "devendo condená-lo, terá de lhe aplicar a pena prevista na lei, sem possibilidade de qualquer graduação". A Constituição - sublinha o acórdão - não proíbe as penas só tendencialmente fixas, ou seja, aquelas que o juiz, em princípio, não pode graduar, mas em que pode "recorrer a institutos de carácter geral, como os da atenuação especial da pena ou da dispensa da pena, para adequar a sanção à personalidade do agente e às circunstâncias apuradas quanto à infracção".

5.3.2 - Pois bem: flui do que se disse atrás (supra n.os 5.1 e 5.2) que a proibição constitucional de penas fixas acarreta a ilegitimidade de todas as penas fixas: mesmo daquelas a que o Acórdão n.º 83/91 chama penas só tendencialmente fixas.

Decorre, na verdade, dos princípios da culpa, da igualdade e da proporcionalidade a necessidade de a lei prever penas variáveis: é que, só desse modo o legislador abre ao juiz a possibilidade de graduar a pena, fixando-a entre o mínimo e o máximo que a lei prevê, de acordo com todas as circunstâncias atendíveis (grau de culpa, necessidades de prevenção e demais circunstâncias), por forma a punir diferentemente situações que, sendo aparentemente iguais, são, em si mesmas, diferentes, e de modo também a evitar o risco de aplicar penas desproporcionadas às infracções cometidas, tendo em consideração todo o quadro que envolveu a prática de cada uma delas. Ou seja: só prevendo o legislador penas variáveis, pode o juiz adequar a pena à culpa do agente, às exigências de prevenção e, bem assim, às demais circunstâncias que ele deve considerar para encontrar, em concreto, a pena ajustada a cada caso.

Esse resultado não o pode, com efeito, o juiz atingir, lançando mão do instituto da atenuação especial da pena ou, sendo o caso, do da dispensa de pena, a que faz apelo o Acórdão n.º 83/91 para ver consagrada, na norma sub iudício, uma pena que, tão-só tendencialmente, é uma pena fixa, e não uma pena rigidamente fixa: é que, desde logo, a atenuação especial da pena pressupõe que a pena (de prisão ou de multa) aplicável ao caso seja variável (cf. o artigo 73.º do Código Penal); e, depois, supõe a ocorrência de um quadro de circunstâncias com valor fortemente atenuativo ("quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou necessidade da pena", diz o n.º 1 do artigo 72.º do mesmo Código). E, quanto à dispensa de pena, também só pode recorrer-se a ela, quando, estando em causa uma infracção de pequena gravidade (recte, uma infracção punível com prisão não superior a seis meses, ou só com multa não superior a 120 dias), o juiz verificar que são "diminutas" "a ilicitude do facto e a culpa do agente"; que o "dano" já foi "reparado"; e que "à dispensa de pena" se não opõem "razões de prevenção" (cf. o artigo 74.º do mesmo Código).

Estes mecanismos são, de facto inaptos para - como se escreveu no citado Acórdão n.º 202/2000, a propósito da atenuação especial da pena - "dar conta da necessária adequação da pena em concreto às circunstâncias a considerar - à culpa do agente e às necessidades de prevenção".

Recorrendo, de novo, aos dizeres do Acórdão n.º 202/2000:

"Não pode aceitar-se o argumento de que, interpretando a norma em causa como prevendo uma pena apenas 'tendencialmente fixa' ela não viola o princípio da igualdade e da proporcionalidade, do qual decorre que a gravidade das penas (e das medidas de segurança) há-de ser proporcional à gravidade das infracções,

encaradas sob o ponto de vista, respectivamente, da culpa e das necessidades de prevenção geral (e, para aquelas medidas, da prevenção especial, perante a perigosidade do agente)."

E, mais adiante, ponderou ainda o mesmo Acórdão n.º 202/2000:

"A admissão de que o recurso a estas possibilidades, previstas na lei geral - de atenuação especial da pena e de dispensa de pena -, bastaria para permitir a graduação, no caso concreto, de uma pena prevista na lei como de duração fixa, assim a tornando proporcional às circunstâncias deste, se coerentemente seguida, conduziria, aliás, à conclusão da desnecessidade de previsão de quaisquer molduras penais abstractas, satisfazendo-se as exigências constitucionais da igualdade e da proporcionalidade através daqueles institutos gerais."

5.4 - Conclusão. - A norma constante da parte final do § único do artigo 67.º do Decreto n.º 44 623, de 10 de Outubro de 1962, aqui sub judicio - ou seja: o segmento dele que manda aplicar o máximo da pena prevista no artigo 64.º para o crime de pesca em época de defeso, quando concorra a agravante de a pesca ter lugar em zona de pesca reservada - é, pois, inconstitucional: ela viola os princípios constitucionais da culpa, da igualdade e da proporcionalidade.

III - Decisão. - Pelos fundamentos expostos, decide-se:

a) Julgar inconstitucional - por violação dos princípios constitucionais da culpa, da igualdade e da proporcionalidade - a norma constante da parte final do § único do artigo 67.º do Decreto n.º 44 623, de 10 de Outubro de 1962 (ou seja: o segmento dele que manda aplicar o máximo da pena prevista no artigo 64.º para o crime de pesca em época de defeso, quando concorra a agravante de a pesca ter lugar em zona de pesca reservada);

b) Em consequência, confirmar a sentença recorrida quanto ao julgamento da questão de constitucionalidade.

Lisboa, 13 de Março de 2001. - Messias Bento - Maria dos Prazeres Beleza - José de Sousa e Brito - Alberto Tavares da Costa (revendo a posição assumida em anteriores acórdãos, como o citado n.º 83/91) - Luís Nunes de Almeida.

## Acórdão n.º 548/2001

Proc. n.º 777/00

3ª Secção

Relatora: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza

Acordam, na 3ª Secção do Tribunal Constitucional:

1. A representante do Ministério Público no Tribunal Judicial da Comarca de Nelas veio interpor recurso para o Tribunal Constitucional da sentença, de fls. 220, proferida por aquele tribunal nos autos de Processo Comum Singular n.º 41/99, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 70º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro.

O recurso interposto baseia-se na circunstância de tal decisão ter recusado “a aplicação da parte final da norma constante do artigo 24º, n.º 1 do R.G.I.F.N.A. – ao caso sub judice – interpretada no sentido de que impondo que o limite mínimo da pena de multa a aplicar ao arguido seja equivalente ao montante da prestação em dívida, poderá conduzir a que a pena de multa concretamente aplicada a cada arguido, exceda os limites impostos pela sua culpa concreta e se desconsidere a sua situação económica, com fundamento na sua inconstitucionalidade”.

2. Notificado para o efeito, o representante do Ministério Público no Tribunal Constitucional apresentou as suas alegações. Afirmou, em síntese, que “muito embora a decisão recorrida tenha recusado (...) a aplicação da parte final da norma contida no artigo 24º, n.º 1 do RJFNA, a verdade é que não retirou daí qualquer consequência”. E acrescentou:

“Ora, como a jurisprudência constitucional tem reiteradamente afirmado, só cabe recurso das decisões que desapliquem normas por inconstitucionalidade se essa desaplicação constituir fundamento da decisão.

Efectivamente – escreveu-se no acórdão n.º 48/85 – cabendo recurso para o Tribunal Constitucional, nos termos do disposto na Constituição e na lei, das decisões dos tribunais que hajam recusado a aplicação de qualquer norma, com fundamento na sua inconstitucionalidade, forçoso é concluir que não cabe recurso daquelas decisões em que se haja considerado determinada norma como inconstitucional, mas apenas como obter dictum ou em argumento ad ostentationem, sem que tal consideração tenha tido que ver com a decisão da causa ou tenha constituído, propriamente, fundamento dessa decisão. É que, em boa verdade, em tais casos não houve uma verdadeira recusa de aplicação da norma.



Assim, não constituindo fundamento da decisão a recusa de aplicação da parte final do artigo 24º, nº 1 do RJFNA, não deve conhecer-se do objecto do recurso, por irrecurribilidade dessa decisão".

Os recorridos não contra-alegaram.

3. Importa começar por conhecer da questão do não conhecimento do objecto do recurso, suscitada pelo Ministério Público, o que exige a análise da decisão recorrida.

Os arguidos R... e A ... foram condenados, por sentença do Tribunal Judicial da Comarca de Nelas, pela prática de um crime de abuso de confiança fiscal, previsto e punido pelo nº 1 do artigo 24º do Regime das Infracções Fiscais Não Aduaneiras, aprovado pelo Decreto-Lei nº 20-A/90, de 15 de Janeiro (na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 394/93, de 24/11). É o seguinte o texto do artigo 24º:

## **Artigo 24º**

### **Abuso de confiança fiscal**

1. Quem se apropriar, total ou parcialmente, de prestação tributária deduzida nos termos da lei e que estava legalmente obrigado a entregar ao credor tributário será punido com pena de prisão até três anos ou multa não inferior ao valor da prestação em falta nem superior ao dobro sem que possa ultrapassar o limite máximo legalmente estabelecido.

2. Para os efeitos do disposto no número anterior, considera-se também prestação tributária a que foi deduzida por conta daquela, bem como aquela que, tendo sido recebida, haja obrigação legal de a liquidar, nos casos em que a lei o preveja.

3. É aplicável o disposto no número anterior ainda que a prestação deduzida tenha natureza parafiscal e desde que possa ser entregue autonomamente.

4. Se no caso previsto nos números anteriores a entrega não efectuada for inferior a 250 000\$, o agente será punido com multa até 120 dias.

5. Se nos casos previstos nos números anteriores a entrega não efectuada for superior a 5 000 000\$, o agente será punido com prisão de um até cinco anos.

6. Para instauração do procedimento criminal pelos factos previstos nos números anteriores é necessário que tenham decorrido 90 dias sobre o termo do prazo legal de entrega da prestação.

Cumprе analisar o percurso seguido pela decisão recorrida para alcançar a medida concreta da pena.

Após ter concluído no sentido de se ter provado a prática do crime de abuso de confiança fiscal (nº 1 do artigo 24º do RJFNA) pelos dois arguidos, o Tribunal procedeu à determinação do valor da prestação em falta, entendendo que tal valor é de 2.021.824\$00. Decidiu então optar pela pena de multa, fundamentando detidamente tal opção. De seguida, traçou abstractamente os critérios a seguir na fixação da pena, analisando doutrina sobre a matéria, e enumerou as circunstâncias que depunham a favor e contra os arguidos. Concluiu nos seguintes termos:

“A pena de multa a aplicar é fixada em dias, de 10 a 360 dias para as pessoas singulares e de 20 até 1000 dias para as pessoas colectivas. A cada dia de multa corresponde uma quantia entre 2.000\$00 e 100.000\$00, para as pessoas singulares e 5.000\$ e 500.000\$00 para as pessoas colectivas (art. 11º do RJFNA).

Tudo ponderado, no caso concreto, o Tribunal crê que uma pena situada perto de um terço da moldura abstracta será suficiente e adequada para a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

Não se olvida que são fortes as exigências da prevenção geral que se fazem sentir neste domínio, dado o alargamento de devedores de imposto, no entanto, não se poderão esquecer, por outro lado, as condições do caso concreto – o arguido é o gerente de uma sociedade que já não labora e que como tal não tem rendimentos, com um passado que não revela crime algum, tendo ainda, posteriormente, iniciado o pagamento em prestações da quantia em dívida.

Em sede de medida concreta da pena de multa deparámo-nos com a dificuldade decorrente da necessidade de conjugar dois elementos pressupostos no RJFNA que são, em nosso entender, inconciliáveis. Por um lado, prevê-se no seu art. 11º, nº 2, uma moldura penal abstracta para a pena de multa (10 a 360 dias), sendo que, por outro, no seu art. 24º se prevê que o limite mínimo a aplicar seja equivalente ao montante da prestação em dívida.

Considerando que a moldura penal abstracta se destina a permitir que o julgador, no acto da decisão, adeque a pena a aplicar à situação concreta do arguido e dos factos praticados, atendendo às finalidades da pena previstas no art. 40º do C. Penal, aplicável ex vi art. 4º do RJFNA, não se vislumbra como possa aceitar-se que o limite mínimo da pena de multa é a quantia equivalente à prestação em dívida.

Aceitando que ao julgador competiria fixar a pena concreta dentro da moldura penal da multa de acordo com os critérios acima referidos e depois fazer tábua rasa das condições sócio-económicas do arguido para lhe aplicar, pelo menos o montante da prestação em dívida.

Decorre do exposto que, por exemplo, se entendêssemos adequado aplicar ao arguido a pena de 150 dias de multa, à taxa diária de 7.000\$, de acordo com a situação sócio-económica do arguido, num total de 1.050.000\$00, ainda assim

teríamos que o condenar na pena de multa de 2.021.824\$00, por força do nº 1 do art. 24º do RJIFNA.

Esta previsão normativa, desconsiderando na pena os princípios elementares que regem a sua determinação concreta – e que estão plasmados no art. 40º do C. Penal – e a situação financeira de cada arguido, viola princípios fundamentais do Estado de Direito como sejam o princípio da culpa, corolário do princípio da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, e o princípio da igualdade, reconhecidos constitucionalmente (cfr. art. 13º da CRP).

Assim sendo, decide-se no caso em apreço recusar a aplicação da parte final da norma constante do art. 24º, nº 1, do RJIFNA, interpretada no sentido de que impondo que o limite mínimo da pena de multa a aplicar ao arguido seja equivalente ao montante da prestação em dívida, poderá conduzir a que a pena de multa concretamente aplicada a cada arguido exceda os limites impostos pela sua culpa concreta e se desconsidere a sua situação sócio-económica, uma vez que esta interpretação é inconstitucional porque violadora dos princípios fundamentais do Estado de Direito como sejam o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade (arts. 13º e 18º da CRP)".

Deste modo, a pena concretamente aplicada à arguida R..., LDA foi de 130 dias de multa à taxa diária de 7.500\$00, num total de 975.000\$00, enquanto o arguido A ... foi condenado na pena de 130 dias de multa à taxa diária de 4.000\$00, num total de 520.000\$00, ou em alternativa, para a hipótese de a multa não ser paga, na pena de 86 dias de prisão.

4. Do exposto resulta que a decisão recorrida recusou tomar a quantia de 2.021.824\$00 – que considerou ser o valor da prestação em falta –, como limite mínimo da pena de multa a aplicar, tendo fixado, relativamente a ambos os arguidos, penas de multa de montante inferior ao que necessariamente decorreria da aplicação daquele limite (975.000\$00 e 520.000\$00, respectivamente).

O não acatamento do disposto no nº 1 do artigo 24º do diploma legal citado, na parte em que determina que a multa a aplicar será “não inferior ao valor da prestação em falta”, assentou claramente no julgamento de inconstitucionalidade desse trecho normativo.

Deste modo, não tem razão o magistrado do Ministério Público em funções neste Tribunal, quando defende que o tribunal recorrido não retirou qualquer consequência da recusa de aplicação da norma em causa e, conseqüentemente, que tal recusa não constituiu efectivo fundamento da decisão. Na verdade, se não tivesse havido a referida recusa de aplicação, a multa a aplicar a cada um dos arguidos seria igual ou superior a 2.021.824\$00.

Impõe-se, assim, conhecer do objecto do recurso, apreciando a questão da constitucionalidade da norma contida no nº 1 do artigo 24º do Regime das

Infracções Fiscais Não Aduaneiras, aprovado pelo Decreto-Lei nº 20-A/90, de 15 de Janeiro (na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 394/93, de 24 de Novembro), que estabelece a pena aplicável ao crime de abuso de confiança fiscal, na parte em que dispõe que a pena de multa a aplicar será “não inferior ao valor da prestação em falta”.

É de referir que o do Regime das Infracções Fiscais Não Aduaneiras foi entretanto revogado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, que aprovou o Regime Geral das Infracções Tributárias, e que comina, para o crime base de abuso de confiança fiscal (no nº 1 do artigo 105º), a pena de prisão até três anos ou de multa até 360 dias.

5. O julgamento de inconstitucionalidade da norma do nº 1 do artigo 24º do RJFNA, na parte em que determina que a multa a aplicar será “não inferior ao valor da prestação em falta”, assentou, em síntese, na ideia de que tal estatuição levaria a desconsiderar “na pena os princípios elementares que regem a sua determinação concreta” e a “situação financeira de cada arguido”, desta forma violando “princípios fundamentais do Estado de Direito como sejam o princípio da culpa, corolário do princípio da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, e o princípio da igualdade, reconhecidos constitucionalmente”.

Vejamos sucessivamente as invocadas violações do princípio da culpa e do princípio da igualdade.

6. O princípio da culpa “significa que a pena se funda na culpa do agente pela sua acção ou omissão, isto é, em um juízo de reprovação do agente por não ter agido em conformidade com o dever jurídico, embora tivesse podido conhecê-lo, motivar-se por ele e realizá-lo” (JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “A lei penal na Constituição”, in Estudos sobre a Constituição, 2º vol., Lisboa, 1978, págs. 199-200). Implica tal princípio que “não há pena sem culpa, excluindo-se a responsabilidade penal objectiva, nem medida da pena que exceda a da culpa” (aut. e ob. cit., pág. 200).

dignidade da pessoa humana (art. 1º) e do direito à liberdade (nº 1 art. 27º), como tem reconhecido a doutrina (neste sentido, JOSÉ DE SOUSA E BRITO, ob. cit., pág. 199 e MARIA FERNANDA PALMA, “Constituição e Direito Penal – As questões inevitáveis”, in Perspectivas Constitucionais – Nos 20 Anos da Constituição de 1976, vol. II, Coimbra, 1997, pág. 234; no sentido de que o princípio da culpa é “consequência da exigência incondicional de defesa da dignidade da pessoa humana que ressalta dos arts. 1º, 13º-1 e 25º-1 da CRP”, v. FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal Português – Parte Geral – As consequências jurídicas do crime, Lisboa, 1993, pág. 84; cf. também GERMANO MARQUES DA SILVA, Direito Penal Português, III, Lisboa, 1999, pág. 25, para quem este princípio se funda “no princípio da inviolabilidade da dignidade pessoal, que a Constituição consagra logo no artigo 1º”) e a jurisprudência constitucional (cfr., entre outros, os acórdãos do Tribunal

Constitucional nºs 426/91, in Diário da República, II Série, de 2 de Abril de 1992 e Acórdãos do Tribunal Constitucional, 20º, pág. 423 e segs., nº 524/98, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 40º, pág. 623 e segs., nº 663/98, in Diário da República, II Série, de 15 de Janeiro de 1999, nº 89/2000, in Diário da República, II Série, de 4 de Outubro de 2000, nº 202/2000, in Diário da República, II Série, de 11 de Outubro de 2000 e nº 95/2001, não publicado.

São consequências desta consagração constitucional, entre outras, a exigência de uma culpa concreta (e não ficcionada) como pressuposto necessário da aplicação de qualquer pena, e inerente proscricção da responsabilidade objectiva; a proibição de aplicação de penas que excedam, no seu quantum, o que for permitido pela medida da culpa; a proibição das penas absoluta ou tendencialmente fixas (cf. os acórdãos nº 202/2000 e nº 95/2001).

Segundo a decisão recorrida, a norma que constitui objecto do presente recurso é violadora do princípio da culpa, na medida em que “poderá conduzir a que a pena de multa concretamente aplicada a cada arguido exceda os limites impostos pela sua culpa concreta”.

O nº 1 do artigo 24º em análise dispõe, como já se deixou registado, que “Quem se apropriar, total ou parcialmente, de prestação tributária deduzida nos termos da lei e que estava legalmente obrigado a entregar ao credor tributário será punido com pena de prisão até três anos ou multa não inferior ao valor da prestação em falta nem superior ao dobro sem que possa ultrapassar o limite máximo legalmente estabelecido”.

A eventual procedência do julgamento de inconstitucionalidade por violação da proposição segundo a qual a pena não pode exceder a medida da culpa depende da averiguação do exacto alcance da disposição transcrita. Ora, esse exacto alcance parece não ter sido devidamente tido em consideração pela decisão recorrida, como se vai ver.

7. Antes de mais, importa sublinhar que o legislador tem uma ampla margem de liberdade na fixação das sanções correspondentes aos comportamentos que decidiu tipificar como crimes (cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, na “Constituição da República Portuguesa anotada”, 3ª edição, Coimbra, 1993, pág. 197, para quem “resta um amplo campo à discricionariedade legislativa em matéria de definição das penas”) embora respeitando os princípios constitucionais, entre os quais se destacam o da necessidade das penas, o da proporcionalidade e o da igualdade. Dentro do âmbito dessa liberdade do legislador cabe – sempre no respeito pelos princípios constitucionais – a escolha da pena ou penas aplicáveis aos diferentes crimes, quer na sua identidade e regime, quer na sua medida abstracta (penalidade, pena aplicável ou “moldura penal”).

Optou o legislador por cominar, relativamente ao crime de abuso de confiança fiscal, em alternativa, a pena de prisão até três anos ou a pena de “multa

não inferior ao valor da prestação em falta nem superior ao dobro sem que possa ultrapassar o limite máximo legalmente estabelecido". Assim, os limites da pena de multa são estabelecidos tendo por referência o valor da prestação em falta: o limite mínimo corresponde a tal valor, enquanto o limite máximo corresponde ao dobro desse valor (salvo se o limite máximo legalmente estabelecido for inferior, caso em que este será o limite máximo da multa prevista para o crime de abuso de confiança).

Deste modo, e sem prejuízo da intervenção, nos termos gerais, de institutos que permitam atenuar a responsabilidade (atenuação especial, dispensa de pena), é dentro da margem fornecida pelos referidos limites mínimo e máximo (e não fora deles) que o grau de culpa do agente é objecto da devida ponderação.

A decisão recorrida apenas pôde considerar que o limite mínimo previsto na parte final do nº 1 do artigo 24º era violador do princípio da culpa porque optou por um diferente enquadramento dogmático. Em vez de apurar os limites mínimo e máximo da pena de multa aplicável em função do montante da prestação tributária em dívida e do dobro desse montante, preferiu aplicar, sem reservas, o artigo 11º, como se esta última disposição não fosse afastada, em grande medida, pela norma especial do artigo 24º. É verdade que o Tribunal a quo se deu conta do carácter "inconciliável" da aplicação simultânea dos artigos 11º e 24º. Todavia, em lugar de, nos termos gerais, fazer prevalecer a regra especial do artigo 24º sobre a regra geral do artigo 11º, insistiu na aplicação integral desta, recusando, com fundamento em inconstitucionalidade, a aplicação do limite mínimo previsto naquela.

Do exposto se conclui que a adopção de um limite mínimo da pena de multa do crime de abuso de confiança fiscal correspondente ao montante da prestação em dívida, acompanhada pela fixação de um montante máximo correspondente ao dobro daquela soma, não viola o princípio da culpa.

8. Pode, no entanto, suscitar-se a dúvida sobre se o modo de fixação dos limites da pena de multa, atendendo à necessidade de respeitar o limite máximo legalmente estabelecido para a pena de multa, pode provocar a cominação de uma pena de multa fixa. Tal sucederia se o montante de prestação tributária em dívida, que determina o limite mínimo da pena de multa, pudesse igualar o limite máximo legalmente estabelecido.

A esta dúvida deve responder-se negativamente.

Com efeito, a cominação da pena de prisão até 3 anos ou de multa não inferior ao valor da prestação em falta nem superior ao dobro (sem que possa exceder o máximo abstractamente estabelecido), nos termos do nº 1 do artigo 24º, não vale para infracções em que a quantia em dívida é inferior a 250 000\$00 (caso em que o nº 4 prevê uma multa até 120 dias), ou superior a 5 000 000\$00 (hipótese em que o nº 5 comina uma pena de prisão de 1 a 5 anos).

Relativamente às quantias que se encontrem entre 250 000\$00 e 5 000 000\$00, não é possível ultrapassar o máximo abstractamente estabelecido, já que tal máximo corresponde, por força dos nºs 2 e 3 do artigo 11º, respectivamente, a 36 000 000\$00 ou a 500 000 000\$00, respectivamente no caso de pessoas singulares ou de pessoas colectivas.

Esta conclusão poderia ser posta em causa, se se entendesse que “o limite máximo abstractamente estabelecido”, a que se refere o nº 1 do artigo 24º, pressupõe, para cada arguido, a fixação do montante correspondente a cada dia de multa, nos termos do artigo 11º, o que levaria a que o limite mínimo da pena de multa pudesse igualar o limite máximo legalmente estabelecido. Neste sentido deporia a falta de sentido útil de tal limite – já que ele nunca limitaria o montante decorrente do nº 1 do artigo 24º –, se assim não fosse entendido.

Apesar deste argumento, porém, não pode deixar de se entender o “limite máximo abstractamente estabelecido” no sentido de verdadeiro limite abstracto, isto é, independente do caso concreto, e, por isso, a implicar a multiplicação do montante máximo previsto para cada dia de multa (cf. nº 3 do artigo 11º) pelo número máximo de dias de multa previstos (nº 2 do mesmo artigo). É que seria valorativamente contraditório estabelecer um sistema de limites da pena de multa no nº 1 do artigo 24º a partir de quantias fixadas por referência à quantia em dívida, e ao mesmo tempo pressupor a necessidade de fixação do montante correspondente a cada dia de multa, para o efeito da determinação do limite máximo abstractamente estabelecido. Tanto mais que tal entendimento conduziria, justamente, à solução absurda de o limite máximo legalmente estabelecido poder ser igual ou inferior ao limite mínimo previsto no nº 1 do artigo 24º.

9. Pelo que toca à alegada violação do princípio da igualdade (art. 13º da Constituição), por impossibilidade de ponderação da situação económica e financeira do arguido, valem, em síntese, *mutatis mutandis*, as considerações formuladas sobre a não violação do princípio da culpa. Na verdade, nada obsta a que a situação económica e financeira do arguido seja tida em conta dentro dos limites mínimo e máximo estabelecidos no nº 1 do artigo 24º, assim se conseguindo tratar igualmente o que é igual, e desigualmente o que é desigual.

Não se diga, por outro lado, que viola o princípio da igualdade a possibilidade de arguidos de situação económica e financeira semelhante virem a ser punidos de modo diferente, em função da existência de diferentes limites mínimo e máximo, determinados pelos montantes em dívida. A diferente penalidade corresponde justamente à diferente gravidade que o legislador fundou na diversa quantia em dívida. Trata-se de uma solução que tem paralelo, por exemplo, na diferenciação de penalidade para crimes contra o património em função do valor em causa [cf. as alíneas a) a c) do artigo 202º e os artigos 203º e seguintes do Código Penal].

9. Deste modo, decide-se:

a) Não julgar inconstitucional a norma do n.º 1 do artigo 24.º do Regime das Infracções Fiscais Não Aduaneiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 394/93, de 24 de Novembro, na parte em que estabelece um limite mínimo da pena de multa aplicável ao crime de abuso de confiança fiscal “não inferior ao valor da prestação em falta”;

b) Determinar a reforma da decisão recorrida, em conformidade com o decidido quanto à questão de constitucionalidade.

Lisboa, 7 de Dezembro de 2001

Maria dos Prazeres Pizarro Beleza

Alberto Tavares da Costa

José de Sousa e Brito

Luís Nunes de Almeida

## **Acórdão n.º 62/2002 processo n.º 251/01**

### **2.ª Secção**

**Relator - Paulo Mota Pinto**

Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional:

#### I. Relatório

1. Em 13 de Maio de 1996, A ... instaurou acção executiva para pagamento de quantia certa contra F... invocando ser legítimo portador de um cheque emitido pela portadora no valor de 60.000\$00. Em virtude de insuficiência dos bens nomeados pela executada, veio o exequente nomear à penhora, em 18 de Junho de 1998, a parte legalmente possível do rendimento mínimo garantido do montante de 52.000\$00 que a executada se encontra a receber.

Na sequência deste requerimento, o juiz do Tribunal Judicial de Olhão determinou a penhora de 1/6 do rendimento mínimo auferido, nos termos do disposto no artigo 824.º, n.º 1, al. b) e n.º 2 do Código de Processo Civil.

Em 8 de Março de 1999 veio a executada deduzir incidente de oposição à penhora, nos seguintes termos:



(...) 4º Entende a executada que o Rendimento Mínimo Garantido criado pela Lei n.º 19-A/96 de 29 de Junho é totalmente intocável, logo, impenhorável.

5º Citando o Prof. Alberto dos Reis in Processo de Execução 1º vol., 3ª Ed., pág. 352: Razões de decência e de humanidade fazem que se subtraia à penhora, qualquer que seja a natureza ou origem da dívida, aquilo que é absolutamente indispensável à vida do executado e da sua família. Seria odioso e afrontoso de todos os sentimentos de respeito pela pessoa humana que a penhora se levasse até ao ponto de deixar o executado e os seus inteiramente despojados do que lhes é estritamente imprescindível para a satisfação das mais elementares necessidades da vida.

6º À semelhança do salário mínimo nacional, criado pelo Dec. Lei n.º 217/74, de 25 de Maio, o Rendimento Mínimo Garantido, foi criado também por motivos de pura humanidade. Na realidade, não causa embaraço a afirmação de constituírem, quer um, quer outro, o mínimo dos mínimos para a sobrevivência de qualquer ser humano.

7º Por isso, é que, no que respeita ao salário mínimo nacional, estabelece o art. 59º, n.º 2 da Constituição da República: Incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, nomeadamente:

a) o estabelecimento e actualização do salário mínimo nacional, tendo em conta, entre outros factores, as necessidades dos trabalhadores, o aumento do custo de vida, o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências da estabilidade económica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento.

9º Por outro lado, o artº 63, n.º 3 da Constituição da República estabelece que: O sistema de segurança social protege os cidadãos..., bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho.

10º O Rendimento Mínimo Garantido é, pois, indispensável para o sustento do beneficiário.

11º Por isso, sob pena de se violar o citado texto constitucional, não pode o Rendimento Mínimo Garantido ser penhorado, total ou parcialmente.

12º Além do mais que o valor auferido pela executada a título de rendimento mínimo garantido mostra-se inferior ao salário mínimo nacional.

13º Numa situação idêntica em que foi chamado a intervir, decidiu o Tribunal da Relação de Évora que o Salário Mínimo Nacional é impenhorável (Ac. Da RE de 17/03/1988, in CJ tomo II, pág. 290).

14º A executada não auferе outros rendimentos, sobrevive apenas e só com o Rendimento Mínimo Garantido.

15º A ser-lhe retida a quantia de Esc. 8.750\$00 mensais, equivalente a 1/6 da prestação do rendimento mínimo garantido, ficará numa situação aflitiva, pois que, com o que lhe resta, Esc. 43.750\$00, terá de providenciar a sua alimentação e a dos 3 filhos menores que tem a seu cargo, não falando de outras necessidades essenciais.

16º Como se vê do despacho de fls., que ordenou a penhora de 1/6 do rendimento mínimo garantido, não apreciou nem decidiu a Mm. Juiz, titular do processo, das condições económicas da executada, mormente, das suas necessidades e das do seu agregado familiar.

17º Porque assim é, legitima-se o recurso à presente via incidental- al. a) do artº 863º-A do Cód. Proc. Civil.

2. Por decisão do Tribunal Judicial da Comarca de Olhão foi mantida a penhora de 1/6 do rendimento mínimo garantido da executada, nos seguintes termos:

Invoca a executada para fundamentar o levantamento da penhora os arts. 59º, n.º 2 e 63º, n.º 3 da CRP.

Relativamente ao primeiro dos artigos dir-se-á que o mesmo não tem aplicação nos presentes autos pois tal dispositivo reporta-se aos trabalhadores, o que não é seguramente o caso da executada que não exerce qualquer actividade profissional.

No que concerne ao art. 63º, n.º 3 da CRP tal normativo dispõe que o sistema de segurança social protege os cidadãos no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de subsistência ou capacidade para o trabalho.

No âmbito deste artigo foi publicada a Lei 19-A/96 de 29.6 que institui uma prestação, do regime não contributivo da segurança social, por forma a assegurar aos indivíduos e seus agregados familiares recursos que contribuíssem para a satisfação das suas necessidades mínimas e para o favorecimento de uma progressiva inserção social e profissional.

Foi neste âmbito que foi concedido o rendimento mínimo à executada.

A questão que se coloca é pois a de saber se o rendimento mínimo garantido é ou não penhorável.

Dispõe o artigo 821º do CPC que estão sujeitos à execução todos os bens do devedor susceptíveis de penhora que, nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida exequenda.

O art. 45º da Lei 28/84, de 14.8 da Segurança Social prescreve que as prestações devidas pelas instituições de segurança social que exceda o mínimo adequado e necessário a uma sobrevivência condigna.

Se é certo que o rendimento mínimo garantido tem como pressuposto assegurar a satisfação das necessidades mínimas do agregado familiar, certo é que a executada não recebe apenas a quantia de 55.250\$00 da segurança social, sendo ajudada pelo seu ex-marido nas despesas relativas aos seus filhos. Além disso ficou apurado que a executada circula usualmente num veículo automóvel, o que pelas regras da experiência implica por parte dela uma série de encargos acrescidos (gasolina; seguro; revisão; prestações), que de forma alguma se coadunam com a situação de precariedade invocada, com vista ao levantamento da penhora, sob pena de ser violado o direito do credor à satisfação do seu crédito, que se extrai do n.º 1 do art.º 62º da CRP, conjugado com o princípio da proporcionalidade, que se extrai, entre outros, do artº 18º da CRP.

Se é certo que em caso de colisão ou conflito entre o direito do credor em ver realizado o seu direito e o direito da executada em receber uma prestação que lhe garanta uma sobrevivência condigna, deverá ser sacrificado o direito do credor, para tutela do valor supremo da dignidade humana, o certo é que no caso concreto a executada não se coíbe de se fazer circular em viatura própria em detrimento do pagamento de uma dívida de 60.000\$00, que contraiu em 30.10.95.

Nem se diga, como invoca a executada, que o rendimento mínimo garantido é impenhorável por analogia com o facto de o STJ ter decidido ser o salário mínimo impenhorável, pois em sentido contrário também já se pronunciou o Ac. do STJ de 23.1.92, BMJ, 413º, 464 citado in Abílio Neto, Código de Processo Civil Anotado, 14ª ed., 1997, pág. 939 .

Entendemos que face ao princípio constitucional da proporcionalidade o direito do credor só deverá ser sacrificado na medida do estritamente necessário, aliás opção já tomada quando se decidiu penhorar 1/6 do rendimento mínimo garantido e não 1/3, ¼ ou 1/5 como possibilita o art. 824º, n.ºs 1 e 2 do CPC.

3.É desta decisão que vem interposto o presente recurso de constitucionalidade pela executada, nos termos do artigo 70º, n.º 1, alínea b), da Lei do Tribunal Constitucional, para apreciação dos artigos 821º e 824º, n.ºs 1 e 2, na interpretação segundo a qual considera penhoráveis as quantias percebidas a título de rendimento mínimo garantido, invocando-se a sua inconstitucionalidade por violação do artigo 63º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa.

Cumpre apreciar e decidir.

## II. Fundamentos

4.O presente recurso vem interposto ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70º da Lei do Tribunal Constitucional, visando a apreciação da constitucionalidade dos artigos 821º e 824º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil, na interpretação

segundo a qual admitem a penhora de quantias percebidas a título de rendimento mínimo garantido.

Dispõe o referido artigo 821º (no seu n.º 1), que estão sujeitos à execução todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, que, nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida exequenda.

Por sua vez, o artigo artigo 824º prevê os casos de penhorabilidade parcial, dispondo:

«Artigo 824º (Bens parcialmente penhoráveis)

1 - Não podem ser penhorados:

a) Dois terços dos vencimentos ou salários auferidos pelo executado;

b) Dois terços das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra qualquer regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante.

2 - A parte penhorável das quantias e pensões referidas no número anterior é fixada pelo juiz entre um terço e um sexto, segundo o seu prudente arbítrio, tendo em atenção a natureza da dívida exequenda e as condições económicas do executado.

3 - Pode, porém, o juiz isentar totalmente de penhora as prestações a que alude a alínea b) do n.º 1, tendo em conta a natureza da dívida exequenda e as necessidades do executado e seu agregado familiar.»

Como é bom de ver, a dimensão normativa que possibilita a penhora das quantias percebidas a título de rendimento mínimo garantido (ou seja, de uma prestação de natureza social) refere-se apenas ao n.º 1, alínea b) e ao n.º 2 deste artigo 824º - tal como no referido artigo 821º apenas o n.º 1 é relevante, correspondendo ao princípio geral da responsabilidade patrimonial contido na lei substantiva (ou seja, ao artigo 601º do Código Civil).

Por outro lado, o tribunal a quo apenas decidiu e manteve a penhora de um sexto das referidas quantias recebidas a título de rendimento mínimo garantido. Não está, pois, em questão a penhorabilidade total destas, mas apenas a sua penhorabilidade parcial, mais precisamente nos termos do artigo 824º, n.º 2 -, até um terço da prestação recebida como rendimento mínimo.

O objecto do presente recurso pode, assim, definir-se, mais rigorosamente, como a apreciação da constitucionalidade dos artigos 821º, n.º 1 e 824º, n.ºs 1, alínea b) e 2 do Código de Processo Civil, interpretados no sentido de admitirem a penhora parcial, até um terço, de prestações recebidas a título de rendimento mínimo garantido.

5.Foi esta a dimensão normativa aplicada na decisão recorrida, e que lhe permitiu concluir pela improcedência da oposição à penhora deduzida pela recorrente.

Tal decisão passou necessariamente, pela admissão da possibilidade de penhora de quantias recebidas a título de rendimento mínimo garantido. Isto, não obstante na decisão recorrida, a propósito da ponderação da situação da executada com o direito do credor à satisfação do seu crédito, conjugado com o princípio da proporcionalidade, se ter salientado que aquela não recebe apenas tal rendimento (antes sendo ajudada pelo seu ex-marido nas despesas relativas aos seus filhos) e se ter concedido relevo à circunstância de que, como se afirmou, a executada circula usualmente num veículo automóvel, o que pelas regras da experiência implica por parte dela uma série de encargos acrescidos (gasolina; seguro; revisão; prestações), que de forma alguma se coadunam com a situação de precariedade invocada, com vista ao levantamento da penhora.

Na verdade, mesmo dando por assentes tais factos, das duas uma: ou, nos termos da lei, eles não são (nem foram, no caso concreto, tidos como) incompatíveis com a percepção do rendimento mínimo (como é o caso da ajuda nas despesas relativas aos filhos), e a sua ponderação há-de ocorrer ao considerar-se a natureza e o montante da prestação social (rendimento mínimo garantido) em questão, para cuja atribuição e cômputo é relevante, nos termos do artigo 9º da Lei n.º 19-A/96, de 29 de Junho (que criou o rendimento mínimo garantido), a totalidade dos rendimentos dos membros do agregado familiar, qualquer que seja a sua origem e natureza, com excepção do subsídio de renda de casa, dos valores correspondentes às prestações familiares e bolsas de estudo e de 20% dos rendimentos auferidos no exercício de actividade profissional ou de bolsas de formação; ou, diversamente são circunstâncias irrelevantes (por exemplo, a esporádica utilização de um automóvel, emprestado) ou que (como se afirma na decisão recorrida quanto à utilização de um veículo automóvel e concomitantes encargos), de acordo com as regras da experiência, de forma alguma se coadunam com a situação de precariedade invocada, e, no limite, eventualmente permitem suspeitar da existência de fraude na atribuição da prestação em causa, ou constituem indícios objectivos e seguros de que o requerente dispõe de rendimentos suficientes para satisfazer as necessidades do seu agregado familiar, que teriam possibilitado a recusa da atribuição da prestação de rendimento mínimo nos termos do artigo 10º, n.º 3 da citada Lei (onde se prevê, também, que a decisão a proferir [...] deve valorar todos os elementos de prova).

Note-se, aliás, que, nos termos do artigo 14.º da referida Lei n.º 19-A/96, as prestações de rendimento mínimo que hajam sido indevidamente pagas são objecto de restituição, considerando-se como tal as prestações cuja concessão tenha tido por base declarações falsas ou tenha resultado de omissão de declarações legalmente exigidas, e sendo os comportamentos correspondentes que

integrem tipos de crime ou de contra-ordenação punidos, nos termos da respectiva legislação.

Seja como for, trata-se, mesmo nesta segunda hipótese, de circunstâncias de que não compete a este Tribunal curar no presente recurso, em sede de controlo de constitucionalidade da norma, e que, embora ponderadas na decisão recorrida, não impedem que esta se tenha fundamentado, como *ratio decidendi*, na interpretação dos artigos 821º, n.º 1 e 824º, n.ºs 1, alínea b) e 2 do Código de Processo Civil, no sentido considerar parcialmente penhoráveis, até um terço, as prestações recebidas a título de rendimento mínimo garantido.

É, pois, da conformidade constitucional desta norma (ou dimensão normativa, o que, para o efeito, é o mesmo) que importa tratar.

6. Antes ainda de nos referirmos ao enquadramento, à luz da jurisprudência deste Tribunal, da impenhorabilidade de prestações de segurança social que se encontrava prevista na lei, importa averiguar em que consiste a prestação cuja penhora se discute no presente processo.

A criação do rendimento mínimo garantido foi uma medida de política social concretizada em 1996, pela Lei n.º 19-A/96, de 29 de Junho, a qual veio instituir uma prestação do regime não contributivo de segurança social e um programa de inserção social, por forma a assegurar aos indivíduos e seus agregados familiares recursos que contribuam para a satisfação das suas necessidades mínimas e para o favorecimento de uma progressiva inserção social e profissional (artigo 1º).

Tal prestação tem natureza pecuniária, montante variável e carácter temporário, e a sua atribuição (artigo 5º da citada Lei n.º 19-A/96) depende, entre outras condições (como a realização de um programa de inserção, com disponibilidade activa para o trabalho ou para se integrar em acções de formação ou de inserção profissional), da inexistência de rendimentos, próprios ou do conjunto dos membros do agregado familiar (definido no artigo 6º), superiores ao mínimo definido na lei. Este rendimento mínimo (artigo 8º) tem um valor indexado ao montante legalmente fixado para a pensão social do regime não contributivo de segurança social, variando de acordo com a composição do agregado familiar (considerando-se, assim, por cada indivíduo maior, até ao segundo, 100% do montante da pensão social, por cada indivíduo maior, a partir do terceiro, 70% do montante da pensão social, e por cada indivíduo menor, 50% do montante da pensão social).

A prestação de rendimento mínimo a receber tem como montante (artigo 7º) a diferença entre o valor de rendimento mínimo correspondente à composição do agregado familiar e a soma dos rendimentos daquele agregado, podendo ainda ser acrescido de um apoio especial destinado a compensar despesas de habitação ou alojamento.

A Lei n.º 19-A/96, de 29 de Junho, foi regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 196/97, de 31 de Julho (alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2000, de 11 de Maio).

Neste diploma define-se (artigo 3º) a titularidade do rendimento mínimo - para indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos, ou inferior, desde que estejam em situação de autonomia económica, satisfaçam as restantes condições de atribuição e se encontrem em alguma das seguintes situações: a) Tenham sido emancipados pelo casamento; b) Tenham outros menores na sua exclusiva dependência económica ou na do seu próprio agregado; c) Se encontrem grávidas -, a composição do agregado familiar a ter em conta, incluindo as pessoas que vivem em economia comum com o requerente e que estão em situação de exclusiva dependência económica dele (artigos 4º a 6º), a escolha do titular quando no mesmo agregado familiar mais do que um membro esteja em condições de requerer a prestação (artigo 7º), a possibilidade de exercício judicial de certos direitos do titular (artigo 8º), os rendimentos a considerar (artigos 9º e segs.), e o montante da prestação (incluindo a compensação das despesas de habitação ou alojamento artigo 16º) e seu pagamento. E regulamenta-se, ainda, o processo e a competência (que cabe ao conselho directivo do centro regional de segurança social do domicílio do requerente) para atribuição da prestação artigos 21º e segs.. -, o programa de inserção (elaborado com base nos dados constantes do relatório social em conjunto com o titular da prestação e com os restantes membros do agregado familiar que o devam subscrever), e as situações de revisão da prestação (artigos 44º e segs.)

A prestação cuja penhorabilidade se discute no presente processo a prestação de rendimento mínimo é, pois, uma prestação do regime não contributivo de segurança social que, calculada em função das necessidades do agregado familiar, que visa assegurar a este meios mínimos de subsistência - como revela, por exemplo, a sua indexação ao montante legalmente fixado para a pensão social do regime não contributivo de segurança social, a variação da prestação de acordo com a composição do agregado familiar e as situações de revisão da prestação (designadamente, a alteração da composição do agregado familiar ou dos respectivos rendimentos).

O fundamento constitucional da consagração do rendimento mínimo garantido encontra-se, por sua vez, quer no artigo 63º, n.ºs 1 e 3 da Constituição da República segundo os quais todos têm direito à segurança social e o sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho -, quer, também, no princípio da dignidade humana na qual se baseia da República Portuguesa (como se proclama logo no artigo 1º da Constituição) e que resulta também do princípio do Estado de Direito (artigo 2º).

Numa certa perspectiva, poderá, é certo, entender-se que estes princípios não impunham a consagração de mecanismos destinados a assegurar um mínimo, para sobrevivência e reinserção profissional, do tipo do rendimento mínimo garantido ou, mesmo que tais mecanismos são, ou podem ser, contraproducentes e desincentivadores de tal reinserção (questão de que, obviamente, não cumpre nesta sede tratar). Mas mesmo o facto de, nesta perspectiva, a criação do rendimento mínimo garantido, nos termos em que foi previsto, não corresponder necessariamente a uma imposição constitucional decorrente dos citados princípios não tolhe, por certo, que se deva considerar fundada neles e visando a sua protecção.

Ora, tal fundamentação é, sem dúvida, relevante para a questão da penhorabilidade das prestações recebidas a título de rendimento mínimo garantido quer para apurar se a possibilidade de penhora poderá ser imposta constitucionalmente (designadamente, para salvaguarda do princípio da igualdade e dos direitos do credor), quer para, como está em causa no presente processo, decidir sobre a própria possibilidade, em face dos princípios e regras constitucionais referidos, de tal penhora.

7. Como se sabe, com a substituição, já nos primórdios do direito romano da execução pessoal do devedor pela execução patrimonial, os bens do devedor passaram a constituir a garantia geral das obrigações. Num tal sistema, a previsão de impenhorabilidades pelo legislador redundava, na prática, quando não existem outros bens no património do devedor, na compressão (mesmo que apenas pelo necessário adiamento da sua satisfação) dos direitos dos credores, os quais são igualmente objecto de tutela constitucional, nos termos do artigo 62º da Constituição.

Tal não significa, porém, que a lei não possa ou mesmo deva prever casos de impenhorabilidade, absoluta ou relativa, total ou parcial, e isto, quer em atenção a razões de interesse geral, quer em atenção ao próprio executado.

Pode mesmo dizer-se que o movimento de humanização ou eticização do direito privado levou historicamente à criação de casos cada vez mais frequentes de impenhorabilidades, provenientes logo da lei substantiva ou previstas na lei processual, e em particular no que toca aos proventos do trabalho ou seus sucedâneos (para um apanhado geral pode ver-se já o Acórdão da Comissão Constitucional n.º 479, de 25 de Março de 1983, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 327, Junho de 1983, pp. 424-426).

Assim, a impenhorabilidade do que é estritamente indispensável para a satisfação das mais elementares necessidades da vida: a comida, a cama, o vestuário do executado e sua família resulta de razões de decência de humanidade que se impõem qualquer que seja a natureza ou origem da dívida (como referia já



José Alberto dos Reis, *Processo de execução*, vol. 1º, 2ª ed., Coimbra, 1957, p. 352), e que justificam a cedência, nesta medida, do direito do credor.

8.A impenhorabilidade de prestações devidas pelas instituições de segurança social, em particular, foi já por várias vezes objecto de análise pela nossa jurisprudência constitucional.

Assim, no referido Acórdão da Comissão Constitucional n.º 479 decidiu-se que as normas contidas na Base XXVI da Lei n.º 2115, de 18 de Junho de 1962, e no artigo 30º do Decreto n.º 45266, de 23 de Setembro de 1963, que estabeleciam a impenhorabilidade das prestações devidas aos beneficiários e seus familiares ou sócios das instituições de previdência social não eram inconstitucionais, não violando, designadamente, o princípio da igualdade consagrado no artigo 13º da Constituição. Saliu-se, então, que a exclusão da penhorabilidade das pensões pagas aos beneficiários do regime geral de previdência (...) não decorre de um puro capricho ou do arbítrio do legislador, reflectindo antes a preocupação de conferir uma garantia absoluta a percepção de um rendimento mínimo de subsistência.

Tal solução de impenhorabilidade (e intransmissibilidade) das prestações devidas pelas instituições de segurança social ficou, posteriormente, consagrada no artigo 45º da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto,

Esta norma veio, porém, a ser julgada inconstitucional, por violação do preceituado nas disposições conjugadas dos artigos 13º, n.º 1, e 62º, n.º 1, da Constituição, na medida em que isenta de penhora a parte das prestações devidas pelas instituições de segurança social que excede o mínimo adequado e necessário a uma sobrevivência condigna, pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 411/93 (*Diário da República [DR]*, II série, de 19 de Janeiro de 1994), na sequência, aliás, da fundamentação do Acórdão n.º 349/91 (*Diário da República*, II série, de 2 de Dezembro de 1991).

Reconheceu-se neste último aresto que

a conclusão de não inconstitucionalidade a que chegou a Comissão Constitucional quanto às normas constantes da Base XXVI da Lei n.º 2115 e do artigo 30º do Decreto n.º 45 266 é válida na sua ideia essencial para a norma do nº1 do artigo 45º da Lei n.º 28/84, desde que a pensão auferida pelo beneficiário da segurança social, tendo em conta o seu montante, reportado a um determinado momento histórico, cumpra efectivamente a função inilidível de garantia de uma sobrevivência minimamente condigna do pensionista.

Sendo este o caso dos autos (pois tendo em conta o montante da pensão e o período histórico em que estava a ser paga, ela cumpria efectivamente a função inilidível de garantia de uma sobrevivência minimamente digna do beneficiário), a impenhorabilidade não surgia como algo materialmente infundado, irrazoável ou

arbitrário, nem desproporcionado, pelo que a norma em causa não foi julgada inconstitucional. Na fundamentação, afirmou-se, porém, a inconstitucionalidade do citado artigo 45º, n.º 1 da Lei n.º 24/84, ao considerar abrangidas pelo princípio da impenhorabilidade total prestações devidas por instituições de segurança social de montante superior ao mínimo de sobrevivência condigna, quer por encerrar um sacrifício excessivo e desproporcionado do direito do credor, quer por atribuir aos pensionistas da segurança social um privilégio ou um benefício materialmente injustificado, em comparação com os pensionistas de outras instituições - designadamente da Caixa Geral de Aposentações.

Já no referido Acórdão n.º 411/93 a norma do artigo 45º, n.º 1, da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto foi julgada inconstitucional, por violação das disposições conjugadas dos artigos 13º, n.º 1, e 62º, n.º 1 da Lei Fundamental, na medida em que isentava de penhora a parte das prestações devidas pelas instituições de segurança social que excede o mínimo adequado e necessário a uma sobrevivência condigna.

Foi justamente para salvaguardar tais princípios constitucionais, que, invocando as citadas decisões, o legislador veio, no Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro além de atribuir ao juiz amplos poderes para, em concreto, determinar a parte penhorável das quantias e pensões de índole social percebidas adequadas à real situação económica do executado e seu agregado familiar, e para determinar a isenção total de penhora quando o considere justificado prever (artigo 12º) que as disposições constantes de legislação especial que estabeleçam a impenhorabilidade absoluta de quaisquer rendimentos, independentemente do seu montante, em colisão com o disposto no artigo 824.º do Código de Processo Civil, não são invocáveis em processo civil.

É, assim, por virtude de tal norma que a impenhorabilidade prevista no referido artigo 45º, n.º 1, da Lei n.º 24/84 não é invocável em processo civil. E, conforme resulta dos citados Acórdãos n.ºs 349/91 e 411/93, o que é relevante, no confronto com os artigos 13º e 62º da Constituição, para concluir pela legitimidade constitucional da impenhorabilidade é a circunstância de a prestação de segurança social em causa não exceder o mínimo adequado e necessário a uma sobrevivência condigna.

Ora, no caso do rendimento mínimo garantido, percebido pela recorrente, parece fora de dúvida, quer pelo montante da prestação (55 250\$00), quer pelas suas finalidades, condições de atribuição e forma de cálculo, que ela visa justamente assegurar à recorrente o mínimo indispensável à sua sobrevivência condigna e do seu agregado familiar.

9.O problema suscitado no presente recurso não é, porém, o da eventual desconformidade constitucional da solução normativa consistente na impenhorabilidade de uma prestação de segurança social, mas antes o da possibilidade de se penhorar, ainda que parcialmente, quantias recebidas a título de tal prestação, mais precisamente, a título de rendimento mínimo garantido.

Ora, justamente sobre tal questão embora não especificamente para a prestação de rendimento mínimo garantido proferiu recentemente este Tribunal, pela sua 1ª secção, o Acórdão n.º 318/99 (DR, II série, de 22 de Outubro de 1999). Estava em causa a penhora de um sexto de uma pensão de invalidez no montante de 38 750\$00, e decidiu-se:

julgar inconstitucional a norma do artigo 824º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil, na medida em que permite a penhora até 1/3 das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra qualquer regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante, cujo valor não seja superior ao do salário mínimo nacional então em vigor, por violação do princípio da dignidade humana contido no princípio do Estado de direito que resulta das disposições conjugadas dos artigos 1º, 59º, n.º2, alínea a e 63º, n.ºs 1 e 3, da Constituição.

Salientou-se na fundamentação deste Acórdão n.º 318/99:

O credor goza de um direito à satisfação do seu crédito, podendo chegar à realização executiva do crédito à custa do património do devedor, sendo tal direito, enquanto direito de conteúdo patrimonial, tutelado pelo artigo 62º, nº1 da Constituição (garantia da propriedade privada).

O artigo 63º da Constituição reconhece a todos os cidadãos um direito à segurança social que, nos termos do nº3, protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho.

Este preceito constitucional, como se escreveu no Acórdão n.º 349/91 (in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 19º vol., pág. 515) poderá, desde logo, ser interpretado como garantindo a todo o cidadão a percepção de uma prestação proveniente do sistema de segurança social que lhe possibilite uma subsistência condigna em todas as situações de doença, velhice ou outras semelhantes. Mas ainda que não possa ver-se garantido no artigo 63º da Lei Fundamental um direito a um mínimo de sobrevivência, é seguro que este direito há-de extrair-se do princípio da dignidade da pessoa humana condensado no artigo 1º da Constituição (cf. Acórdão n.º 232/91, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 19º vol., pág.341).

Pode, assim, configurar-se um conflito de direitos, entre o direito do credor à realização rápida do pagamento do seu crédito e o direito do devedor e pensionista da Segurança Social ou do Estado à percepção de uma pensão que lhe garanta o mínimo de subsistência condigna com a sua dignidade de pessoa.

Existindo o referido conflito, o legislador não pode deixar de garantir a tutela do valor supremo da dignidade da pessoa humana - vector axiológico estrutural da própria Constituição - sacrificando o direito do credor na parte que for

absolutamente necessária - e que pode ir até à totalidade desse direito - por forma a não deixar que o pagamento ao credor decorra o aniquilamento da mera subsistência do devedor e pensionista.

Essencial se torna, pois, a realização de um balanceamento, da utilização de uma adequada proporção na repartição dos custos do conflito (cf. J.C.Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Almedina, 1987, pág. 233). Em consequência, será constitucionalmente aceitável o sacrifício do direito do credor, se o mesmo for necessário e adequado à garantia do direito à existência do devedor com um mínimo de dignidade.

No caso em apreço, não estando em causa o sacrifício total do direito do credor, uma vez que a disposição questionada permite uma penhora parcial da pensão, a questão que se torna necessário resolver é a de saber se a mera apreensão da parte legalmente prevista da pensão (1/6) não torna, de per si, o montante da pensão de invalidez que o recorrente percebe (38.750\$00) como incapaz de garantir aquele mínimo que se tem de considerar como absolutamente necessário para uma sobrevivência humanamente digna.

É certo que o legislador admite a penhora até 1/3 dos salários auferidos pelo executado, mesmo de salários não superiores ao salário mínimo nacional, tal como admite a penhora de idêntica parte das prestações periódicas recebidas a título de pensão de aposentação ou pensão social, sem qualquer limitação expressa decorrente do respectivo montante.

Porém, assim como o salário mínimo nacional contém em si a ideia de que é a remuneração básica estritamente indispensável para satisfazer as necessidades impostas pela sobrevivência digna do trabalhador e que por ter sido concebido como o mínimo dos mínimos não pode ser, de todo em todo, reduzido, qualquer que seja o motivo, assim também, uma pensão por invalidez, doença, velhice ou viuvez, cujo montante não seja superior ao salário mínimo nacional não pode deixar de conter em si a ideia de que a sua atribuição corresponde ao montante mínimo considerado necessário para uma subsistência digna do respectivo beneficiário.

Em tais hipóteses, o encurtamento através da penhora, mesmo de uma parte dessas pensões - parte essa que em outras circunstâncias seria perfeitamente razoável, como no caso de pensões de valor bem acima do salário mínimo nacional -, constitui um sacrifício excessivo e desproporcionado do direito do devedor e pensionista, na medida em que este vê o seu nível de subsistência básico descer abaixo do mínimo considerado necessário para uma existência com a dignidade humana que a Constituição garante.

Nestes termos, considera-se que a norma do artigo 824º, nºs 1 e 2, do Código de Processo Civil, na medida em que permite a penhora até 1/3 quer de vencimentos ou salários auferidos pelo executado, quando estes são de valor não superior ao salário mínimo nacional em vigor naquele momento, quer de pensões de

aposentação ou de pensões sociais por doença, velhice, invalidez e viuvez, cujo valor não alcança aquele mínimo remuneratório, é inconstitucional por violação do princípio da dignidade humana, decorrente do princípio do Estado de direito, constante das disposições conjugadas dos artigos 1º, 59º, nº2, alínea a) e 63º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa.

10. Estas considerações são inteiramente aplicáveis por igualdade ou mesmo maioria de razão ao caso dos autos, em que está em causa uma prestação de rendimento mínimo garantido, inferior ao salário mínimo, que (embora de montante superior à que estava em questão no Acórdão 318/99) é calculada e atribuída precisamente em função das necessidades de subsistência da recorrente e seu agregado familiar, visando assegurar o mínimo indispensável a uma existência digna.

Na verdade, a prestação de rendimento mínimo garantido tem como objectivo justamente assegurar o mínimo de subsistência ao titular e seu agregado familiar. Neste ponto, mesmo um paralelo entre a prestação do rendimento mínimo garantido, calculado em função das necessidades mínimas do titular e seu agregado familiar, e o salário mínimo se afigura improcedente, bem como eventuais argumentos que se procurasse extrair da possível situação económica, não já do devedor, mas do credor, porventura também beneficiário da prestação. E nem se diga que o titular pode auferir de rendimentos de outro tipo, uma vez que - diversamente também do que acontece no caso do salário mínimo tais rendimentos deverão levar logo à recusa de atribuição da prestação ou à sua cessação (e recorde-se que não é nesta sede que importa considerar outros proventos da recorrente, ou eventuais fraudes susceptíveis de influenciar a decisão de atribuição da prestação)

A própria variação da prestação segundo a composição do agregado familiar dos titulares do direito à prestação mostra, aliás, que está em causa a garantia de um mínimo de subsistência, correspondente, por cada indivíduo maior componente do agregado familiar e até ao segundo, a 100% do montante da pensão social, a partir do terceiro, a 70% do montante da pensão social, e por cada indivíduo menor, a 50% do montante da pensão social.

A possibilidade de o juiz, considerando o princípio da proporcionalidade e o direito do credor, graduar o montante da prestação de rendimento mínimo garantido a penhorar entre um sexto e um terço, garantida pelo artigo 824º, n.º 2, do Código de Processo Civil e referida na decisão recorrida, ou mesmo a possibilidade de, nos termos do n.º 3 deste artigo, isentar totalmente de penhora as prestações em questão, considerando a natureza da dívida exequenda e as necessidades do executado e seu agregado familiar, não se afiguram, pois, no caso da prestação de rendimento mínimo garantido, suficientes para garantir a compatibilização com as exigências constitucionais.

Na verdade, em casos de agregados familiares numerosos, o encurtamento pela penhora, mesmo tão-só de uma parte do rendimento mínimo - que em prestações de outro tipo seria perfeitamente razoável -, constituiria logo um sacrifício excessivo e desproporcionado do direito do devedor, na medida em que este vê o seu nível de subsistência básico ou do seu agregado familiar descer abaixo do mínimo considerado necessário para a existência com a dignidade humana que a Constituição garante. E poderia mesmo equivaler à eliminação total do rendimento mínimo considerado indispensável para a subsistência um dos membros do seu agregado familiar, em função do qual a prestação foi calculada.

No caso da prestação em análise cujo montante equivale, nas suas finalidades e montante, ao mínimo indispensável para uma existência condigna do titular e seu agregado familiar, só, pois, a salvaguarda da totalidade da prestação em face da penhora pode considerar-se bastante para garantir a dignidade humana do devedor e seu agregado (devendo considerar-se irrelevante também a consideração da natureza da dívida exequenda, designadamente, do título de aquisição do crédito).

E pode, assim, concluir-se, pela inconstitucionalidade, por violação do princípio da Dignidade Humana contido no princípio do Estado de Direito, tal como resulta das disposições conjugadas dos artigos 1º e 63º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República, dos artigos 821º, n.º 1 e 824º, n.º 1, alínea b) e n.º 2 do Código de Processo Civil, na interpretação segundo a qual são penhoráveis as quantias percebidas a título de rendimento mínimo garantido.

### III. Decisão

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal Constitucional decide:

a) Julgar inconstitucionais, por violação do princípio da Dignidade Humana contido no princípio do Estado de Direito, tal como resulta das disposições conjugadas dos artigos 1º e 63º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República, os artigos 821º, n.º 1 e 824º, n.º 1, alínea b) e n.º 2 do Código de Processo Civil, na interpretação segundo a qual são penhoráveis as quantias percebidas a título de rendimento mínimo garantido;

b) Em consequência, conceder provimento ao presente recurso, revogar a decisão recorrida, que deverá ser reformulada em conformidade com o presente juízo de inconstitucionalidade.

Lisboa, 6 de Fevereiro de 2001

Paulo Mota Pinto

Guilherme da Fonseca

Bravo Serra (vencido, por entender que o nº 3 do artº 824º do Código de Processo Civil constitui suficiente garantia para se concluir pela não inconstitucionalidade das normas que no presente aresto foram julgadas como desconformes com a Lei Fundamental)

José Manuel Cardoso da Costa (Pesam as dúvidas que, entretanto, me ocorreram quanto à problemática geral em que a questão tratada no presente acórdão se insere e por as quais o circunstancialismo de facto da hipótese em apreço não deixou de contribuir votei o aresto e a decisão, ainda na linha decorrente da orientação que o tribunal tem acolhido).

### **Acórdão n.º 177/2002**

**Processo nº 546/01**

**Plenário**

**Relatora: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza**

Acordam, no Plenário do Tribunal Constitucional:

1. Nos termos do disposto no artigo 82º da Lei nº 28/82, de 15 de Novembro, o Procurador-Geral Adjunto no Tribunal Constitucional veio requerer a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da "norma constante do artigo 824º, nºs 1 e 2, do Código de Processo Civil, na medida em que permite a penhora até 1/3 das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante, cujo valor não seja superior ao do salário mínimo nacional então em vigor".

Invocou, para o efeito, ter sido a mesma norma julgada inconstitucional, "por violação do princípio da dignidade humana contido no princípio do Estado de direito, que resulta das disposições conjugadas dos artigos 1º, 59º, nº 2, alínea a), e 63º, nºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa", pelo acórdão nº 318/99 (Diário da República, II Série, de 22 de Outubro de 1999) e pelas decisões sumárias nºs 120/01 e 165/01.

2. Notificado para o efeito, nos termos previstos nos artigos 54º e 55º, nº 3, da Lei nº 28/82, o Primeiro Ministro veio apresentar a sua resposta, pronunciando-se no sentido da não inconstitucionalidade.

Em síntese, o Primeiro Ministro sustenta que, para a Constituição, o salário mínimo representa a garantia de uma "retribuição mínima pelo trabalho desenvolvido", imposta pelo princípio da justiça, não tendo natureza de "prestação

de carácter assistencialista" nem reflectindo um critério de "garantia do rendimento mínimo, adequado e necessário a uma existência condigna"; a querer encontrar um critério de aferição desse mínimo, seria mais adequado recorrer aos que são utilizados no domínio dos regimes de segurança social ou para a fixação do rendimento mínimo garantido.

Para além disso, o julgamento de inconstitucionalidade importaria a adopção de um critério de protecção do executado desnecessariamente rígido e inflexível, uma vez que os nºs 2 e 3 do artigo 824º do Código de Processo Civil prevêem que o tribunal tome em conta as suas condições económicas ao fixar a extensão em que os rendimentos em causa podem ser objecto de penhora, permitindo mesmo isentá-los se tal for necessário para garantir a "salvaguarda dos meios de subsistência adequados e necessários a uma vida condigna do executado".

Finalmente, esse julgamento tornaria impenhoráveis, independentemente das circunstâncias do caso, os rendimentos abrangidos. Essa impenhorabilidade poderia, por um lado, ser injustificadamente prejudicial aos interesses do exequente, como sucederia na hipótese de o executado receber duas prestações diferentes, de entre as previstas na al. b) do nº 1 do artigo 824º, mas ambas de valor não superior ao salário mínimo nacional; e poderia, por outro, prejudicar o próprio executado, como aconteceria se ele tivesse outros bens penhoráveis, já que esses bens seriam necessariamente atingidos pela penhora ainda que o executado preferisse que ela incidisse sobre a prestação isenta.

Assim, o Primeiro Ministro, observando que a circunstância de uma norma ter sido julgada anteriormente inconstitucional em três casos diferentes não implica a automática declaração da sua inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, concluiu no sentido de que o Tribunal Constitucional não deve declarar a inconstitucionalidade da norma objecto deste processo.

Nos termos do disposto nos nº 1 e 2 do artigo 63º da Lei nº 28/82, foi apresentado, discutido e aprovado por maioria, em plenário, o memorando do Presidente do Tribunal.

Cumpra agora decidir.

3. O artigo 824º do Código de Processo Civil tem a seguinte redacção, resultante do artigo 1º do Decreto-Lei nº 180/96, de 25 de Setembro:

Artigo 824º

Bens parcialmente penhoráveis

1. Não podem ser penhorados:

a) Dois terços dos vencimentos ou salários auferidos pelo executado;



b) Dois terços das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra qualquer regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante.

2. A parte penhorável dos rendimentos referidos no número anterior é fixada pelo juiz entre um terço e um sexto, segundo o seu prudente arbítrio, tendo em atenção a natureza da dívida exequenda e as condições económicas do executado.

3. Pode o juiz excepcionalmente isentar de penhora os rendimentos a que alude o nº 1, tendo em conta a natureza da dívida exequenda e as necessidades do executado e seu agregado familiar.

Ao incorporar o texto constante do Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12 de Dezembro, para o artigo 824º, acrescentando-lhe, porém, no nº 3, a possibilidade de a isenção de penhora abranger, não apenas "as prestações a que alude a alínea b) do nº 1"), mas também os vencimentos e salários referidos na al. a) do nº 1, o Decreto-Lei nº 180/96 veio manter a regra da impenhorabilidade parcial de certos rendimentos do executado (vencimentos, salários, certas prestações sociais ou indemnizações).

Conservou, assim, no essencial, o regime que JOSÉ ALBERTO DOS REIS explicava que, embora não fosse o "mais humano e equitativo", como seria "o que subtrai inteiramente à penhora os pequenos vencimentos e salários, isto é, as quantias destinadas a assegurar o mínimo de subsistência" (Processo de Execução, 1º, 2ªed., reimp., Coimbra, 1982, págs. 384 e 391), se destinava, naturalmente, a permitir a subsistência do executado e do seu agregado familiar.

Os vencimentos, salários e outras prestações ali referidas continuam, pois, a ser penhoráveis em 1/3 do seu montante (nº 1 do artigo 824º), cabendo ao juiz definir, caso a caso, qual o valor efectivamente penhorado, entre 1/3 e 1/6. Para o efeito, há-de ponderar as "condições económicas do executado" e "a natureza da dívida exequenda" (nº 2 do artigo 824º), não definindo a lei actual, diferentemente do que fazia o nº 4 do anterior artigo 823º, quais as dívidas que devem ser consideradas para tal ponderação.

É, todavia, possível, agora, que o tribunal, atendendo também à "natureza da dívida exequenda" e às "necessidades do executado e seu agregado familiar", isente totalmente da penhora a parte dos vencimentos, salários e prestações que, de acordo com as regras referidas, é penhorável, como consta do nº 3. Note-se, aliás, que o preâmbulo do Decreto-Lei nº 329-A/95, ao referir esta possibilidade de isenção total de penhora, a relaciona com a jurisprudência constitucional (acórdãos nºs 349/91 e 411/93) que se pronunciou pela inconstitucionalidade da norma do nº 4 do artigo 45º da Lei nº 28/84, de 14 de Agosto, que previa a impenhorabilidade das pensões de segurança social, sem tomar em conta o montante dos rendimentos recebidos, e com a consequente necessidade de proibir a invocação, em processo

civil, de disposições especiais que estabelecessem "a impenhorabilidade absoluta de quaisquer rendimentos, independentemente do seu montante" (artigo 12º do mesmo Decreto-Lei).

Resulta, assim, do disposto nos nºs 1 e 2 do artigo 824º do Código de Processo Civil que é susceptível de penhora 1/3 dos montantes auferidos pelo executado a título de vencimento, salário, prestação periódica paga a título de aposentação ou de qualquer outra regalia social, seguro, indemnização por acidente, renda vitalícia ou pensão semelhante, devendo o juiz, segundo os critérios indicados, fixar a parte que, em cada caso, é penhorada, entre 1/3 e 1/6 do valor da prestação (salvo se aplicar a isenção prevista no nº 3).

4. Ora cabe começar por precisar o objecto do presente processo, tendo em conta a sua necessária delimitação pelos julgamentos de inconstitucionalidade proferidos nas decisões invocadas como fundamento.

Assim, e utilizando a formulação constante do acórdão nº 318/99, "a questão" nele apreciada foi "a de saber se a norma que permite a penhora até 1/3 de uma pensão de reforma por invalidez cujo montante é inferior ao salário mínimo nacional não é inconstitucional por não garantir o mínimo adequado e necessário para uma existência condigna".

A decisão sumária nº 120/01, referindo que versa sobre o mesmo objecto, julgou no sentido da "inconstitucionalidade do artigo 824º, nºs 1 e 2, do Código de Processo Civil, na medida em que permitem a penhora de um terço de prestações periódicas pagas a título de regalia social ou pensões cujo valor não seja superior ao do salário mínimo nacional".

Por sua vez, a decisão sumária nº 165/01 apreciou a "mesma norma questionada" no acórdão nº 318/99.

Isto significa que a norma agora em apreciação é, tão somente, a que resulta da conjugação do disposto no nº 1, alínea b) e nº 2 do artigo 824º do Código de Processo Civil, na parte em que permite a penhora até 1/3 das prestações periódicas pagas a título de regalia social ou de pensão, cujo valor não seja superior ao salário mínimo nacional.

5. Como se disse já, esta norma foi julgada inconstitucional por "violação do princípio da dignidade humana contido no princípio do Estado de direito que resulta das disposições conjugadas dos artigos 1º, 59º, n.º2, alínea a) e 63º, n.ºs 1 e 3, da Constituição" (acórdão nº 318/99).

Para fundamentar este juízo, escreveu-se neste acórdão nº 318/99:

"O Tribunal Constitucional tem tido várias pronúncias sobre a questão da impenhorabilidade de bens, centrando-se todos os acórdãos no artigo 45º da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto, tendo esta norma (que estabelece a impenhorabilidade das

prestações devidas pelas instituições de segurança social sido julgada inconstitucional na medida em isenta de penhora a parte das prestações devidas pelas instituições de segurança social que excedam o mínimo adequado e necessário a uma sobrevivência condigna.

(...)

Será razoável utilizar para o caso dos autos, a argumentação carreada para as decisões relativas ao artigo 45º da Lei de Segurança Social?

Vejamos.

(...)

A questão que se coloca no presente processo é, portanto, a de saber se a norma que permite a penhora até 1/3 de uma pensão de reforma por invalidez cujo montante é inferior ao salário mínimo nacional não é inconstitucional por não garantir o mínimo adequado e necessário para uma existência condigna (artigo 1º em conjugação com o artigo 63º, n.ºs 3 e 4, da Constituição).

(...)

O credor goza de um direito à satisfação do seu crédito, podendo chegar à realização executiva do crédito à custa do património do devedor, sendo tal direito, enquanto direito de conteúdo patrimonial, tutelado pelo artigo 62º, nº1 da Constituição (garantia da propriedade privada).

O artigo 63º da Constituição reconhece a todos os cidadãos um direito à segurança social que, nos termos do nº 3, "protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho".

Este preceito constitucional, como se escreveu no Acórdão nº 349/91 (in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 19º Vol., pág. 515) "poderá, desde logo, ser interpretado como garantindo a todo o cidadão a percepção de uma prestação proveniente do sistema de segurança social que lhe possibilite uma subsistência condigna em todas as situações de doença, velhice ou outras semelhantes. Mas ainda que não possa ver-se garantido no artigo 63º da Lei Fundamental um direito a um mínimo de sobrevivência, é seguro que este direito há-de extrair-se do princípio da dignidade da pessoa humana condensado no artigo 1º da Constituição" (cf. Acórdão n.º 232/91, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 19º Vol., pág.341).

Pode, assim, configurar-se um conflito de direitos, entre o direito do credor à realização rápida do pagamento do seu crédito e o direito do devedor e pensionista da Segurança Social ou do Estado à percepção de uma pensão que lhe garanta o mínimo de subsistência condigna com a sua dignidade de pessoa.

Existindo o referido conflito, o legislador não pode deixar de garantir a tutela do valor supremo da dignidade da pessoa humana – vector axiológico estrutural da própria Constituição – sacrificando o direito do credor na parte que for absolutamente necessária – e que pode ir até à totalidade desse direito – por forma a não deixar que o pagamento ao credor decorra o aniquilamento da mera subsistência do devedor e pensionista.

Essencial se torna, pois, a realização de um balanceamento, da utilização de uma adequada proporção na repartição "dos custos do conflito" (cf. J.C.Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Almedina, 1987, pág. 233). Em consequência, será constitucionalmente aceitável o sacrifício do direito do credor, se o mesmo for necessário e adequado à garantia do direito à existência do devedor com um mínimo de dignidade.

(...)

É certo que o legislador admite a penhora até 1/3 dos salários auferidos pelo executado, mesmo de salários não superiores ao salário mínimo nacional, tal como admite a penhora de idêntica parte das prestações periódicas recebidas a título de pensão de aposentação ou pensão social, sem qualquer limitação expressa decorrente do respectivo montante.

Porém, assim como o salário mínimo nacional contém em si a ideia de que é a remuneração básica estritamente indispensável para satisfazer as necessidades impostas pela sobrevivência digna do trabalhador e que por ter sido concebido como o 'mínimo dos mínimos' não pode ser, de todo em todo, reduzido, qualquer que seja o motivo, assim também, uma pensão por invalidez, doença, velhice ou viuvez, cujo montante não seja superior ao salário mínimo nacional não pode deixar de conter em si a ideia de que a sua atribuição corresponde ao montante mínimo considerado necessário para uma subsistência digna do respectivo beneficiário.

Em tais hipóteses, o encurtamento através da penhora, mesmo de uma parte dessas pensões – parte essa que em outras circunstâncias seria perfeitamente razoável, como no caso de pensões de valor bem acima do salário mínimo nacional –, constitui um sacrifício excessivo e desproporcionado do direito do devedor e pensionista, na medida em que este vê o seu nível de subsistência básico descer abaixo do mínimo considerado necessário para uma existência com a dignidade humana que a Constituição garante.

Nestes termos, considera-se que a norma do artigo 824º, nºs 1 e 2, do Código de Processo Civil, na medida em que permite a penhora até 1/3 quer de vencimentos ou salários auferidos pelo executado, quando estes são de valor não superior ao salário mínimo nacional em vigor naquele momento, quer de pensões de aposentação ou de pensões sociais por doença, velhice, invalidez e viuvez, cujo valor não alcança aquele mínimo remuneratório, é inconstitucional por violação do princípio da dignidade humana, decorrente do princípio do Estado de direito,

constante das disposições conjugadas dos artigos 1º, 59º, nº2, alínea a) e 63º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa."

É este julgamento de inconstitucionalidade que aqui se reitera, não se considerando que os argumentos apresentados pelo Primeiro Ministro devam conduzir a solução diversa, como se passa a demonstrar.

6. Em primeiro lugar, o Primeiro Ministro aponta a inadequação da escolha do montante do salário mínimo como referência para a impenhorabilidade, apontando outros, a seu ver, mais adequados.

Ora a verdade é que a existência de outras referências possíveis não invalida que o Tribunal Constitucional possa considerar, como considera, que o valor do salário mínimo constitui referência adequada aos valores em jogo, nenhum obstáculo resultando da consideração de que representa a garantia de uma "retribuição mínima pelo trabalho desenvolvido" e que "tem subjacente um princípio de justiça, não sendo considerado como prestação de carácter assistencialista".

Como se afirmou no acórdão nº 318/99 e resulta da análise dos sucessivos diplomas relativos à criação e às diversas actualizações introduzidas no respectivo montante, ao fixar o regime do salário mínimo nacional o legislador teve presente a intenção de garantir "a remuneração básica estritamente indispensável para satisfazer as necessidades impostas pela sobrevivência digna do trabalhador" (acórdão nº 318/99).

Assim resulta, claramente, do Decreto-Lei nº 217/74, de 27 de Maio, que o introduziu no direito português. Da leitura atenta do preâmbulo do diploma decorre que foi concebido com uma dos "benefícios sociais especialmente dirigido a melhorar a situação das classes que se encontram em pior situação" (ponto 4.), juntamente com várias prestações de carácter social previstas no mesmo diploma destinadas a melhorar os "níveis de vida muito baixos" da "generalidade do povo português, especialmente a classe trabalhadora" (ponto 1.); e essa preocupação manteve-se, como se pode verificar, por exemplo, no diploma que, por último, veio actualizar o respectivo montante (o Decreto-Lei nº 325/2001, de 17 de Dezembro, rectificado pela declaração de rectificação nº 20-BC/2001, Diário da República, I-A, 3º supl., de 17 de Dezembro de 2001). Como se pode ler no preâmbulo, o montante da actualização, definido segundo "critérios de racionalidade económica e social", teve como objectivo permitir, "em simultâneo, uma elevação sustentada do poder de compra dos trabalhadores e da competitividade das empresas nacionais".

Essa dupla ordem de considerações é imposta, aliás, pela al. a) do nº 2 do artigo 59º da Constituição, quando, ao determinar que cabe ao Estado "o estabelecimento e a actualização do salário mínimo nacional", aponta como critérios a ter em conta, para além de "outros factores, as necessidades dos trabalhadores, o aumento do custo de vida, o nível de desenvolvimento das forças

produtivas, a exigência da estabilidade económica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento".

7. Em segundo lugar, é incontestável que o nº 3 do artigo 824º confere ao tribunal o poder de, tomando em conta "as necessidades do executado e seu agregado familiar", isentar totalmente de penhora a pensão em causa.

Há, todavia, que não esquecer, desde logo, que estas necessidades não são o único elemento a ponderar pelo tribunal, que tem que as considerar conjuntamente com "a natureza da dívida exequenda", factor que pode impedir que o tribunal opte pela impenhorabilidade total.

Para além disso, não é exacto que o julgamento de inconstitucionalidade venha substituir, utilizando um critério "desnecessariamente rígido e inflexível", uma mais adequada forma de protecção do executado. Com efeito, e não esquecendo que o preceito continua a valer para o caso de penhora de pensões de valor mais elevado, a verdade é que o efeito do julgamento de inconstitucionalidade se traduz, apenas, em excluir a ponderação do tribunal sobre a admissibilidade da penhora nos casos em que o montante da pensão abrangida não é superior ao salário mínimo, por se entender que, em tais casos, a penhora afecta sempre de forma inaceitável a satisfação das "necessidades do executado e seu agregado familiar".

8. Finalmente, também não é exacto que a declaração de inconstitucionalidade se revele injustificadamente lesiva dos interesses, quer do exequente, como aconteceria, por exemplo, se o executado auferisse duas das prestações incluídas no na al. b) do nº 1 do artigo 824º, quer do executado que, dispondo de outros bens penhoráveis (rendimentos ou não), pode ter conveniência em que a penhora antes incida sobre a pensão.

Com efeito, estas objecções não são procedentes. Desde logo porque, como resulta do acórdão nº 318/99, os julgamentos de inconstitucionalidade cuja generalização se requer neste processo tiveram como pressuposto necessário a circunstância de o executado não dispor, nem de outros rendimentos (incluídas aqui quaisquer outras das prestações referidas na al. b) do nº 1 do artigo 824º do Código de Processo Civil), nem, em geral, de outros bens penhoráveis, suficientes para satisfazer a dívida exequenda.

A declaração de inconstitucionalidade não vai, assim, afectar injustificadamente os interesses do exequente, já que a sua razão de ser leva a que, em casos em que o executado aufera duas ou mais prestações compreendidas naquele preceito, se tenha de considerar, para efeitos de impenhorabilidade, a globalidade das prestações recebidas.

Mas também não se revela prejudicial para o executado, nos termos apontados na resposta, porque não se verifica o pressuposto necessário de que esta

parte, ou seja, a disponibilidade do executado na determinação dos bens sobre os quais há-de recair a penhora.

Com efeito, quando tem o direito de nomear bens à penhora (o que sucede nas execuções ordinárias, como resulta do disposto no artigo 833º do Código de Processo Civil), é obrigado a respeitar a ordenação constante do artigo 834º do mesmo Código, sob pena de tal direito se devolver ao exequente (al. b) do nº 1 do artigo 836º); quando não tem (como sucede em processo sumário, nos termos do artigo 924º, sempre do Código de Processo Civil e, portanto, nas execuções simplificadas reguladas pelo Decreto-Lei nº 274/97, de 8 de Outubro), o executado apenas pode requerer a substituição dos bens nomeados pelo exequente se a sentença em que se baseia a execução não tiver transitado em julgado (nº 2 do artigo 926º).

9. Antes de concluir, cumpre acrescentar que, pelo acórdão nº 62/02 (Diário da República, II Série, de 11 de Março de 2001), se decidiu "julgar inconstitucionais, por violação do princípio da Dignidade Humana contido no princípio do Estado de Direito, tal como resulta das disposições conjugadas dos artigos 1º e 63º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República, os artigos 821º, n.º 1 e 824º, n.º 1, alínea b) e n.º 2 do Código de Processo Civil, na interpretação segundo a qual são penhoráveis as quantias percebidas a título de rendimento mínimo garantido". Também neste acórdão se entendeu que, "conforme resulta dos citados Acórdãos nºs 349/91 e 411/93, o que é relevante, no confronto com os artigos 13º e 62º da Constituição, para concluir pela legitimidade constitucional da impenhorabilidade é a circunstância de a prestação de segurança social em causa não exceder o mínimo adequado e necessário a uma sobrevivência condigna".

Nestes termos, o Tribunal Constitucional decide declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma que resulta da conjugação do disposto na alínea b) do nº 1 e no nº 2 do artigo 824º do Código de Processo Civil, na parte em que permite a penhora até 1/3 das prestações periódicas, pagas ao executado que não é titular de outros bens penhoráveis suficientes para satisfazer a dívida exequenda, a título de regalia social ou de pensão, cujo valor global não seja superior ao salário mínimo nacional, por violação do princípio da dignidade humana, contido no princípio do Estado de Direito, e que resulta das disposições conjugadas do artigo 1º, da alínea a) do nº 2 do artigo 59º e dos n.ºs 1 e 3 do artigo 63º da Constituição.

Lisboa, 23 de Abril de 2002-

Maria dos Prazeres Pizarro Beleza

José de Sousa e Brito

Maria Fernanda Palma

Alberto Tavares da Costa

Luís Nunes de Almeida

Artur Mauricio

Guilherme da Fonseca

Paulo Mota Pinto (vencido, nos termos da declaração de voto que junto)

Bravo Serra (vencido, pois que entendo que a conjugação da norma aqui em apreço com os poderes que são conferidos ao juiz pelo n.º 3 do art.º 824.º do Código de Processo Civil tem a virtualidade de afastar o vício de inconstitucionalidade que foi assacado pelo vertente aresto do normativo ora analisado, sendo que não vislumbro no ponto 7 desse mesmo acórdão o emprego de fundamentação que, bastantemente, infirme o entendimento que perfilho)

José Manuel Cardoso da Costa (Acompanhando o essencial da posição assumida pelos Exm.ºs. Conselheiros Mota Pinto e Bravo Serra, e revendo assim, a posição anterior).

#### Declaração de voto

Votei no sentido da não inconstitucionalidade da norma (ou dimensão normativa) em causa, pelas razões que passo a expor:

O Código de Processo Civil prevê no n.º 3 do artigo 824.º que o juiz pode isentar totalmente de penhora prestações como as que estavam em causa, tendo em conta a natureza da dívida exequenda e as necessidades do executado e seu agregado familiar. A remissão para tal possibilidade judicial afigura-se-me claramente de preferir ao estabelecimento de um limite rígido e abstracto de impenhorabilidade, desde logo, por permitir tomar em conta circunstâncias do caso concreto que podem não ser despiciendas.

Só não seria assim se pudesse entender-se que a penhora de qualquer parte de prestações inferiores ao salário mínimo (como se diz no acórdão) "afecta sempre de forma inaceitável a satisfação das 'necessidades do executado e seu agregado familiar'" – ou seja, que põe sempre em causa a garantia de um "mínimo de existência", não devendo, por isso, nunca ser ponderada no caso concreto com quaisquer outros elementos. É o que, a meu ver, se poderá ainda entender para as prestações recebidas a título de "rendimento mínimo garantido". Considerando os seus pressupostos e forma de fixação – designadamente, a indexação ao montante legalmente fixado para a pensão social do regime não contributivo e a variação da prestação segundo a composição do agregado familiar dos titulares do direito à prestação –, pode dizer-se que só a salvaguarda da totalidade dessas prestações poderá proteger o "mínimo de existência" do devedor e seu agregado, cuja garantia decorre do valor da dignidade humana. Fora esses casos – de que não cumpre agora tratar (cfr. o Acórdão n.º 62/02, publicado no Diário da República, II série, n.º 59, de 11 de Março de 2002) –, porém, considero bastante o regime de



impenhorabilidade de dois terços das prestações, prevista no n.º 1 do artigo 824º do citado Código, conjugada com as possibilidades de, no caso concreto, o juiz fixar o montante penhorável entre um terço e um sexto, ou isentar mesmo totalmente de penhora, considerando a natureza da dívida exequenda e as necessidades do executado e seu agregado familiar.

À vantagem da ponderação, no caso concreto, do critério do n.º 3 do artigo 824º do Código de Processo Civil acresce, aliás, que as situações de impenhorabilidade (por exemplo, de dois terços dos vencimentos ou das prestações em causa) devem já ser consideradas em geral absolutamente excepcionais, quer por poderem originar um "amolecimento ósseo" das obrigações civis, quer por serem possíveis fontes de flagrante injustiça relativa (basta, para o concluir, ter presente que, perante um critério abstracto de impenhorabilidade, uma eventualmente idêntica situação financeira do credor não pode ser considerada), e que ainda mais excepcionais terão de ser os casos em que a garantia da dignidade humana, como valor no qual se funda a República Portuguesa, inscrito logo no "pórtico" da Lei Fundamental, impõe a consagração de uma impenhorabilidade.

Ora, a afirmação de uma impenhorabilidade total de prestações recebidas "a título de regalia social ou de pensão, cujo valor global não seja superior ao salário mínimo", em nome do princípio da dignidade humana funda-se, a meu ver, numa confusão entre o critério do "mínimo de existência" do devedor e seu agregado – esse sim, imposto pela dignidade humana – e o salário mínimo (sendo certo que, quando coincidirem, já a aplicação do primeiro conduzirá a afirmar a impenhorabilidade).

Na verdade, o salário mínimo representa a remuneração mínima garantida pela prestação laboral, imposta por um princípio de justiça comutativa, pela própria ideia de dignidade do trabalho – ou da pessoa enquanto trabalhador – , e por outras razões sociais e económicas.

É, na verdade, não só o que resulta da sua forma de fixação nos termos do Decreto-Lei n.º 69-A/87, de 9 de Fevereiro – fixação, essa, que pode ser mensal ou horária (para trabalho a tempo parcial ou com pagamento à quinzena, semana ou dia) e comporta diversas modulações (por exemplo, reduções nos serviços doméstico e nas actividades de natureza artesanal, relacionadas com o trabalhador, relativas à dimensão da entidade patronal e ao aumento de encargos para esta, e adaptações às Regiões Autónomas) –, como da própria Constituição da República. Segundo o seu artigo 55º, n.º 2, alínea a), incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, estabelecendo e actualizando o salário mínimo nacional, "tendo em conta, entre outros factores", não só as "necessidades dos trabalhadores" e "o aumento do custo de vida", como "o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências da estabilidade económica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento." E, por exemplo, no Decreto-Lei n.º 325/2001, de 17 de Dezembro, que por último

actualizou os seus valores, refere-se uma "especial atenção relativamente aos valores de actualização em causa, nomeadamente recorrendo a critérios de racionalidade económica e social que, não contrariando os níveis desejáveis de crescimento do emprego, permitam, em simultâneo, uma elevação sustentada do poder de compra dos trabalhadores e da competitividade das empresas nacionais" (itálicos aditados).

Tudo, pois, critérios constitucionais e legais explícitos que desmentem frontalmente o objectivo e a natureza do salário mínimo como garantia de um "mínimo de existência", ou de subsistência, implicado pelo valor da dignidade humana (que pode, aliás, ser superior ou inferior ao salário mínimo), e que, a meu ver, impedem a sua utilização como critério para uma impenhorabilidade total, fundada na protecção daquele valor.

Por tais razões, não teria julgado inconstitucional a norma em causa.

Por último, registre-se, ainda, que, dentro da própria lógica do aresto de que dissenti, o critério para a "proibição constitucional de penhora" há-de, com certeza, residir, não tanto na comparação do salário mínimo com o valor (fraccionado ou global) das prestações auferidas pelo devedor, como na comparação com o rendimento que lhe restaria depois da penhora – ou seja, com o seu rendimento remanescente. Isto, sem deixar, porém, de admitir que, dadas as particularidades do processo em que foi proferida a presente declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, baseado em três decisões de inconstitucionalidade em casos concretos (nenhuma das quais subscrevi, sendo, aliás, duas delas decisões proferidas ao abrigo do artigo 78º-A, n.º 1, da Lei do Tribunal Constitucional), não teria sido possível alargar o objecto do processo por forma a considerar antes aquele critério.

Paulo Mota Pinto

## **Acórdão n.º 509/2002**

**Proc. n.º 768/02**

**Plenário**

**Rel.: Cons.º Luís Nunes de Almeida**

Acordam, em plenário, no Tribunal Constitucional:

### I – Relatório

1. O Presidente da República requereu, nos termos do artigo 278º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa (CRP) e dos artigos 51º, n.º 1, e 57º, n.º 1, da Lei sobre Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal

Constitucional (LTC), a apreciação da constitucionalidade da norma constante do artigo 4º, nº 1, do Decreto da Assembleia da República nº 18/IX, recebido na Presidência da República, no passado dia 22 de Novembro de 2002, para ser promulgado como lei.

2. Alega, em síntese, o requerente:

- o diploma procede à revogação do rendimento mínimo garantido previsto na Lei nº 19-A/96, de 29 de Junho, e cria o rendimento social de inserção, podendo, grosso modo, dizer-se que os direitos e prestações previstos na legislação que instituiu e regulamentava o rendimento mínimo garantido são substituídos, com as devidas adaptações, pelos direitos e prestações previstos na legislação que cria e, posteriormente, virá a regulamentar, o rendimento social de inserção

- a dúvida de constitucionalidade refere-se ao artigo 4º, nº 1, que regula a titularidade do direito ao rendimento social de inserção, na medida em que, enquanto que o artigo 4º, nº 1, da Lei nº 19-A/96, de 29 de Junho, que criou o rendimento mínimo garantido, reconhecia a titularidade do direito à prestação de rendimento mínimo aos indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos, o diploma que agora se pretende seja promulgado como lei, com ressalva das excepções também já previstas na lei anterior e das posições subjectivas dos actuais beneficiários, garante a titularidade do direito ao rendimento social de inserção apenas às pessoas com idade igual ou superior a 25 anos

- a dúvida de constitucionalidade respeita, assim, a saber se uma tal restrição objectiva da titularidade do direito em causa é constitucionalmente fundada e se é feita com observância das normas e princípios constitucionais

- e isto, tanto mais quanto, tendo a Lei nº 50/88, de 19 de Abril, e legislação complementar, que regulava o subsídio de inserção de jovens na vida activa, sido revogada pela legislação instituidora do rendimento mínimo garantido, e não sendo ripristinada pelo actual Decreto nº 18/IX da Assembleia da República nem substituída por qualquer compensação afim, se verificaria neste domínio, se este diploma entrasse em vigor nos seus presentes termos, uma desprotecção objectiva da generalidade das pessoas de idade inferior a 25 anos, constituindo, objectivamente, para essa faixa etária, uma regressão na protecção social correspondente aos tempos anteriores a 1988

- aliás, a legislação que visa assegurar um rendimento mínimo garantido ou um rendimento social de inserção constitui uma concretização do direito de todos à segurança social (artigo 63º, nº 1, da CRP), correspondendo, mais especificamente, à obrigação derivada de o Estado organizar um sistema de segurança social em ordem a proteger «os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho» (artigo 63º, nº 3, da CRP)

- assim, os direitos ou pretensões subjectivas e os conteúdos objectivos decorrentes daquela legislação constituem, nesse sentido, uma manifestação juridicamente sustentada de direitos derivados a prestações que, sendo, embora, formalmente reconhecidos em legislação ordinária, são indissociáveis e beneficiam da força jurídica e dos efeitos irradiantes reconhecidos aos direitos fundamentais económicos, sociais ou culturais constitucionalmente consagrados

- nesse sentido, sem perda do poder de conformação autónomo reconhecido ao legislador em Estado de direito democrático, a partir e à medida que, de acordo com as suas disponibilidades financeiras, o Estado vai realizando esses direitos sociais e dando cumprimento às imposições constitucionais e deveres de prestação que deles decorrem, deixa de dispor livre e arbitrariamente do grau e medida entretanto realizados desses direitos

- mesmo quando - atendendo à natureza sob reserva do possível ou do financeiramente possível que os direitos sociais apresentam - não se sustente, como fazem, todavia, alguns Autores, a existência de um princípio constitucional de proibição do retrocesso nas prestações entretanto reconhecidas no domínio dos direitos sociais, é opinião doutrinária e jurisprudencialmente comum que o Estado só pode afectar o conteúdo realizado dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados quando se sustente numa comprovada incapacidade material, designadamente financeira, para manter a medida entretanto reconhecida de realização daqueles direitos ou quando a tal se veja compelido por força da necessária realização de outros valores de natureza constitucional

- na medida em que se lida com direitos fundamentais – e, enquanto tal, furtados à disponibilidade do poder político –, quando pretende retroceder no grau de realização entretanto atingido, e porque de verdadeiras restrições a direitos fundamentais se trata, o Estado não pode bastar-se, para fundamentar a afectação ou restrição do conteúdo dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados, com razões ou preconceitos de natureza ideológica não constitucionalmente sustentados ou com justificações meramente apoiadas em diferenças de opinião política próprias da variação conjuntural das maiorias de governo

- e, mesmo quando se sustente numa justificação objectivamente comprovável e de base constitucional, o Estado não pode afectar ou suprimir prestações existentes de uma forma arbitrária, discriminatória, com eventual violação de princípios constitucionalmente consagrados como sejam o princípio da confiança próprio do Estado de Direito ou, mais especificamente, no caso, o princípio da igualdade ou o princípio da universalidade na titularidade e exercício dos direitos fundamentais

- a dúvida de constitucionalidade que se suscita é se, quando reconverteu, de uma forma geral, o anterior rendimento mínimo garantido em rendimento social

de inserção, o legislador podia ter privado, genericamente, as pessoas de idade inferior a 25 anos da titularidade dos direitos que lhe era anteriormente reconhecida ou atribuída, sem que se vislumbre uma justificação, constitucionalmente apoiada, para proceder a tal discriminação relativamente às pessoas maiores de 25 anos

- poderia, eventualmente, sustentar-se que a restrição agora operada seria compensada por medidas substitutivas aplicáveis a essa faixa etária, mas, na inexistência, ainda que temporária, dessas medidas, não se vê como justificar a entrada imediata em vigor das alterações restritivas agora adoptadas.

- nem, por outro lado, o facto de os actuais beneficiários manterem, transitoriamente, o direito às prestações, responde às dúvidas de constitucionalidade, na medida em que há sempre pessoas que, nos termos da legislação actualmente em vigor, acederiam àquelas prestações e que se veriam, agora, objectivamente impossibilitadas de o fazer

- não estando em causa, pelo valor quantitativa e relativamente insignificante dos montantes em causa, uma incapacidade financeira de manutenção do direito às prestações, nem se apresentando qualquer valor de natureza constitucional justificador da restrição, a alteração legislativa em causa pode surgir como constitucionalmente injustificada e, enquanto tal, violadora do direito de todos à segurança social e da obrigação estatal de prover nas situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho do artigo 63º, nºs 1 e 3, da CRP

- por outro lado, na medida em que discrimina, sem fundamento razoável para o fazer, entre pessoas maiores ou menores de 25 anos, o legislador pode estar a violar o princípio da igualdade constitucionalmente consagrado no artigo 13º da CRP, bem como, na medida em que, sem fundamento constitucional, priva uma parte das pessoas de direitos e prestações anteriormente concedidos, estará a violar o princípio da universalidade genericamente consagrado no artigo 12º, nº 1, da CRP e, mais especificamente, no que ao direito à segurança social se refere, no artigo 63º, nº 1.

Conclui o requerente, pedindo a apreciação da constitucionalidade da norma em causa, por eventual violação do artigo 63º, nºs 1 e 3, bem como dos artigos 12º, nº 1, e 13º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa.

3. Notificado o Presidente da Assembleia da República, nos termos e para o efeito do preceituado nos artigos 54º e 55º da LTC, limitou-se o mesmo a oferecer o merecimento dos autos e a juntar os Diários da Assembleia da República que contêm os trabalhos preparatórios relativos ao diploma em apreciação.

## II – Fundamentação

a. Enquadramento historico-jurídico

4. A norma questionada, que se inscreve num diploma que cria o rendimento social de inserção e revoga o rendimento mínimo garantido, previsto na Lei nº 19-A/96, é do seguinte teor:

Artigo 4º

Titularidade

1 - São titulares do direito ao rendimento social de inserção as pessoas com idade igual ou superior a 25 anos e em relação às quais se verifiquem os requisitos e as condições estabelecidos na presente lei.

Todavia, com relevância para a dilucidação da questão a resolver se apresentam outros preceitos do diploma em apreço:

Artigo 1º

Objecto

A presente lei institui o rendimento social de inserção, que consiste numa prestação incluída no subsistema de protecção social de cidadania e num programa de inserção, de modo a conferir às pessoas e aos seus agregados familiares apoios adaptados à sua situação pessoal, que contribuam para a satisfação das suas necessidades essenciais e que favoreçam a progressiva inserção laboral, social e comunitária.

Artigo 2º

Prestação

A prestação do rendimento social de inserção assume natureza pecuniária e possui carácter transitório, sendo variável o respectivo montante.

Artigo 4º

Titularidade

1 - [...]

2 - Poderão igualmente ser titulares do direito ao rendimento social de inserção as pessoas com idade inferior a 25 anos e em relação às quais se verifiquem os demais requisitos e condições previstos na presente lei, nos seguintes casos:

- a) Quando possuam menores a cargo e na sua exclusiva dependência económica;
- b) Quando sejam mulheres grávidas;
- c) Quando sejam casados ou vivam em união de facto há mais de um ano.

#### Artigo 5º

##### Conceito de agregado familiar

2 - Para efeitos da presente lei, desde que estejam na dependência económica exclusiva do requerente ou do seu agregado familiar e sejam maiores, são igualmente susceptíveis de integrar o agregado familiar do titular nos termos a definir por decreto regulamentar:

- a) Os parentes em linha recta até ao segundo grau;
- b) Os adoptados plenamente;
- c) Os adoptados restritamente;
- d) Os tutelados.

#### Artigo 39º

##### Direitos adquiridos

Os actuais titulares e beneficiários do direito ao rendimento mínimo garantido com idade inferior ao limite legal estabelecido no artigo 4.º, transitam para o actual regime do rendimento social de inserção, passando a reger-se pelas regras estabelecidas pela presente lei.

#### Artigo 41º

##### Norma revogatória

1 - Considera-se revogada a Lei 19-A/96, de 29 de Junho, o Decreto-Lei nº 196/97, de 31 de Julho, e o Decreto-Lei n.º 84/2000, de 11 de Maio.

2 - As disposições do Decreto-Lei 196/97, de 31 de Julho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 84/2000, de 11 de Maio, que não contrariem a presente lei, mantêm-se em vigor até à data de entrada em vigor da respectiva regulamentação.

5. A existência de um rendimento social de inserção – ou de um rendimento mínimo garantido – enquadra-se na previsão da parte final do artigo 63º, nº 3, da Constituição, preceito onde se estabelece:

O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho.

Nesta conformidade, ao considerar que o rendimento social de inserção se inclui no subsistema de protecção social de cidadania, o diploma em apreço (artigo 1º) faz precisamente apelo ao subsistema que, no quadro da Lei de Bases Gerais do Sistema de Solidariedade e Segurança Social – a Lei n.º 17/2000, de 8 de Agosto – «visa assegurar direitos básicos e tem por objectivo garantir a igualdade de oportunidades, o direito a mínimos vitais dos cidadãos em situação de carência económica, bem como a prevenção e a erradicação de situações de pobreza e de exclusão, por forma a promover o bem-estar e a coesão sociais». E, dentro deste subsistema, aquele mesmo rendimento social de inserção integra-se no denominado regime de solidariedade, que se concretiza na atribuição de prestações que, fora do subsistema previdencial de natureza contributiva, assegurem um mínimo de subsistência, seja àqueles que, em princípio, não têm condições para o vir a obter – caso da pensão social ou equivalentes, em situações de invalidez, velhice, viuvez ou orfandade –, seja àqueles que, encontrando-se transitoriamente em situação de ausência ou insuficiência de recursos económicos para a satisfação das suas necessidades mínimas, precisam de apoio para promover a sua progressiva inserção social e profissional, como é o caso do ainda vigente rendimento mínimo garantido ou do projectado rendimento social de inserção (cfr. artigos 24º a 33º da Lei nº 17/2000; sobre o âmbito, modalidades, condições de atribuição, montante e outras regras atinentes às prestações não contributivas do regime de solidariedade, v. Apelles J. B. Conceição, *Segurança Social – Manual Prático*, 7ª ed., 2001, Rei dos Livros, págs. 270 e segs.).

Esta última eventualidade começou por ser prevista no nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 50/88, de 19 de Abril, que criou o subsídio de inserção dos jovens na vida activa, muito embora os seus destinatários fossem precisamente tão-só os jovens carenciados com idades compreendidas entre os 18 e os 25 anos e à procura do primeiro emprego. Este subsídio de inserção viria, porém, a ser posteriormente absorvido pelo rendimento mínimo garantido, sendo a Lei nº 50/88 revogada pelo Decreto-Lei nº 196/97, de 3 de Julho, que regulamentou a Lei nº 19-A/96.

Aliás, foi igualmente em 1988 que o Parlamento Europeu, através de uma resolução, considerando, nomeadamente, o agravamento da exclusão social em grupos mais atingidos pela pobreza – entre os quais, «os jovens» - se pronunciou a favor da «instituição, em todos os Estados-membros, de um rendimento familiar mínimo garantido, como factor de inserção social dos cidadãos mais pobres» (Jornal



Oficial das Comunidades Europeias, nº C 262, de 10 de Outubro de 1988, pág. 194). Logo após, em 1989, o Conselho Europeu veio a aprovar a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, em cujo nº 10 se proclama que, «de acordo com as regras próprias de cada país», «as pessoas excluídas do mercado de trabalho, quer porque a ele não tenham podido ter acesso quer porque nele não se tenham podido reinserir, e que não disponham de meios de subsistência, devem poder beneficiar de prestações e de recursos suficientes, adaptados à sua situação pessoal» (<http://www.parleurop.pt/docs/50anos/085.html>).

Já em 1992, o Conselho aprovaria ainda a Recomendação nº 92/441/CEE, relativa a critérios comuns respeitantes a recursos e prestações suficientes nos sistemas de protecção social (Jornal Oficial das Comunidades Europeias, nº L 245, de 26 de Agosto de 1992, págs. 46-48). Aí se recomenda aos Estados-membros que «reconheçam, no âmbito de um dispositivo global e coerente de luta contra a exclusão social, o direito fundamental dos indivíduos a recursos e prestações suficientes para viver em conformidade com a dignidade humana e, conseqüentemente, adaptem o respectivo sistema de protecção social, sempre que necessário»; por outro lado, de acordo com esta Recomendação, a implementação do mencionado direito deve, para além do mais, «preservar nas pessoas com idade e aptidão para trabalhar a vontade de procurar um emprego» (C, 1, d)) e nortear-se, entre outros, pelo seguinte princípio (B, 3):

A abertura deste direito a todas as pessoas que não disponham, nem por si próprias nem no seio do seu agregado familiar, de recursos suficientes,

o sob reserva da disponibilidade activa para o trabalho ou para a formação profissional com vista à obtenção de um posto de trabalho, relativamente às pessoas cuja idade, saúde e situação familiar permitam essa disponibilidade activa ou, se for caso disso, sob reserva de medidas de integração económica e social, relativamente às outras pessoas, e

o sem prejuízo da faculdade dos Estados-membros de não abrirem este direito às pessoas que tenham um emprego a tempo inteiro nem aos estudantes

6. Terá sido também na sequência desta preocupação manifestada pelos órgãos comunitários que, logo em 1993 e 1994, surgiram as primeiras iniciativas legislativas destinadas a assegurar um mínimo vital de subsistência naquelas situações não abrangidas pela pensão social ou pelo subsídio de inserção dos jovens na vida activa – o Projecto de lei nº 309/VI (PCP), propondo a criação de um rendimento mínimo de subsistência, e o Projecto de lei nº 385/VI (PS), propugnando o estabelecimento de um rendimento mínimo garantido que procurasse favorecer uma progressiva inserção social e profissional (cfr. Diário da Assembleia da República, II Série-A, nº 32, de 8 de Maio de 1993, e nº 26, de 3 de Março de 1994, respectivamente), ambos discutidos (cfr. Diário da Assembleia da República, I Série, nº 52, de 25 de Março de 1994, e nº 76, de 26 de Maio de 1994,

respectivamente) e rejeitados pelo Parlamento (cfr. Diário da Assembleia da República, I Série, nº 55, de 8 de Abril de 1994, e nº 78, de 28 de Maio de 1994, respectivamente).

Na legislatura subsequente, seguiram-se novas iniciativas legislativas sobre a matéria – o Projecto de lei nº 6/VII (PCP) e a Proposta de lei nº 25/VII (cfr. Diário da Assembleia da República, II Série-A, nº 2, de 8 de Novembro de 1995, e nº 36, de 20 de Abril de 1996, respectivamente) –, as quais foram discutidas conjuntamente (cfr. Diário da Assembleia da República, I Série, nº 68, de 10 de Maio de 1996), vindo o projecto de lei a ser rejeitado, enquanto a proposta de lei seria aprovada (cfr. Diário da Assembleia da República, I Série, nº 71, de 17 de Maio, e nº 77, de 31 de Maio de 1996) e daria origem à já mencionada Lei nº 19-A/96.

No que respeita à questão da idade para poder ser titular do direito, os projectos de lei apresentados pelo Grupo Parlamentar do Partido Comunista Português fixavam-na nos 18 anos; já o projecto de lei subscrito pelo Grupo Parlamentar do Partido Socialista a estabelecia nos 25 anos, sem previsão de revogação, contudo, do subsídio de inserção dos jovens na vida activa, então vigente.

A Lei nº 19-A/96 dispunha, sobre esta matéria da idade mínima para a titularidade do direito, no seu artigo 4º:

#### Artigo 4º

##### Titularidade

São titulares do direito à prestação de rendimento mínimo os indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos, ou inferior, se tiverem menores na exclusiva dependência económica do seu agregado familiar, desde que satisfaçam as restantes condições estabelecidas na presente lei.

E esta disposição foi assim regulamentada pelo já mencionado Decreto-Lei nº 196/97, diploma que, no seu artigo 50º, procedeu igualmente, como atrás se disse, à revogação da Lei nº 50/88:

#### Artigo 3º

##### Titularidade

São titulares do direito à prestação de rendimento mínimo os indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos, ou inferior, desde que estejam em situação de autonomia económica, satisfaçam as restantes condições de atribuição e se encontrem em alguma das seguintes situações:

- a. Tenham sido emancipados pelo casamento;
- b. Tenham outros menores na sua exclusiva dependência económica ou na do seu próprio agregado;
- c. Se encontrem grávidas.

Verifica-se, assim, no plano que ora nos interessa, que as situações que permitiam fazer baixar dos 18 anos a idade para ser titular do direito são, grosso modo, aquelas que agora se prevê possam fazer baixar essa idade dos 25 anos. Fazer passar dos 18 para os 25 anos a idade para poder ser titular deste direito ocorrera entretanto com a apresentação do Projecto de lei nº 176/VII (CDS-PP), rejeitado no Parlamento, quando da sua votação na generalidade (cfr. Diário da Assembleia da República, II Série-A, nº 35, de 27 de Abril e I Série, nº 75, de 8 de Junho de 2000).

7. É neste contexto que surge, pois, a Proposta de lei nº 6/IX (Diário da Assembleia da República, II Série-A, nº 10, de 1 de Junho de 2002), em cuja exposição de motivos se justifica assim, no passo mais relevante, a alteração legislativa concretamente questionada pelo Presidente da República:

[...] Nestes termos, e à semelhança do que se verifica noutros países da União Europeia, estabelece-se como idade mínima de acesso à prestação como titular os 25 anos, pois que a integração e a autonomia destes jovens deverá ser feita noutra plano, potenciando as medidas de formação e emprego já existentes e ainda estabelecendo metodologias de inserção prioritárias para esta faixa etária. Com efeito, a capacidade empreendedora e a disponibilidade dos jovens devem ser reconhecidas, aproveitadas e fomentadas de outra forma, designadamente através da prossecução e desenvolvimento de políticas activas de emprego.

No entanto, considerando o quão socialmente arraigado se encontra este direito, a presente proposta consagra um regime transitório para os titulares nestas condições [...]

Esta proposta de lei, depois de apreciada (Diário da Assembleia da República, II Série-A, nº 13, de 15 de Junho de 2002) pela competente comissão parlamentar especializada – a Comissão de Trabalho e dos Assuntos Sociais – , foi objecto de pareceres emitidos pela Assembleia Legislativa Regional da Madeira (Diário da Assembleia da República, II Série-A, nº 14, de 20 de Junho de 2002) e pela Assembleia Legislativa Regional dos Açores (Diário da Assembleia da República, II Série-A, nº 15, de 22 de Junho de 2002). O parecer desta última assembleia, negativo quanto ao ponto em causa, refere-se deste modo à questão:

O artigo 4º, ao passar a considerar como titulares do direito cidadãos com idade igual ou superior a 25 anos (quando o anterior sistema atribuía a titularidade do direito a cidadãos com idade igual ou superior a 18 anos), faz com que algumas centenas de açorianos fiquem excluídos do sistema.

Mais se considera que o hiato de tempo que decorrerá entre o fim da escolaridade mínima obrigatória e a idade proposta para aceder ao direito será um factor negativo, uma vez que este universo de jovens tem uma baixa escolaridade e constitui mão-de-obra não qualificada, dificultando o acesso aos canais normais de empregabilidade que o RMG facilitava e promovia e que o sistema ora proposto não preconiza e até pode subverter nos termos apresentados no artigo 19º.

Efectuada igualmente audição pública às comissões de trabalhadores, sindicatos e associações patronais (Separata nº 7/IX do Diário da Assembleia da República, de 24 de Junho de 2002), veio a proposta de lei a ser apreciada na generalidade (Diário da Assembleia da República, I Série, nº 20, de 15 de Junho de 2002). Durante esse debate na generalidade, a questão da idade mínima para a titularidade do direito foi também várias vezes suscitada.

Assim, logo na apresentação inicial da proposta de lei, o Ministro da Segurança Social e do Trabalho sublinhou:

Com esta proposta de lei procede-se a importantes alterações em relação ao quadro legal existente. Refiro-me, desde já, à alteração da idade de acesso à titularidade, que passa dos 18 para os 25 anos, sem prejuízo dos direitos adquiridos pelos actuais titulares naquelas condições.

Não se trata de menor atenção para com os jovens e nem sequer é uma medida inovadora, pois noutros países da União Europeia o limite é de 25 anos e, até, de 30 anos de idade. No início da sua vida, os jovens necessitam de um apoio específico na procura de um papel activo na comunidade. O que é prioritário é promover as capacidades de trabalho e empreendedora daquela população, pelo que esta nova orientação tem de ser conjugada com outros dispositivos, nomeadamente nas áreas do emprego e da formação profissional, cuja diversidade de programas é considerável e se encontram subaproveitados.

E, mais adiante, instado para concretizar as medidas que foram tomadas para compensar os jovens entre os 18 e os 25 anos, o mesmo membro do Governo, depois de esclarecer que, face à escassez de recursos, «em política social há uma questão fundamental, que é ter prioridades, e ter prioridades significa escolher umas coisas em detrimento de outras», logo acrescentou:

Portanto, a nossa ideia é a de que para este grupo dos 18 aos 25 anos – considerando, repito, que esta é uma prestação de último recurso – há muitas e melhores soluções de opções prioritárias, designadamente nos programas de emprego, de formação profissional, de formação qualificante, de aprendizagem, de combate à toxicod dependência [...] onde devem radicar as questões fundamentais destes jovens, onde lhes pode ser garantida autonomia, independência, dignidade cívica e capacidade laboral e não, pura e simplesmente, ser alimentados através de subsídios [...]

A proposta de lei em causa, depois de aprovada na generalidade (Diário da Assembleia da República, I Série-A, nº 22, de 21 de Junho de 2002), foi votada na especialidade na comissão parlamentar respectiva (Diário da Assembleia da República, II Série-A, nº 30, de 8 de Outubro de 2002), onde a mesma questão foi particularmente controvertida, constando do respectivo relatório:

Relativamente ao artigo 4º («Titularidade») da proposta de lei, foram apresentadas pelo Grupo Parlamentar do PS propostas de substituição dos nºs 1 e 2 do artigo e, ainda, uma proposta de substituição de todo o artigo (tornando-o número único), apresentada pelo BE. Todas estas propostas tinham por base a consideração de que a alteração do limite etário dos titulares (de 18 para 25 anos) consubstanciava uma injustiça, deixando desprotegido um conjunto de cidadãos, pelo que as propostas de alteração iam no sentido da manutenção do limite etário constante da Lei nº 19-A/96.

O Deputado Vieira da Silva (PS) considerou que não se compreendia por que motivo um casal com determinado rendimento tinha direito à medida de inserção social em causa e dois irmãos órfãos com o mesmo rendimento, pelo facto de serem menores de 25 anos, já não poderiam auferir do mesmo benefício.

Finalmente, a proposta de lei foi aprovada em votação final global, com votos favoráveis do PPD/PSD e do CDS-PP e votos contrários do PS, do PCP, do BE e do PEV (Diário da Assembleia da República, I Série, nº 41, de 27 de Setembro de 2002).

a. Apreciação da questão de inconstitucionalidade

8. Partindo do princípio de que a legislação atinente ao rendimento mínimo garantido, que concretizou o direito à segurança social dos cidadãos mais carenciados – incluindo os jovens entre os 18 e os 25 anos em situação «de falta ou diminuição de meios de subsistência» - constitui «uma manifestação juridicamente sustentada de chamados direitos derivados a prestações», duvida o requerente que fosse possível «retroceder no grau de realização entretanto atingido», sem que tal retrocesso «se sustente numa comprovada incapacidade material, designadamente financeira» ou seja imposto «por força da necessária realização de outros valores de natureza constitucional». É que, tratando-se de «verdadeiras restrições a direitos fundamentais», não bastariam «para fundamentar a afectação ou restrição do conteúdo dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados» a invocação de «razões ou preconceitos de natureza ideológica não constitucionalmente sustentados» ou a apresentação de «justificações meramente apoiadas em diferenças de opinião política próprias da variação conjuntural das maiorias de governo».

A questão da proibição do retrocesso não se colocará, em tese, apenas no que se refere aos direitos sociais. Pelo contrário, o Conselho Constitucional francês inaugurou a jurisprudência do denominado *effet cliquet* precisamente no domínio das liberdades fundamentais, na sua decisão DC 83-165, de 20 de Janeiro de 1984,

considerando que não é possível a revogação total de uma lei, em tais matérias, sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente (L. Favoreu/L. Philippe, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 10<sup>o</sup> ed., Dalloz, 1999, págs. 581 e segs., e, em especial, n<sup>os</sup> 26/27, págs. 595/596). E só bastante mais tarde veio, num caso (DC 90-287, de 16 de Janeiro de 1991, in Louis Favoreu, *Recueil de jurisprudence constitutionnelle 1959-1993*, págs. 432 e segs.) a admitir que o referido *effet cliquet* pudesse ainda operar no âmbito dos direitos económicos e sociais, não sem que a doutrina se tenha interrogado sobre essa extensão (Louis Favoreu, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1991, 6, pág. 293).

A propósito desta problemática, afirmou-se no Acórdão n.º 39/84 (Acórdãos do Tribunal Constitucional, 3<sup>o</sup> vol., pág. 95):

[...] a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de constituir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

Pronunciando-se em sentido idêntico, Jorge Miranda (*Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra Editora, 2000, págs. 397-398) assinala:

Logo não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações porque eliminá-las significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais.

Como escreve MIGUEL GALVÃO TELES em geral acerca das normas programáticas, quando um comando vise criar uma situação duradoura, uma vez cumprido convola-se em proibição – de destruir essa situação.

Por seu turno, J.J.Gomes Canotilho (ob. cit., pág. 477) ensina:

Os direitos derivados a prestações, naquilo em que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de "guarda de flanco" (J.P. Müller) desses direitos garantindo o grau de concretização já obtido. Consequentemente, eles radicam-se subjectivamente não podendo os poderes públicos eliminar, sem compensação ou alternativa, o núcleo essencial já realizado desses direitos.

E, mais desenvolvidamente sobre o princípio do não retrocesso social, o mesmo autor explana o seguinte:

O princípio da democracia económica e social aponta para a proibição de retrocesso social.

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de «contra-revolução social» ou da «evolução reaccionária». Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A «proibição de retrocesso social» nada pode fazer contra as recessões e crises económica (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de «direitos prestacionais de propriedade», subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada «justiça social». Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito ao subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (cfr. Ac TC 39/84 – Caso do Serviço Nacional de Saúde – e Ac 148/94, DR, I, 13/5/94 – Caso das Propinas). A liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da proibição de discriminações sociais e políticas antisociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas («lei da segurança social», «lei do subsídio de desemprego», «lei do serviço de saúde») deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa «anulação», «revogação» ou «aniquilação» pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstracto um status quo social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado. [...]

Também José Carlos Vieira de Andrade (ob. cit., págs. 391-392) analisa detidamente a questão, que trata de forma mais sintética noutro lugar (La protection

des droits sociaux fondamentaux au Portugal, in La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne, cit., pág. 690):

Em nossa opinião, é difícil aceitar um princípio geral do «acquis social» ou da «proibição do retrocesso», sob pena de se sacrificar a «liberdade constitutiva» do legislador, sobretudo numa época em que ficou demonstrado que não existe uma via única e progressiva para atingir a sociedade justa.

Todavia, pode-se admitir que existe uma certa garantia de estabilidade :

- o uma garantia mínima, no que se refere à proibição feita ao legislador de pura e simplesmente destruir o nível mínimo adquirido;

- o uma garantia média, quando se exige às leis «retrocedentes» o respeito pelo princípio da igualdade (como proibição do arbítrio) e do princípio da protecção da confiança ;

- o uma garantia máxima, apenas nos casos em que se deve concluir que o nível de concretização legislativa beneficia de uma tal «sedimentação» na consciência da comunidade que deve ser tido como «materialmente constitucional».

Mas o mesmo autor não deixa expressivamente de advertir (Os Direitos Fundamentais ..., loc. cit.):

Contudo, isso não implica a aceitação de um princípio geral de proibição do retrocesso, nem uma «eficácia irradiante» dos preceitos relativos aos direitos sociais, encarados como um «bloco constitucional dirigente». A proibição do retrocesso não pode constituir um princípio jurídico geral nesta matéria, sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição. A liberdade constitutiva e a auto-revisibilidade, ainda que limitadas, constituem características típicas da função legislativa e elas seriam praticamente eliminadas se, em matérias tão vastas como as abrangidas pelos direitos sociais, o legislador fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização e a respeitar os direitos por ele criados.

9. Embora com importantes e significativos matizes, pode-se afirmar que a generalidade da doutrina converge na necessidade de harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos direitos sociais com a liberdade de conformação do legislador. E essa harmonização implica que se distingam as situações.

Aí, por exemplo, onde a Constituição contenha uma ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível «determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade» (cfr. Acórdão nº 474/02, ainda inédito), a margem de liberdade do legislador para retroceder no grau de protecção já atingido é necessariamente mínima, já que



só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão – e terá sido essa a situação que se entendeu verdadeiramente ocorrer no caso tratado no já referido Acórdão nº 39/84.

Noutras circunstâncias, porém, a proibição do retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática, sob pena de se lhe reconhecer uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais.

Este Tribunal já teve, aliás, ocasião de se mostrar particularmente restritivo nesta matéria, pois que no Acórdão nº 101/92 (Acórdãos do Tribunal Constitucional, 21º vol., págs. 389-390), parece ter considerado que só ocorreria retrocesso social constitucionalmente proibido quando fossem diminuídos ou afectados «direitos adquiridos», e isto «em termos de se gerar violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural», tendo em conta uma prévia subjectivação desses mesmos direitos. Ora, no caso vertente, é inteiramente de excluir que se possa lobrigar uma alteração redutora do direito violadora do princípio da protecção da confiança, no sentido apontado por aquele aresto, porquanto o artigo 39º do diploma em apreço procede a uma expressa ressalva dos direitos adquiridos.

Todavia, ainda que se não adopte posição tão restritiva, a proibição do retrocesso social operará tão-só quando, como refere J. J. Gomes Canotilho, se pretenda atingir «o núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana», ou seja, quando «sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios», se pretenda proceder a uma «anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial». Ou, ainda, tal como sustenta José Carlos Vieira de Andrade, quando a alteração redutora do conteúdo do direito social se faça com violação do princípio da igualdade ou do princípio da protecção da confiança; ou, então, quando se atinja o conteúdo de um direito social cujos contornos se hajam iniludivelmente enraizado ou sedimentado no seio da sociedade.

No sentido de entender que, no caso sub judicio, se verificaria esta última condição – ou seja, que o nível de concretização legislativa do direito se encontraria de tal modo sedimentado na comunidade que teria passado a revelar, no que à idade mínima se refere, um valor «materialmente constitucional» - sempre se poderia argumentar com a própria exposição de motivos da proposta de lei que deu origem ao decreto em apreço, já que para justificar a salvaguarda dos direitos adquiridos pelos titulares do direito com idade inferior a 25 anos, o Governo invoca expressamente «o quão socialmente arreigado se encontra este direito». Não se afigura, porém, que esta mera afirmação se apresente como suficiente para o efeito,

tanto mais quanto, durante a anterior legislatura, a já mencionada proposta de lei nº 176/VII, tendente a aumentar para os 25 anos a idade mínima para a titularidade do direito, embora rejeitada, recebeu o voto favorável de uma minoria significativa, constituída pelos grupos parlamentares do PPD/PSD e do CDS-PP.

Por outro lado, o diploma em que se insere a norma questionada não procede a uma pura e simples eliminação da prestação de segurança social destinada a assegurar o direito a um mínimo de existência condigna, mas apenas a uma reformulação do seu âmbito de aplicação. É bem verdade que um certo grupo de cidadãos foi dele excluído para o futuro; todavia, nessa perspectiva, só se poderia falar, em bom rigor, em violação da proibição do retrocesso social pressupondo-se, desde logo, que uma tal exclusão colidiria com o conteúdo mínimo desse direito.

Ora, assim sendo, a apreciação da questão da proibição do retrocesso perderá interesse no caso de se concluir que o direito a um mínimo de existência condigna se encontra constitucionalmente garantido e que, quanto a esses cidadãos, não existem outros instrumentos que o possam assegurar, com um mínimo de eficácia jurídica. É que, então, sempre existirá uma inconstitucionalidade por violação desse direito, independentemente do conteúdo da legislação anteriormente vigente.

Nesta conformidade, o que importará é averiguar o que impõe a Constituição relativamente ao direito a um mínimo de existência condigna – o que se fará mais adiante.

No entanto, a questão de saber se a redução do conteúdo do direito é efectuada de modo a atingir-se o princípio da igualdade já mantém autonomia conceptual relativamente à invocada proibição do retrocesso, uma vez que a sua análise se há-de efectuar sobretudo em função das relações que intrinsecamente se estabelecem entre as diversas situações reguladas pelo decreto em apreciação – e não da comparação entre o tratamento que agora lhes passará a ser dado e aquele que resultava do regime ainda vigente.

10. A eventual violação do princípio da igualdade assentaria, de acordo com o requerente, na circunstância de a norma questionada discriminar, «sem fundamento razoável para o fazer, entre pessoas maiores e menores de 25 anos».

O sentido juridicamente vinculante do princípio da igualdade tem sido explicitado numa já larga jurisprudência do Tribunal Constitucional, de certo modo sintetizada no Acórdão nº 186/90 (Acórdãos do Tribunal Constitucional, 16º vol., pág. 383):

Princípio de conteúdo pluridimensional, postula várias exigências, entre as quais a de obrigar a um tratamento igual das situações de facto iguais e a um tratamento desigual das situações de facto desiguais, proibindo, inversamente, o tratamento desigual das situações iguais e o tratamento igual das situações

desiguais. Numa fórmula curta, a obrigação da igualdade de tratamento exige que «aquilo que é igual seja tratado igualmente, de acordo com o critério da sua igualdade, e aquilo que é desigual seja tratado desigualmente, segundo o critério da sua desigualdade».

Na sua dimensão material ou substancial, o princípio constitucional da igualdade vincula em primeira linha o legislador ordinário (para uma análise dos sentidos formal e material do princípio da igualdade, cfr., por todos, Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, pp. 380 e 381; Castanheira Neves, *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1983, pp. 119, 120, 165 e 166; Böckenförde, W., *Der Allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters*, Berlin, W. de Gruyter, 1957, pp. 43 e 68). Todavia, este princípio não impede o órgão legislativo de definir as circunstâncias e os factores tidos como relevantes e justificadores de uma desigualdade de regime jurídico num caso concreto, dentro da sua liberdade de conformação legislativa.

Por outras palavras, o princípio constitucional da igualdade não pode ser entendido de forma absoluta, em termos tais que impeça o legislador de estabelecer uma disciplina diferente quando diversas forem as situações que as disposições normativas visam regular.

O princípio da igualdade, entendido como limite objectivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a realização de distinções. Proíbe-lhe, antes, a adopção de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, ou seja, desigualdades de tratamento materialmente infundadas, sem qualquer fundamento razoável (*vernünftiger Grund*) ou sem qualquer justificação objectiva e racional. Numa expressão sintética, o princípio da igualdade, enquanto princípio vinculativo da lei, traduz-se na ideia geral de proibição do arbítrio (*Willkürverbot*).

Por outro lado, entrecruzando o controlo jurisdicional do princípio da igualdade com a protecção também jurisdicional dos direitos sociais, e depois de mencionar que, quanto a esta última, «na maior parte dos casos, o juiz tem de aceitar o poder de conformação do legislador e só em casos excepcionais ou em aspectos limitados se poderá concluir pela violação, que terá de ser manifesta, das normas constitucionais», José Carlos Vieira de Andrade (*ob. cit.*, pág. 387), assinala:

Uma das hipóteses de mais fácil verificação será a da inconstitucionalidade resultante da violação do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio. Poderá acontecer quando uma lei organize ou regule prestações em cumprimento das imposições constitucionais ligadas ou decorrentes da consagração de direitos sociais e, ao fazê-lo, restrinja injustificadamente o âmbito dos beneficiários, em manifesta contradição com os objectivos da norma constitucional, seja por um erro de qualificação, por força do hábito ou por uma intenção discriminatória.

Esta força normativa resulta do princípio da constitucionalidade e não pode ser negada aos preceitos relativos aos direitos sociais, nem subtraída ao poder de fiscalização judicial.

E o Tribunal Constitucional alemão, na sua decisão de 18 de Junho de 1975 (BverfGE, E 40, 121 (134)), sublinha:

[...] verifica-se uma violação do art.º 3, nº1, (igualdade) e do art.º 20 n.º1 (Estado social) da Lei Fundamental quando a ajuda aos necessitados não satisfaz as exigências da justiça social, seja porque o círculo dos beneficiários de uma determinada prestação do Estado é delimitado sem respeito pela realidade substantiva (*sachwidrig abgegrenzt ist*) ou porque num exame de conjunto da protecção social um grupo importante não é tido em consideração.

Razões da mesma natureza estiveram igualmente na origem do julgamento de inconstitucionalidade proferido por este Tribunal no Acórdão nº 181/87 (Acórdãos do Tribunal Constitucional, 9º vol., pág. 747), relativamente a norma que estabelecia pressupostos mais gravosos para o viúvo do que para a viúva na atribuição do direito à pensão devida aos familiares de sinistrados falecidos por acidente de trabalho.

11. Significa isto que a distinção etária efectuada na norma questionada só será admissível se não for arbitrária, ou seja, se tiver uma justificação razoável.

Assim, o legislador não estará impedido de proceder a essa distinção, se a idade puder ser tida como factor relevante para a adopção de instrumentos jurídicos alternativos ao rendimento social de inserção, sublinhando-se aí certos e determinados objectivos específicos que se visa atingir relativamente ao grupo social dos jovens entre os 18 e os 25 anos – isto é, uma particular preocupação com a sua integração no mercado de trabalho.

Ora, parece razoável admitir que, relativamente aos jovens, se procure conceder inteira prioridade à sua preparação para uma plena integração na vida social, dando particular ênfase à formação profissional, à aprendizagem e ao estabelecimento de condições que favoreçam a colocação num primeiro emprego. E isto, tanto mais quanto «os jovens gozam de protecção especial para efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais», nomeadamente «no acesso ao primeiro emprego, no trabalho e na segurança social», nos termos do preceituado no artigo 70º, nº 1, alínea b), da CRP, o que constitui credencial constitucional bastante para que lhes seja aplicável um regime que traduza, nesse domínio, uma discriminação positiva.

Dir-se-á, porém, que o que já não será possível é discriminar os jovens negativamente, excluindo-os da titularidade do rendimento social de inserção e não prevendo instrumentos suficientes de natureza alternativa. Só que, no fundo, uma tal questão também perde interesse, afinal, caso seja dada resposta afirmativa àquela já anteriormente identificada e que consiste em saber se o regime

configurado, no que lhes concerne, respeita o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna, no caso de se concluir que ele se encontra constitucionalmente garantido e que, quanto aos referidos jovens, não existem outros instrumentos que o possam assegurar, com um mínimo de eficácia jurídica.

12. A questão que se perfila, pois, com decisivas repercussões na solução do problema colocado, é a de saber se existe uma garantia constitucional a um mínimo de existência condigna.

A este propósito, José Carlos Vieira de Andrade (Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976, 2ª ed., Almedina, 2001, pág. 388) interroga-se se, perante certas situações de carência, não se deverá reconhecer «a todas as pessoas o direito a esse mínimo», colocando assim a questão:

[...] Não estará aí em causa directamente o valor da dignidade da pessoa humana ? Mas, a ser assim, não implicará isso um direito à sobrevivência, enquanto direito social de personalidade, entendido como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias e gozando, portanto, do respectivo regime, designadamente da sua imediata aplicabilidade?

E Wolfgang Däubler (La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Allemagne, in La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne, Bruylant, Bruxelas, 2000, pág. 68, assinala, no que se reporta ao direito à existência:

O texto da Lei fundamental não prevê expressamente uma obrigação para o Estado de conceder um mínimo de bens para assegurar a subsistência das pessoas que se encontram em território nacional.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional, no entanto, deduziu do art.º 1º da Lei Fundamental, que garante a dignidade do homem, um direito subjectivo aos meios necessários à existência do indivíduo. Num acórdão de 18 de Junho de 1975, o Tribunal decidiu que a assistência social faz parte das obrigações de um Estado Social «que decorrem do próprio conceito»; e que deve ser garantida uma existência «digna». Dada a diversidade dos meios possíveis para atingir esse fim, é o legislador que decide quanto aos instrumentos e ao montante do auxílio, se não se tratar do «mínimo indispensável». Esse mínimo é pois obrigatório e poderia, eventualmente ser invocado perante a jurisdição administrativa.

Na sua já citada decisão de 18 de Junho de 1975 (loc. cit., (133)), afirma o Tribunal Constitucional alemão:

A comunidade estatal deve garantir-lhes, em qualquer caso, os pressupostos mínimos para uma existência humanamente digna e, além disso, esforçar-se pela sua integração na sociedade tanto quanto possível [...].

Este dever geral de protecção não pode, naturalmente, terminar numa determinada idade: antes deve corresponder à necessidade existente de auxílio social. No entanto existem muito diversas possibilidades de realizar a protecção prevista.

Também Gerrit Manssen (Grundrechte, C. H. Beck, Munique, 2000, nº 181, pág. 52) escreve:

Em parte também se deduzem da dignidade humana pretensões a prestações efectivas. Em conexão com o princípio do Estado social pode-se daí deduzir que o Estado está obrigado a garantir o mínimo de existência da pessoa.

13. Este Tribunal, na esteira da Comissão Constitucional (cfr. Acórdão nº 479, Boletim do Ministério da Justiça, nº 327, Junho de 1983, pág. 424 e segs.), tem vindo a reconhecer, embora de forma indirecta, a garantia do direito a uma sobrevivência minimamente condigna ou a um mínimo de sobrevivência, seja a propósito da actualização das pensões por acidentes de trabalho (Acórdão nº 232/91, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 19º vol., pág. 341), seja a propósito da impenhorabilidade de certas prestações sociais (designadamente, do rendimento mínimo garantido – Acórdão nº 62/02, Diário da República, II Série, de 11 de Março de 2002), na parte em que estas não excedam um rendimento mínimo de subsistência ou o mínimo adequado e necessário a uma sobrevivência condigna (cfr. Acórdão nº 349/91, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 19º vol., pág. 515; Acórdão nº 411/93, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 25º vol., pág. 615; Acórdão nº 318/99, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 43º vol., pág. 639; e Acórdão nº 177/02, Diário da República, I Série-A, de 2 de Julho de 2002).

No Acórdão nº 62/02, em que se julgaram inconstitucionais certas normas que permitiam a penhora do rendimento mínimo garantido, «por violação do princípio da Dignidade Humana contido no princípio do Estado de Direito, tal como resulta das disposições conjugadas dos artigos 1º e 63º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República», sublinhou-se:

Ora, no caso do rendimento mínimo garantido [...] parece fora de dúvida, quer pelo montante da prestação (...), quer pelas suas finalidades, condições de atribuição e forma de cálculo, que ela visa justamente assegurar à recorrente o mínimo indispensável à sua sobrevivência condigna e do seu agregado familiar.

Importa, porém, distinguir entre o reconhecimento de um direito a não ser privado do que se considera essencial à conservação de um rendimento indispensável a uma existência minimamente condigna, como aconteceu nos referidos arestos, e um direito a exigir do Estado esse mínimo de existência condigna, designadamente através de prestações, como resulta da doutrina e da jurisprudência alemãs. É que esta última considera que «do princípio da dignidade humana, em conjugação com o princípio do Estado social decorre uma pretensão a prestações que garantam a existência», sendo de incluir na garantia do mínimo de

existência «as prestações sociais suficientes», nos termos da legislação sobre auxílio social (Horst Dreier, Grundgesetz Kommentar, Band I, Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, págs. 62 e 125-126); ou seja, que «o Estado está obrigado a garantir ao cidadão desprovido de meios, através de prestações sociais» os «pressupostos mínimos» para «uma existência humanamente digna» (BverfGE, 82, 60 (85) .

Esta afirmação de uma dimensão positiva de um direito ao mínimo de existência condigna, em paralelo com a sua dimensão negativa, parece ter sido igualmente recebida na fundamentação do Acórdão nº 349/91 – e retomada no Acórdão nº 318/99 – , tendo-se aí salientado:

[...] o artigo 63º da Constituição reconhece a todos os cidadãos um direito à segurança social, determinando o nº 4 do mesmo preceito que «o sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho».

Este preceito constitucional poderá, desde logo, ser interpretado como garantindo a todo o cidadão a percepção de uma prestação proveniente do sistema de segurança social que lhe possibilite uma subsistência condigna em todas as situações de doença, velhice ou outras semelhantes. Mas ainda que não possa ver-se garantido no artigo 63º da Lei Fundamental um direito a um mínimo de sobrevivência, é seguro que este direito há-de extrair-se do princípio da dignidade da pessoa humana condensado no artigo 1º da Constituição» (cf. Acórdão n.º 232/91 (...)).

É também por o considerar «inerente ao respeito da dignidade da pessoa humana» que J. J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6ª ed., Almedina, 2002, pág. 343) considera que o princípio da defesa de condições mínimas de existência pode fundar «uma imediata pretensão dos cidadãos», «no caso de particulares situações sociais de necessidade».

Daqui se pode retirar que o princípio do respeito da dignidade humana, proclamado logo no artigo 1º da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2º, e ainda aflorado no artigo 63º, nºs 1 e 3, da mesma CRP, que garante a todos o direito à segurança social e comete ao sistema de segurança social a protecção 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.

Todavia, o legislador, «dada a diversidade dos meios possíveis para atingir esse fim» (cfr. Wolfgang Däubler, cit.), goza de uma larga margem de liberdade conformadora, podendo decidir «quanto aos instrumentos e ao montante do auxílio», sem prejuízo de dever assegurar sempre o «mínimo indispensável». Essa é uma decorrência do princípio democrático, que supõe a possibilidade de escolhas

e de opções que dê significado ao pluralismo e à alternância democrática, embora no quadro das balizas constitucionalmente fixadas, devendo aqui harmonizar-se os pilares em que, nos termos do artigo 1º da Constituição, se baseia a República Portuguesa: por um lado, a dignidade da pessoa humana e, por outro lado, a vontade popular expressa nas eleições.

Significa isto que, nesta perspectiva, o legislador goza da margem de autonomia necessária para escolher os instrumentos adequados para garantir o direito a um mínimo de existência condigna, podendo modelá-los em função das circunstâncias e dos seus critérios políticos próprios. Assim, *in casu*, podia perfeitamente considerar que, no que se refere aos jovens, não deveria ser escolhida a via do subsídio – designadamente, a do alargamento do âmbito de aplicação do rendimento social de inserção –, mas antes a de outras prestações, pecuniárias ou em espécie, como bolsas de estudo, de estágio ou de formação profissional ou salários de aprendizagem (maxime, quando associadas a medidas de inserção social).

Pressuposto é, porém, que as suas escolhas assegurem, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna, para todos os casos.

14. Ora, os instrumentos jurídicos actualmente existentes destinados especificamente a promover a integração dos jovens na vida activa ou a sua formação profissional – a Portaria nº 414/96, de 24 de Agosto, atinente ao «Programa Escolas-Oficinas»; a Portaria nº 268/97, de 18 de Abril, alterada pelas Portarias nº 1271/97, de 26 de Dezembro, e nº 814/98, de 24 de Setembro, respeitante aos «Estágios Profissionais»; e o Despacho Normativo nº 27/96, de 9 de Julho de 1996, regulador das «UNIVA – unidades de inserção na vida activa» – não conferem qualquer direito em situação de carência, nem asseguram aos jovens a possibilidade de, potestativamente, recorrerem aos programas neles previstos.

Assim, o «Programa Escolas-Oficinas» é de âmbito necessariamente limitado, porquanto, de um lado, visa tão-só a formação em actividades que abrangem os ofícios tradicionais de tipo artesanal e as novas profissões relacionadas com o meio ambiente e a jardinagem, e de outro lado, depende da candidatura de entidades enquadradoras, de natureza pública ou privada, ficando a concessão de apoios financeiros dependente das disponibilidades financeiras do IEFP para este Programa. A medida «Estágios Profissionais» depende igualmente da candidatura de entidades promotoras ou organizadoras e tem unicamente como destinatários os jovens com idades compreendidas entre os 16 e os 30 anos habilitados com qualificação de nível superior ou intermédio. Finalmente, os projectos «UNIVA» dependem essencialmente de iniciativas de entidades não-estaduais em que o apoio financeiro por parte do IEFP incide sobretudo na respectiva fase de arranque (3 anos), já que se visa um «desenvolvimento destas estruturas progressivamente auto-sustentada ou sustentada, pela entidade promotora».



Pode, assim, afirmar-se com segurança que não existem hoje – contrariamente ao que se poderia entender suceder durante a vigência da Lei nº 50/88 – instrumentos alternativos ao rendimento social de inserção que possam garantir, em todos os casos, para os jovens entre os 18 e os 25 anos por ele não abrangidos, o direito a um mínimo de existência condigna, sendo certo que se tem vindo a assistir, nos últimos anos, a uma diminuição do emprego de jovens e a um aumento da sua taxa de desemprego relativamente aos adultos (cfr. Instituto do Emprego e Formação Profissional, Relatório de Actividades, 2001, págs. A-5 e A-8). E o problema coloca-se relativamente aos jovens desta faixa etária, já que no que concerne aos menores existem outros instrumentos, nomeadamente o acolhimento familiar, o internamento e a garantia da prestação de alimentos.

15. Consequentemente, importa concluir que a norma em apreciação vem atingir o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna, postulado, em primeira linha, pelo princípio do respeito pela dignidade humana (sobre o valor jurídico deste princípio, cfr. José Manuel Cardoso da Costa, *Le Principe de la dignité de la personne humaine dans les jurisprudences européennes*, *Science et technique de la démocratie*, nº 26, *Commission européenne pour la démocratie par le droit*, pág. 53), princípio esse consagrado pelo artigo 1º da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2º, e ainda aflorado no artigo 63º, nºs 1 e 3, da mesma CRP.

### III – Decisão

16. Nestes termos, o Tribunal Constitucional pronuncia-se pela inconstitucionalidade da norma constante do artigo 4º, nº 1, do Decreto da Assembleia da República nº 18/IX, por violação do direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito da dignidade humana, decorrente das disposições conjugadas dos artigos 1º, 2º e 63º, nºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa.

Lisboa, 19 de Dezembro de 2002

Luís Nunes de Almeida

Artur Maurício

Gil Galvão

Mário Torres

Maria Helena Brito

Maria Fernanda Palma

Alberto Tavares da Costa

Paulo Mota Pinto

Carlos Pamplona (vencido nos termos da declaração que anexo)

Maria dos Prazeres Pizarro Beleza (vencida, nos termos da declaração de voto junta)

Benjamim Rodrigues (vencido nos termos da declaração de voto junta)

Bravo Serra (vencido, nos termos da declaração de voto apresentada pela Exm<sup>a</sup> Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza para a qual, com v<sup>en</sup>ia remeto)

José Manuel Cardoso da Costa (vencido, conforme declaração junta)

Declaração de voto.

Salvo o devido respeito, afigura-se-me que a presente decisão não é favorecida por uma robusta consistência doutrinária.

Na verdade, toda a fundamentação jurídica da decisão de inconstitucionalidade se concentra no ponto 14 dos respectivos fundamentos e é nestas poucas linhas, depois de exaustiva e significativamente ter afastado ou desvalorizado os argumentos aduzidos pelo Presidente da República e mesmo sem tomar posição sobre o problema de uma hipotética inconstitucionalidade por omissão, que o Tribunal vai surpreendentemente detectar um vício que é exterior ao diploma, pois proviria da circunstância de não existir uma outra normação (ainda que de natureza meramente administrativa) a garantir aquilo que entende dever ser "o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna". Ora, mesmo aceitando como correcto este (muito discutível) caminho lógico, impor-se-ia uma reflexão, que foi totalmente omitida, sobre a possibilidade de mediante outras fórmulas não necessariamente inscritas em lei o Estado garantir "o mínimo" do direito cuja ofensa se vê aqui desenhada na concretização de uma tarefa que, como bem se reconhece no anterior ponto 13, incumbe exclusivamente ao poder político, maxime aos governos, sem qualquer intervenção do Tribunal - sob pena de desvirtuamento da lógica de equilíbrio de poder dos órgãos de soberania que integram um Estado democrático.

Votaria, portanto, pela não inconstitucionalidade da norma em análise.

(Carlos Pamplona de Oliveira)

Declaração de voto

Votei vencida, em síntese, pelas seguintes razões:

1. O pedido de fiscalização preventiva do nº 1 do artigo 4º do Decreto nº 18/IX da Assembleia da República formulado pelo Presidente da República restringe-se à exigência da idade mínima de 25 anos (ressalvados os casos previstos no nº 2 do mesmo preceito) como condição de acesso ao rendimento social de inserção; e a

dúvida de constitucionalidade resulta do confronto com o regime que a Assembleia da República pretendeu substituir, constante da Lei nº 19-A/96, de 29 de Junho, que previa a possibilidade de acesso ao rendimento mínimo garantido (também com a ressalva que veio a ser introduzida pelo artigo 3º do Decreto-Lei nº 196/97, de 31 de Julho) a partir dos 18 anos.

No seu entender, a elevação da idade mínima, não acompanhada, nem da repriminção do regime constante na Lei nº 50/88, de 19 de Abril (que foi revogada pela Lei nº 19-A/96 e que previa o subsídio de inserção de jovens na vida activa), nem de "qualquer compensação afim", constitui uma "regressão na protecção social correspondente aos tempos anteriores a 1988".

Ora, estando em causa a concretização do direito fundamental à segurança social, e não existindo condicionantes financeiras a impor tal restrição, o Presidente da República entende que o Estado "não pode bastar-se" para a justificar "com razões ou preconceitos de natureza ideológica não constitucionalmente sustentados ou com justificações meramente apoiadas em diferenças de opinião política próprias da variação conjuntural das maiorias de governo".

Assim, coloca a dúvida de saber se tal restrição não violará o "direito de todos à segurança social e da obrigação estatal de prover nas situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho do artigo 63º, nº 1 e nº 3, da Constituição", bem como o princípio da igualdade (artigo 13º) e o princípio da universalidade relativamente ao direito à segurança social (artigos 12º, nº 1 e 63º, nº 1).

2. O juízo de inconstitucionalidade que fez vencimento coincide com o pedido de apreciação no que respeita à medida da inconstitucionalidade verificada mas não acolhe a fundamentação apresentada no requerimento.

Com efeito, o acórdão considera que, no caso, não tem interesse analisar, nem a "questão da proibição do retrocesso", nem a eventual existência de violação do princípio da igualdade. Em síntese, e porque concluiu pela consagração constitucional de um direito a um "mínimo de existência condigna" e pela sua violação pelo regime aprovado, o acórdão considerou não relevante, nem o confronto com o regime que se pretendeu substituir, nem a análise da questão de saber se estaria ou não em causa uma discriminação arbitrária dos jovens com idades compreendidas entre os 18 e os 25 anos.

3. Em meu entender, e independentemente de quaisquer considerações gerais sobre uma eventual tutela constitucional da proibição de retrocesso no âmbito da concretização pela lei ordinária de direitos sociais constitucionalmente previstos, deveria ter sido claramente afastada a existência de qualquer retrocesso constitucionalmente censurável. A mera invocação de tal princípio pelo pedido, desacompanhada da demonstração da adequação de um regime e da desadequação do outro, equivale a dar por assente, numa área em

que há que reconhecer a legitimidade de concepções de política social diferentes, que só é constitucionalmente aceitável aquela que vingou quando foi aprovada a Lei nº 19-A/96, cristalizando a opção que a informou e negando ao legislador a liberdade de a considerar inadequada ao progresso social.

4. A posição que fez vencimento filiou a inconstitucionalidade, directamente, na violação do "direito a um mínimo de existência condigna, inerente ao princípio do respeito da dignidade humana, decorrente das disposições conjugadas dos artigos 1º, 2º e 63º, nºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa". Entendeu que, na concretização desse direito, o legislador goza de "uma larga margem de liberdade conformadora" na escolha dos instrumentos necessários para o efeito; necessário é que esses instrumentos sejam dotados de um "mínimo de eficácia jurídica". Entendeu ainda que os instrumentos actualmente existentes "não conferem qualquer direito em situação de carência nem asseguram aos jovens a possibilidade de, potestativamente, recorrerem aos programas neles previstos"; e daí concluiu que hoje, "contrariamente ao que se poderia entender suceder durante a vigência da Lei nº 50/88", não existem instrumentos alternativos ao rendimento que o novo regime reserva aos maiores de 25 anos que possam garantir o "direito a um mínimo de existência condigna", em todos os casos, aos jovens de idade compreendida entre os 18 e os 25 anos (sendo certo que, para os menores, há outros instrumentos).

Só que, ao prescindir de qualquer confronto, quer com o regime que se pretendeu substituir, quer com a situação dos maiores de 25 anos, e ao justificar a inconstitucionalidade na ausência de outros instrumentos eficazes, o acórdão transformou em inconstitucionalidade por acção uma hipotética inconstitucionalidade por omissão, cujos pressupostos, aliás, não estariam verificados.

5. Não se nega que se possa filiar na Constituição o "direito a um mínimo de existência condigna, inerente ao princípio do respeito da dignidade humana". O Tribunal Constitucional já o reconheceu, embora num contexto e para efeitos de tal forma diferentes que não parece que a jurisprudência citada no acórdão possa ser aqui relevante.

Na verdade, no acórdão nº 232/91 foi apreciada uma norma que impunha às seguradoras o encargo da actualização de pensões por morte causada por acidente de trabalho, já fixadas à data em que a mesma entrou em vigor; a referência àquele princípio não aparece como fundamento para o juízo de não inconstitucionalidade, que se baseou na ausência de violação do princípio da confiança, mas, tão somente, para justificar o novo regime.

Nos demais arestos indicados estava em causa um conflito de direitos entre o direito credor-exequente a ser pago pelo seu crédito e o direito à subsistência por parte do devedor-executado; o Tribunal Constitucional entendeu então ser inconstitucional não considerar impenhoráveis determinados rendimentos considerados indispensáveis à sobrevivência condigna do devedor.

Como se reconhece no acórdão, é diferente afirmar a protecção constitucional de um "direito a não ser privado" do mínimo indispensável à subsistência e entender que a Constituição impõe que se reconheça "um direito a exigir do Estado esse mínimo de subsistência", como veio a concluir a posição que fez vencimento. Ora não creio que seja possível retirar esta conclusão, que exigiria uma muito maior precisão na definição constitucional do conteúdo do direito em causa.

6. Finalmente, não penso que tenha ficado suficientemente demonstrada no acórdão a inexistência instrumentos alternativos dotados de um "mínimo de eficácia jurídica".

Desde logo, o acórdão não retirou qualquer consequência da circunstância de, como refere, se tratar de um subsídio integrado no âmbito de um subsistema da segurança social, o subsistema de protecção social de cidadania, que inclui, também, a acção social (cfr. artigos 24º e seguintes da Lei nº 17/2000, de 8 de Agosto). Ora a acção social, levada a cabo pelo Estado directamente ou em colaboração com entidades cooperativas e sociais e privadas não lucrativas, dirige-se especialmente "aos grupos de cidadãos mais vulneráveis, tais como (...) jovens (...)" e realiza-se através de prestações (artigos 35º e 36º da Lei nº 17/2000. Estas afirmações continuam a ser verdadeiras para a Lei de Bases da Segurança Social recentemente aprovada pela Assembleia da República – Decreto nº19/XI, artigos 82º e seguintes).

Para além disso, não é exacto que os diplomas analisados no ponto 14. do acórdão não possam ser considerados meio alternativos de tutela suficiente do direito em causa, justamente por não estar demonstrado que ele implica qualquer direito de exigir.

Saliente-se, a teminar, que, pese embora a contraposição feita entre o regime constante da Lei nº 50/88 e os instrumentos normativos analisados no acórdão, da sua fundamentação retira-se não ser a concessão de um subsídio (semelhante ou não ao que consta do Decreto nº 18/IX da Assembleia da República) a única via de dar cumprimento ao imperativo constitucional de respeito do direito a um mínimo de existência condigna, ainda que entendido como foi na posição que fez vencimento.

Não considero, pois, que tenha sido demonstrada a inconstitucionalidade na norma questionada pelo Presidente da República; o acórdão não deveria, assim, ter concluído nesse sentido.

Maria dos Prazeres Pizarro Beleza

## Declaração de voto

Votei vencido por não poder acompanhar a tese que fez vencimento. Numa situação em que o Tribunal não pôde concluir – e bem - pela inconstitucionalidade do art.º 4º, n.º 1 do Decreto da Assembleia da República n.º 18/IX com base no princípio que havia sido alegado como fundamento autónomo do pedido como tendo natureza constitucional – do princípio da proibição do retrocesso social – por considerar não se poder afirmar ter-se por autonomamente atingido «o núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana», nem pela violação do princípio da igualdade, só de forma incoerente se poderá ter concluído que a não previsão dos jovens como titulares do direito ao rendimento social de inserção viola o conteúdo mínimo do direito a uma existência condigna postulado pelo princípio do respeito pela dignidade humana. Muito embora aceitando poder o princípio da dignidade humana constituir fonte constitucional autónoma de um direito a exigir do Estado uma prestação positiva, que poderá assumir as mais diversas formas, desde que funcionalmente adequadas a poder salvaguardar a existência física e psíquica humanas - atenta a circunstância desse princípio ser um princípio estruturante de todo o sistema constitucional e do próprio Estado - nunca tal direito será definido como um direito categorial ou respeitante a certo círculo de pessoas, mas antes um verdadeiro direito subjectivo constitucional que só existirá onde esse mínimo de existência possa ser surpreendido. Ora, esse mínimo é, por natureza diferente, de pessoa para pessoa e de idade para idade, e mormente nas idades que estão em causa. Nesta perspectiva e considerando que os menores de 25 anos tendem a estar ainda integrados na família e que as suas necessidades são essencialmente de inserção na comunidade de emprego, não se vê terreno para poder afirmar-se a necessidade de salvaguarda de um direito subjectivamente categorial a um mínimo de existência traduzido na atribuição de uma prestação pecuniária.

A tudo acresce que existem já alguns instrumentos jurídicos, como são aqueles de que o próprio acórdão dá conta, que, em concreto e relativamente a uma parte dos jovens, dão já alguma satisfação à necessidade de inserção na comunidade do trabalho.

Por outro lado, o acórdão nem sequer equacionou o facto bem conhecido da realização de muitas prestações, inseridas neste âmbito material, que são realizadas pelas Organizações Não Governamentais.

Finalmente, o acórdão sofre de uma petição de princípio, pois deixa por demonstrar quais as utilidades ou feixes de utilidades e a sua expressão positiva, mormente de natureza quântica, que devam integrar o núcleo do direito a um mínimo de existência e que o rendimento de inserção a que se refere o art.º 4º do Decreto da Assembleia da República, cuja constitucionalidade se sindicou, corresponda a esse mínimo que tenha de ser necessariamente garantido de forma categorial.

### Declaração de voto

1. Não obstante os termos sintéticos da fórmula decisória, é óbvio – como, de resto, resulta à evidência dos termos em que a questão foi posta ao Tribunal e dos fundamentos do precedente acórdão – que o juízo de inconstitucionalidade neste emitido se cinge ao facto de o preceito em apreço, que define a titularidade do "rendimento de inserção social", não abranger, em geral, os cidadãos de idade compreendida entre os 18 e os 25 anos: está-se, pois, diante de uma inconstitucionalidade parcial "qualitativa", a qual radica, no fundo, e num certo sentido, numa "omissão" do legislador.

Mas – emerge isso ainda, clara e expressamente, da fundamentação do acórdão – tal inconstitucionalidade (ou omissão) não reside sequer, e sem mais, na circunstância de os cidadãos antes referidos não poderem ser, em regra, beneficiários do dito rendimento: reside mais precisamente, e tão-só, no facto de não poderem ser beneficiários dele nem lhes estar garantida, pelo conjunto da ordem jurídica, qualquer outra prestação "alternativa" (pecuniária ou em espécie) que lhes assegure o "direito a um mínimo de existência condigna".

No juízo de inconstitucionalidade assim emitido pelo Tribunal, destacarei, pois, dois aspectos:

- que ele se fundamenta na violação, não de um princípio de "proibição do retrocesso social", mas antes do direito (a um mínimo de existência condigna) acabado de referir;

- e que, no tocante à concreta modelação da prestação que há-de ser garantida aos jovens entre os 18 e os 25 anos, em geral, o Tribunal a deixa ao "poder de conformação" ou "autonomia" de escolha do legislador. O que significa – sem margem para qualquer dúvida – que o expurgo da inconstitucionalidade agora reconhecida não tem de passar necessariamente pelo alargamento do "rendimento de inserção social" (tal como regulado no diploma em que se insere a norma em apreço) àquele universo de pessoas (através de uma reformulação, em conformidade, dessa norma): pode perfeitamente ser obtido percorrendo outros caminhos.

2. Pese o fundamento do juízo de inconstitucionalidade, a que o Tribunal chegou, ser o referido (e não um princípio de "proibição do retrocesso social", que continua a merecer-me as maiores reservas, à luz da "teoria constitucional" que logo na declaração de voto apostei ao Acórdão n.º 39/84, p.ex., evoquei, e à qual me mantenho fiel) e pese, por outra banda, o alcance – afinal, limitado – desse juízo, não pude acompanhá-lo. As razões do meu dissentimento convergem, no essencial, com as que constam das declarações de voto dos Ex.mos Juízes Conselheiros que

igualmente não subscreveram a decisão do Tribunal. Apenas sublinharei, por isso, o seguinte:

- também comungo da ideia de que há um dever do Estado de promover as condições (de assegurar, se se quiser) a realização do limiar mínimo da existência condigna de todas e cada uma das pessoas concretas que integram a comunidade política: um Estado que se confessa baseado, antes de mais, na "dignidade da pessoa humana" e se pretende "ao serviço da pessoa" (um Estado que existe propter nos homines et propter nostram salutem) há-de hoje, certamente, inscrever aquele objectivo entre os fins primários da sua actuação. Mas construir, a partir daí, logo ao nível constitucional, um direito, no sentido estrito e dogmático do conceito (sublinho o ponto), com identidade e consistência bastantes, ainda que mínimas, para dele se extrair a conclusão a que o Tribunal chegou (e, afinal, como creio estar implicitamente contida na lógica do acórdão, também a de que, antes do diploma instituidor do "rendimento mínimo garantido", haveria nessa área uma vasta "omissão legislativa"), vai um largo e arrojado, mas problemático passo;

- depois, e mesmo dando esse passo, sucede que, tendo em conta, não apenas a norma em apreço, mas a regulamentação legal do diploma em que se acha inserida, mormente o disposto no n.º 2 do artigo 4º e nos artigos 3º e 5º (destes resultando que a "unidade de atribuição" do "rendimento de inserção social" é o "agregado familiar", tal como definido nesse último preceito), tenderão a ser muito residuais – se bem vejo – as situações em que os cidadãos entre os 18 e os 25 anos poderão ficar, mormente por facto independente da sua vontade (que seria a situação mais justificadora, ou até verdadeiramente justificadora de uma tutela protectora específica), fora da cobertura do dito rendimento. Ora, sem uma indagação particularmente exaustiva, não só do direito como da realidade institucional portuguesa em matéria de protecção social, não me abalanço a concluir que essas situações (mais, ou verdadeiramente, carecidas de tutela) ficarão (ou ficariam) inteiramente desprovidas de qualquer protecção desse tipo;

- por último, ainda que assim fosse, e houvesse (ou haja) realmente uma situação de "omissão", e ainda que – deslocando-me agora para outro plano argumentativo – não rejeite a possibilidade jurídica de, havendo a emissão de uma norma (como sucede no caso sub judicio), a "omissão" do legislador ser sancionada através de um juízo de inconstitucionalidade parcial "qualitativa", não tendo forçosamente de ficar-se por um simples juízo de "omissão", ainda aceitando esse postulado metodológico, afigura-se-me que na situação em presença, tudo somado, e a verificarem-se realmente os correspondentes pressupostos (consoante o Tribunal entendeu) não deveria ir-se além desse outro tipo de juízo (se bem que o Tribunal o não pudesse emitir "formalmente", uma vez que para tanto se carece, como é sabido, de um processo próprio). É que emitir um juízo de inconstitucionalidade parcial redundaria, afinal, em exigir ao legislador uma perfeita e



completa "sincronia" de actuação - e, para além de tudo o que antes ficou dito, sempre isso se me afiguraria, na hipótese, claramente excessivo.

José Manuel Cardoso da Costa

### **Acórdão N.º 124/2004**

**Publicação:** [Diário da República n.º 77/2004, Série I-A de 2004-03-31](#), páginas 2035 - 2037

**Emissor:** [Tribunal Constitucional](#)

**Data de Publicação:** [2004-03-31](#)

## SUMÁRIO

Declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante da parte final do § único do artigo 67.º do Decreto n.º 44623, de 10 de Outubro de 1962, enquanto manda aplicar o máximo da pena prevista no artigo 64.º do mesmo diploma para o crime de pesca em época de defeso, quando concorra a agravante de a pesca ter lugar em zona de pesca reservada

## TEXTO

**Acórdão n.º 124/2004**

**Processo n.º 924/03**

Acordam em Plenário no Tribunal Constitucional:

I

1 - O procurador-geral-adjunto em funções neste Tribunal pediu, ao abrigo do disposto nos artigos 281.º, n.º 3, da Constituição e 82.º da Lei do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro), a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma constante da parte final do § único do artigo 67.º do Decreto n.º 44623, de 10 de Outubro de 1962, «enquanto manda aplicar o máximo da pena prevista no artigo 64.º do mesmo diploma para o crime de pesca em época de defeso, quando concorra a agravante de a pesca ter lugar em zona de pesca reservada». Invoca o requerente que a norma já fora «julgada materialmente inconstitucional, por violação dos princípios constitucionais da culpa, da igualdade e da proporcionalidade», nos Acórdãos n.os 70/2002, de 19 de Fevereiro (tirado em Plenário, confirmando o Acórdão n.º 95/2001, de 13 de

Março, da 3.ª Secção), e 485/2002, de 20 de Novembro, da 2.ª Secção, e na decisão sumária n.º 258/2003, de 27 de Outubro, da 1.ª Secção.

2 - O Primeiro-Ministro foi convidado, nos termos e para os efeitos dos artigos 54.º e 55.º, n.º 3, da Lei do Tribunal Constitucional, a pronunciar-se e respondeu a oferecer o merecimento dos autos.

II

3 - É inquestionável que se verificam os pressupostos do pedido previstos nos artigos 281.º, n.º 3, da Constituição e 82.º da Lei do Tribunal Constitucional, pois é certo que naquelas três decisões se julgou inconstitucional a parte final do § único do artigo 67.º do Decreto n.º 44623, de 10 de Outubro de 1962, «enquanto manda aplicar o máximo da pena prevista no artigo 64.º do mesmo diploma para o crime de pesca em época de defeso, quando concorra a agravante de a pesca ter lugar em zona de pesca reservada».

Passemos, portanto, à apreciação do mérito da pretensão.

4 - O artigo 67.º do Decreto n.º 44623, de 10 de Outubro de 1962, dispõe o seguinte:

«Artigo 67.º

Constitui circunstância agravante das infracções previstas e punidas pelos artigos 61.º, 62.º, 64.º e 65.º o facto de terem sido praticadas de noite ou em águas onde a pesca for proibida, reservada ou objecto de concessão.

§ único. Quando concorra qualquer destas agravantes, as penas previstas no artigo 61.º nunca poderão ser inferiores a 6 meses de prisão e a 5000\$00 de multa. Nos casos previstos nos artigos 62.º, 64.º e 65.º serão aplicados os máximos das penas.»

As decisões por força das quais foi esta norma julgada inconstitucional remetem, todas elas, para o Acórdão n.º 95/2001, publicado no Diário da República, 2.ª série, de 24 de Abril de 2002, cuja fundamentação é, no essencial, a seguinte:

«[...] O princípio da culpa, enquanto princípio conformador do direito penal de um Estado de direito, proíbe - já se disse - que se aplique pena sem culpa e, bem assim, que a medida da pena ultrapasse a da culpa.

Trata-se de um princípio que emana da Constituição e que, na formulação de José de Sousa e Brito (loc. cit., p. 199), se deduz da dignidade da pessoa humana, em que se baseia a República (artigo 1.º da Constituição), e do direito de liberdade (artigo 27.º, n.º 1); e, nos dizeres de Jorge de Figueiredo Dias, vai buscar o seu fundamento axiológico 'ao princípio da inviolabilidade da dignidade pessoal: o princípio axiológico mais essencial à ideia do Estado de direito democrático' (Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime, Lisboa, 1993, p. 73).

Pois bem: um direito penal de culpa não é compatível com a existência de penas fixas: de facto, sendo a culpa não apenas princípio fundante da pena, mas também o seu limite, é em função dela (e, obviamente também, das exigências de prevenção) que, em cada caso, se há-de encontrar a medida concreta da pena, situada entre o mínimo e o máximo previsto na lei para aquele tipo de comportamento. Ora, prevendo a lei uma pena fixa, o juiz não pode, na determinação da pena a aplicar ao caso que lhe é submetido, atender ao grau de culpa do agente - é dizer: à intensidade do dolo ou da negligência.

A previsão pela lei de uma pena fixa também não permite que o juiz, na determinação concreta da medida da pena, leve em consideração o grau de ilicitude do facto, o modo de execução do mesmo e a gravidade das suas consequências, nem tão-pouco o grau de violação dos deveres impostos ao agente, nem as circunstâncias do caso que, não fazendo parte do tipo de crime, deponham a favor ou contra ele.

Ora, isto pode ter como consequência que o juiz se veja forçado a tratar de modo igual situações que só aparentemente são iguais, por, essencialmente, acabarem por ser muito diferentes. Ou seja: prevendo a lei uma pena fixa, o juiz não tem maneira de atender à diferença das várias situações que se lhe apresentam. Mas, o princípio da igualdade - que impõe se dê tratamento igual a situações essencialmente iguais e se trate diferentemente as que forem diferentes - também vincula o juiz.

A lei que prevê uma pena fixa pode também conduzir a que o juiz se veja forçado a aplicar uma pena excessiva para a gravidade da infracção, assim deixando de observar o princípio da proporcionalidade, que exige que a gravidade das sanções criminais seja proporcional à gravidade das infracções.

Por isso, a norma legal que preveja uma pena fixa viola o princípio da culpa, que enforma o direito penal, e o princípio da igualdade, que o juiz há-de observar na determinação da medida da pena. E pode violar também o princípio da proporcionalidade. E isto é assim, quer a pena que a norma prevê seja uma pena de prisão, quer seja uma pena de multa.

Jorge de Figueiredo Dias (Direito Penal Português, cit., p. 193), depois de dizer que decorre da Constituição que a determinação da pena exige cooperação - 'mas também, por outro lado, uma separação de tarefas e de responsabilidades tão nítida quanto possível entre o legislador e o juiz' -, sublinha que 'uma responsabilização total do legislador pelas tarefas de determinação da pena conduziria à existência de penas fixas e, conseqüentemente, à violação do princípio da culpa e (eventualmente também) do princípio da igualdade'.

Este Tribunal, no seu Acórdão n.º 202/2000 (publicado no Diário da República, 2.ª série, de 11 de Outubro de 2000), debruçou-se sobre a norma constante do artigo 31.º, n.º 10, da Lei n.º 30/86, de 27 de Agosto - que mandava aplicar a pena fixa de

interdição do direito de caçar por um período de cinco anos àquele que caçasse em zonas de regime cinegético especial em épocas de defeso ou com o emprego de meios não permitidos - e concluiu que a mesma era inconstitucional, por violar os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade. Escreveu-se aí:

"Deve, pois, reconhecer-se que a cominação, pela norma em análise, de uma pena fixa, de quantum legalmente determinado sem possibilidade de individualização de acordo com as circunstâncias do caso concreto, não se acha em conformidade com a exigência de que à desigualdade da situação concreta (do facto cometido e das suas 'circunstâncias') corresponda também uma diferenciação da sanção penal que lhe é aplicada, e que esta seja proporcional às circunstâncias relevantes de tal situação concreta.

Os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade implicam, na verdade, o juízo de que a cominação de uma pena de interdição do direito de caçar invariável de cinco anos para o 'crime de caça' do artigo 31.º, n.º 10, da Lei n.º 30/86 é materialmente inconstitucional."

Importa, então, saber se a norma sub iudicio prevê uma pena fixa, pois, tal sucedendo, ela é constitucionalmente ilegítima nos termos que se deixaram apontados.

[...] Decorre, na verdade, dos princípios da culpa, da igualdade e da proporcionalidade a necessidade de a lei prever penas variáveis: é que só desse modo o legislador abre ao juiz a possibilidade de graduar a pena, fixando-a entre o mínimo e o máximo que a lei prevê, de acordo com todas as circunstâncias atendíveis (grau de culpa, necessidades de prevenção e demais circunstâncias), por forma a punir diferentemente situações que, sendo aparentemente iguais, são, em si mesmas, diferentes, e de modo também a evitar o risco de aplicar penas desproporcionadas às infracções cometidas, tendo em consideração todo o quadro que envolveu a prática de cada uma delas. Ou seja: só prevendo o legislador penas variáveis, pode o juiz adequar a pena à culpa do agente, às exigências de prevenção e, bem assim, às demais circunstâncias que ele deve considerar para encontrar, em concreto, a pena ajustada a cada caso.

Esse resultado não o pode, com efeito, o juiz atingir, lançando mão do instituto da atenuação especial da pena ou, sendo o caso, do da dispensa de pena, a que faz apelo o Acórdão n.º 83/91 para ver consagrada, na norma sub iudicio, uma pena que, tão-só tendencialmente, é uma pena fixa, e não uma pena rigidamente fixa: é que, desde logo, a atenuação especial da pena pressupõe que a pena (de prisão ou de multa) aplicável ao caso seja variável (cf. o artigo 73.º do Código Penal); e, depois, supõe a ocorrência de um quadro de circunstâncias com valor fortemente atenuativo ('quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou necessidade da pena', diz o n.º 1 do artigo 72.º do mesmo

Código). E, quanto à dispensa de pena, também só pode recorrer-se a ela, quando, estando em causa uma infracção de pequena gravidade (recte, uma infracção punível com prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias), o juiz verificar que são 'diminutas' 'a ilicitude do facto e a culpa do agente'; que o 'dano' já foi 'reparado'; e que 'à dispensa de pena' se não opõem 'razões de prevenção' (cf. o artigo 74.º do mesmo Código).

Estes mecanismos são, de facto, inaptos para - como se escreveu no citado Acórdão n.º 202/2000, a propósito da atenuação especial da pena - 'dar conta da necessária adequação da pena em concreto às circunstâncias a considerar - à culpa do agente e às necessidades de prevenção'.

Recorrendo, de novo, aos dizeres do Acórdão n.º 202/2000:

"Não pode aceitar-se o argumento de que interpretando a norma em causa como prevendo uma pena apenas 'tendencialmente fixa' ela não viola o princípio da igualdade e da proporcionalidade, do qual decorre que a gravidade das penas (e das medidas de segurança) há-de ser proporcional à gravidade das infracções, encaradas sob o ponto de vista, respectivamente, da culpa e das necessidades de prevenção geral (e, para aquelas medidas, da prevenção especial, perante a perigosidade do agente)."

E, mais adiante, ponderou ainda o mesmo Acórdão n.º 202/2000:

'A admissão de que o recurso a estas possibilidades, previstas na lei geral - de atenuação especial da pena e de dispensa de pena -, bastaria para permitir a graduação, no caso concreto, de uma pena prevista na lei como de duração fixa, assim a tornando proporcional às circunstâncias deste, se coerentemente seguida, conduziria, aliás, à conclusão da desnecessidade de previsão de quaisquer molduras penais abstractas, satisfazendo-se as exigências constitucionais da igualdade e da proporcionalidade através daqueles institutos gerais'.»

5 - É esta a orientação que o Tribunal continua a perfilhar e que permite concluir - sem outras considerações adicionais e remetendo para quanto, como fundamentação, se afirma no transcrito Acórdão n.º 95/2001 - pela inconstitucionalidade da norma questionada, na dimensão em apreço.

### III

6 - Pelos fundamentos expostos, o Tribunal Constitucional declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante da parte final do § único do artigo 67.º do Decreto n.º 44623, de 10 de Outubro de 1962 - enquanto manda aplicar o máximo da pena prevista no artigo 64.º do mesmo diploma para o crime de pesca em época de defeso, quando concorra a agravante de a pesca ter

lugar em zona de pesca reservada - por violação dos princípios constitucionais da culpa, da igualdade e da proporcionalidade.

Lisboa, 2 de Março de 2004. - Pamplona de Oliveira - Bravo Serra - Paulo Mota Pinto - Maria dos Prazeres Beleza - Maria Helena Brito - Benjamim Rodrigues - Vítor Gomes - Artur Maurício - Rui Moura Ramos - Gil Galvão - Maria Fernanda Palma - Mário Torres - Luís Nunes de Almeida.

## **Acórdão N.º 144/2004**

**Proc. nº 566/2003**

**2ª Secção**

**Rel.: Consª Maria Fernanda Palma**

Acordam na 2ª Secção do Tribunal Constitucional

I

Relatório

1. A. foi condenada pelo Tribunal Judicial de Viana do Castelo na pena de um ano de prisão, suspensa por dezoito meses mediante a condição de entregar à instituição "B." a quantia de € 1.500,00 (mil e quinhentos euros) pela prática de um crime de lenocínio previsto e punido no artigo 170º, nº 1, do Código Penal. Dessa decisão recorreu a arguida para o Tribunal da Relação de Guimarães, invocando, entre o mais, que o artigo 170º, nº 1, do Código Penal, é inconstitucional por "limitar e condicionar a consciência pessoal e a liberdade de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho", violando os artigos 41º, nº 1 e 47º, nº 1, da Constituição.

O Ministério Público junto do Tribunal Judicial de Viana do Castelo, em resposta ao recurso sustentou a não inconstitucionalidade do referido artigo 171º do Código Penal, concluindo o seguinte:

– o crime de lenocínio não pune a própria prática da prostituição, mas sim toda aquela conduta que fomenta, favorece e facilita tal prática, com intenção lucrativa ou profissionalmente;

– a ser assim, não viola o art. 171.º do CP qualquer normativo constitucional, mormente os arts. 41.º e 47.º da CRP invocados pela recorrente;

– ao condenar a arguida em pena de prisão, suspensa na sua execução, mas subordinada ao cumprimento de um dever, o Mmo. Juiz a quo teve em conta as finalidades da punição, atendendo, no presente caso, à protecção da própria pessoa que se dedica à prática da prostituição e que acaba por ser explorada por outrem;

– pelo exposto, entendemos que bem andou o Mmo juiz ao condenar a arguida da prática do crime pelo qual vinha acusada devendo, pois, negar-se provimento ao recurso e manter-se, na íntegra, a decisão recorrida.

O Ministério Público junto do Tribunal da Relação de Guimarães juntou parecer nos termos do qual o recurso não merecia provimento, afirmando, no que concerne à questão de constitucionalidade suscitada, que “o que está em causa não é a liberdade de escolha da profissão, a não ser que seja profissão viver à custa de outras pessoas, nomeadamente explorando a sua prostituição ...”.

O Tribunal da Relação de Guimarães rejeitou o recurso, expressando-se do seguinte modo sobre a questão de constitucionalidade:

Seja qual for o bem jurídico tutelado na norma em apreço, a conclusão que a recorrente formula está sempre errada. Pela simples razão de que, em qualquer circunstância, é censurável - ética e juridicamente censurável - o aproveitamento intencionalmente lucrativo de uma determinada condição de outra pessoa e em especial da prostituição.

Não se trata de um mero exercício comercial, com sinalagmatismo de prestações: trata-se, isso sim, de uma actividade que viola valores da comunidade e concepções ético-sociais dominantes e que assim se manterá, seja qual for a solução que se vier a tomar sobre o problema social em causa, enquanto tal actividade fomentar, favorecer ou facilitar a degradação pessoal de um indivíduo.

Para a recorrente, ao menos em matéria sexual, não existe uma teoria constitucional dos direitos fundamentais: a sua regra é a do “vale tudo”!

Ora, ao contrário do que pensa, os direitos fundamentais não têm autonomia individual, em que é o indivíduo que decide ou não do seu uso, sem qualquer controle do seu valor ou desvalor pelo Direito (Teorias Liberais), mas antes são opções constitucionais de valor (Teorias dos Valores), traduzidas em princípios objectivos que elegem sentimentos comunitariamente estabelecidos e onde a liberdade individual apenas se realiza pela conformação com tais sentimentos, controlada pelo Direito.

Como diz o Sr. Procurador da República-Adjunto, “o preceito não pune a prostituição!. Esta é ainda uma profissão livre! O que se pune é o fomentar, o favorecer ou o facilitar o exercício da prostituição, profissionalmente ou com intenção lucrativa”.

Ou como realça o Sr. Procurador-Geral Adjunto, para quem não é para condutas como a da arguida que a Constituição dá liberdade de escolha de profissão: “...o que está em causa não é a liberdade de escolha da profissão, a não ser que seja profissão viver à custa de outras pessoas, nomeadamente explorando a sua prostituição”.

Aliás, a seguir-se a concepção de liberdade de escolha que a recorrente propõe, a Máfia, em geral, ou, em especial, as actuais “Máfias de Leste”, que vivem da exploração de parte dos salários de imigrantes, devem ser consideradas como altruístas “Centros de Emprego”!

A elaboração da recorrente é mais que bizarra, como lhe chama o Sr. PGA, é reveladora do enorme desvalor (a “consciência pessoal” que a arguida invoca) que ela tem pelas pessoas que lhe proporcionavam o ganho desonesto e que, afinal, nem terá sido devidamente ponderado para a medida da pena e para a ponderação do benefício da suspensão da sua execução.

É que, e com isto se aborda a segunda questão levantada no recurso, a condição imposta emerge exactamente de um benefício que o Mmo Juiz resolveu dar à arguida e cuja fundamentação não carece de ser expressa.

Assim sendo, e considerando também a natureza do crime em apreço e os proventos presumidos, é natural que se lhe impusesse um relativo ónus.

Afinal, considerando, pelo menos, duas profissionais, a uma média de cinco relações sexuais por dia, em escassos seis dias a arguida “ganhava” os € 1.500,00!

2. Em face do acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Guimarães, veio a arguida recorrer para o Tribunal Constitucional ao abrigo do artigo 70º, nº 1, alínea b), da Lei do Tribunal Constitucional, sustentando a inconstitucionalidade da norma contida no nº 1 do artigo 170º do Código aprovado pelo Decreto-Lei nº 400/82, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei nº 48/95 e pela Lei nº 65/98, de 2 de Setembro.

Tendo sido determinado por despacho da Relatora que alegasse, veio a recorrente apresentar as suas alegações sustentando o seguinte:

Entramos, pois, no campo da moralidade e do pudor.

Modestamente entendemos (e nisso não estamos sós, veja-se a propósito as considerações do Prof. Figueiredo Dias, citado no comentário conimbricense ao art.º 170º do Código Penal) que a incriminação que é feita pelo nº 1 do art.º 170º do C.P. pretende defender sentimentalismos transpessoais, não tendo, como deveria ter, em primeira linha, os bens de natureza pessoal.

O Direito criminal não deveria ter por fim o defender valores de ordem moral, mas sim, e tratando-se de um “crime contra as pessoas” defender interesses eminentemente pessoais, tais como, a liberdade e autodeterminação sexual.

A actual redacção do nº 1 do art.º 170º do C.P. ao invés de diminuir o leque de situações incriminadas que têm um forte pendor moral, veio aumentá-las, pois retirou dos elementos a exploração de situações de abandono ou de necessidade económica.



Há até quem defenda que este crime - lenocínio - tal como está previsto é um crime sem vítima, pois não protege ninguém em concreto; defendendo, antes, interesses de cariz sentimentalista.

A previsão legal, ao criminalizar, como o faz, a conduta de quem profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição ou actos sexuais de relevo, parece estar a tolher direitos de outras pessoas.

Note-se que, não é punível criminalmente quem fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição ou actos sexuais de relevo.

Além de ser controversa a criminalização de condutas, entre adultos, de práticas de natureza sexual que ofendam apenas a moralidade e pudor público, parece-nos que tal criminalização fere direitos constitucionalmente garantidos, como o fere a inclusão da referência a "profissionalmente ou com intenção lucrativa".

Temos por assente que nem a prática da prostituição, nem a prática de actos sexuais de relevo, com adultos, nem o seu favorecimento, fomento ou facilitação é criminalmente punível.

Porque o será que tais práticas serão apenas puníveis quando são exercidas profissionalmente e com intenção lucrativa ???

Apesar de do ponto de vista da moral social e da defesa dos bens e valores da sociedade até entendermos a relutância da lei em permitir profissionalmente a exploração comercial de actividades ligadas à prostituição, comercialmente a prostituição, como o permitem já várias legislações europeias, a verdade é que do ponto de vista estritamente técnico-jurídico, não concordamos com tal incriminação.

Ao criminalizar-se quem exerce uma actividade comercial que tem por base a prostituição ou "actos similares", quando pode ser exercida pelo próprio ou por terceiro (este sem intuito lucrativo) parece estar a privar-se o cidadão de exercer uma actividade profissional, por imposição de regras e princípio morais.

Parece-nos, salvo o devido respeito por outras opiniões que as limitações impostas pela norma do nº 1 do artigo 170º do C.P. pode conflitar e restringir (nos termos do previsto no nº 2 do artigo 18º da C.R.P) o direito à liberdade de consciência, bem como o direito de livre escolha de profissão.

Concluindo:

1 - A norma contida no nº 1 do artigo 170º do Código Penal pode violar o preceituado nos artigos 41º e 47º nº 1, conjugados com o nº 2 do artigo 18º da Constituição da República Portuguesa.

2 - As decisões judiciais que aplicaram a norma do nº 1 do artigo 170º do C.P. devem ser revogadas, por aplicação de norma inconstitucional.

3 - A arguida deverá ser absolvida.

O Ministério Público junto do Tribunal Constitucional contra-alegou propugnando a não inconstitucionalidade da norma sub judicio. Concluiu as suas alegações nos seguintes termos:

1 - O crime de lenocínio do artigo 170º nº 1 do Código Penal visa a protecção de um bem jurídico complexo, que abarca o interesse geral da sociedade relativo à postura sexual e ao ganho honesto, como também a personalidade de quem seja visado pela conduta do agente.

2 - O seu sancionamento penal não representa qualquer violação do princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 18º nº 2 da Constituição, gozando nesta matéria o legislador ordinário de uma ampla discricionariedade.

3 - Na incriminação do lenocínio não é posto em causa o carácter subsidiário do direito penal, nem se configura como excessiva a restrição imposta a qualquer direito ou expressão de liberdade, com protecção constitucional, do agente da infracção penal.

4 - Não deverá assim, proceder o presente recurso.

Tudo visto, cumpre decidir.

II

Fundamentação

4. Está em causa, no presente processo, a eventual inconstitucionalidade da norma contida no artigo 170º, nº 1, do Código Penal, por violação dos artigos 41º e 47º, nº 1, conjugados com o artigo 18º, nº 2, da Constituição.

Tem o citado artigo 170º, nº 1, do Código Penal, o seguinte teor:

Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

5. O ponto de vista que a recorrente apresenta ao Tribunal Constitucional consubstancia-se no seguinte:

– os bens jurídicos protegidos pela norma em crise são, em primeira linha, “sentimentalismos transpessoais”, valores de ordem moral e não bens pessoais como a liberdade e autodeterminação sexual;

– não sendo a prostituição em si punível, incriminar-se a actividade comercial ou lucrativa que tem por base a prostituição ou “actos similares” corresponde a privar os cidadãos de exercer uma actividade profissional por imposição de regras morais.

A pergunta a que importa responder é, portanto, a de saber se fere alguma norma ou princípio constitucional a incriminação das condutas que constituem a factualidade típica do artigo 170º.

6. Não se terá, aqui, de responder à questão geral sobre se o Direito Penal pode, constitucionalmente, tutelar bens meramente morais, questão que não pode ser resolvida sem o esclarecimento prévio do que se entende por bens puramente morais e que não pode deixar de tomar em consideração que há valores e bens tidos como morais e que relevam, inequivocamente, no campo do Direito. A relação entre o Direito e a Moral ou o Ethos tem sido objecto de uma controvérsia muito importante, sendo uma das questões fundamentais da Filosofia do Direito. Com efeito, desde a tradição liberal radicada em STUART MILL (*On liberty*, 1859) ou mesmo do pensamento de KANT (*Metaphysik der Sitten*, 1797), em que o Direito se situa apenas no plano do dano ou do prejuízo dos interesses ou da violação dos deveres (externos) para com os outros até às concepções de uma total fusão entre o Direito e a Moral, em que se reconhece que o Direito tem legitimidade para impor colectivamente valores morais (assim, por exemplo, no pensamento anglo-saxónico, PATRICK DEVLIN, em *The Enforcement of Morals*, 1965, em nome da manutenção da identidade da sociedade), tem-se mantido acesa a discussão. Apesar das duas posições extremas – a da separação absoluta entre o Direito e a Moral e a da total coincidência entre Direito e Moral – é amplamente aceite que o Direito e a Moral, embora a partir de perspectivas diferentes, fazem parte de uma unidade mais vasta (assim, ARTHUR KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit*, 1964, p. 9, e, de modo introdutório à questão, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 1990, p. 59 e ss.).

Assim, tanto quem procure em valores morais a legitimação do Direito, como quem acentue a distinção entre Moral e Direito, reconhecerá, inevitavelmente, que existem bens e valores que participam das duas ordens normativas [partindo de concepções diversas sobre o Direito, mas coincidindo neste último ponto, cf. RADBRUCH, *Filosofia do Direito* (trad. port. de L. Cabral de Moncada), 6ª ed., 1979; e Kelsen, *Teoria Pura do Direito* (trad. port. de Baptista Machado), 1979 – este último, apesar da separação radical entre Direito e Moral, não deixa de reconhecer que o Direito pode tutelar valores morais, sem que, por isso, Direito e Moral se confundam; também HART o reconhece em “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 1958; ver ainda, do mesmo autor, *Conceito de Direito* (trad. port. de A. Ribeiro Mendes), 1986]. Mesmo as posições mais favoráveis

à autonomia do Direito não negam que possam existir valores morais tutelados também pelo Direito, segundo a lógica deste e, por força dos seus critérios (sobre toda a problemática da relação entre a Moral e o Direito, veja-se, por exemplo, ARTHUR KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1997, KURT SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, 1994). Porém, questão prévia a tal problemática e decisiva no presente caso, é a de saber se a norma do artigo 170º, nº 1, do Código Penal apenas protege valores que nada tenham a ver com direitos e bens consagrados constitucionalmente, não susceptíveis de protecção pelo Direito, segundo a Constituição portuguesa.

Ora, a resposta a esta última questão é negativa, na medida em que subjacente à norma do artigo 170º, nº 1, está inevitavelmente uma perspectiva fundamentada na História, na Cultura e nas análises sobre a Sociedade segundo a qual as situações de prostituição relativamente às quais existe um aproveitamento económico por terceiros são situações cujo significado é o da exploração da pessoa prostituída (cf. sobre a prostituição, nas suas várias dimensões, mas caracterizando-o como “fenómeno social total” e, depreende-se, um fenómeno de exclusão, JOSÉ MARTINS BRAVO DA COSTA, “O crime de lenocínio. Harmonizar o Direito, compatibilizar a Constituição”, em *Revista de Ciência Criminal*, ano 12, nº 3, 2002, p. 211 e ss.; do mesmo autor e LURDES BARATA ALVES, *Prostituição 2001 – O Masculino e o Feminino de Rua*, 2001). Tal perspectiva não resulta de preconceitos morais mas do reconhecimento de que uma Ordem Jurídica orientada por valores de Justiça e assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade de acção, situações e actividades cujo “princípio” seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física, seja a sexual), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem. A isto nos impele, desde logo, o artigo 1º da Constituição, ao fundamentar o Estado Português na igual dignidade da pessoa humana. E é nesta linha de orientação que Portugal ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Lei nº 23/80, em D.R., I Série, de 26 de Julho de 1980), bem como, em 1991 a Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e de Exploração da Prostituição de Outrem (D.R., I Série, de 10 de Outubro de 1991).

É claro que a esta perspectiva preside uma certa ideia cultural e histórica da pessoa e uma certa ideia do valor da sexualidade, bem como o reconhecimento do valor científico das análises empíricas que retratam o “mundo da prostituição” (e note-se que neste terreno tem sido longo o percurso que conduziu o pensamento sociológico desde a caracterização da prostituição como anormalidade ou doença – assim, C. LOMBROSO e G. FERRO, *La femme criminelle et la prostituée*, 1896, e, no caso português, os estudos de TOVAR DE LEMOS, *A prostituição. Estudo anthropologico da prostituta portuguesa*, 1908, e, sobre as concepções da ciência acerca da prostituição no início do século, cf. MARIA RITA LINO GARNEL, “A loucura da prostituição”, em *Themis*, ano III, nº 5, 2002, p. 295 e ss. – até ao reconhecimento

de que as prostitutas são vítimas de exploração e produto de uma certa exclusão social). Mas tal horizonte de compreensão dos bens relevantes é sempre associado a ideias de autonomia e liberdade, valores da pessoa que estão directamente em causa nas condutas que favorecem, organizam ou meramente se aproveitam da prostituição.

Não se concebe, assim, uma mera protecção de sentimentalismos ou de uma ordem moral convencional particular ou mesmo dominante, que não esteja relacionada, intrinsecamente, com os valores da liberdade e da integridade moral das pessoas que se prostituem, valores esses protegidos pelo Direito enquanto aspectos de uma convivência social orientada por deveres de protecção para com pessoas em estado de carência social. A intervenção do Direito Penal neste domínio tem, portanto, um significado diferente de uma mera tutela jurídica de uma perspectiva moral, sem correspondência necessária com valores essenciais do Direito e com as suas finalidades específicas num Estado de Direito. O significado que é assumido pelo legislador penal é, antes, o da protecção da liberdade e de uma "autonomia para a dignidade" das pessoas que se prostituem. Não está, conseqüentemente, em causa qualquer aspecto de liberdade de consciência que seja tutelado pelo artigo 41º, nº 1, da Constituição, pois a liberdade de consciência não integra uma dimensão de liberdade de se aproveitar das carências alheias ou de lucrar com a utilização da sexualidade alheia. Por outro lado, nesta perspectiva, é irrelevante que a prostituição não seja proibida. Na realidade, ainda que se entenda que a prostituição possa ser, num certo sentido, uma expressão da livre disponibilidade da sexualidade individual, o certo é que o aproveitamento económico por terceiros não deixa de poder exprimir já uma interferência, que comporta riscos intoleráveis, dados os contextos sociais da prostituição, na autonomia e liberdade do agente que se prostitui (colocando-o em perigo), na medida em que corresponda à utilização de uma dimensão especificamente íntima do outro não para os fins dele próprio, mas para fins de terceiros. Aliás, existem outros casos, na Ordem Jurídica portuguesa, em que o autor de uma conduta não é incriminado e são incriminados os terceiros participantes, como acontece, por exemplo, com o auxílio ao suicídio (artigo 135º do Código Penal) ou com a incriminação da divulgação de pornografia infantil [artigo 172º, nº 3, alínea e), do Código Penal], sempre com fundamento na perspectiva de que a autonomia de uma pessoa ou o seu consentimento em determinados actos não justifica, sem mais, o comportamento do que auxilie, instigue ou facilite esse comportamento. É que relativamente ao relacionamento com os outros há deveres de respeito que ultrapassam o mero não interferir com a sua autonomia, há deveres de respeito e de solidariedade que derivam do princípio da dignidade da pessoa humana.

7. Por outro lado, que uma certa "actividade profissional" que tenha por objecto a específica negação deste tipo de valores seja proibida (neste caso, incriminada) não ofende, de modo algum, a Constituição. A liberdade de exercício de profissão ou de actividade económica tem obviamente, como limites e

enquadramento, valores e direitos directamente associados à protecção da autonomia e da dignidade de outro ser humano (artigos 47º, nº 1 e 61º, nº 1, da Constituição). Por isso estão particularmente condicionadas, como objecto de trabalho ou de empresa, actividades que possam afectar a vida, a saúde e a integridade moral dos cidadãos [artigo 59º, nº 1, alíneas b) e c) ou nº 2, alínea c), da Constituição]. Não está assim, de todo em causa a violação do artigo 47º, nº 1, da Constituição. Nem também tem relevância impeditiva desta conclusão a aceitação de perspectivas como a que aflora no pronunciamento do Tribunal de Justiça das Comunidades (Sentença de 20 de Novembro de 2001, Processo nº 268/99), segundo a qual a prostituição pode ser encarada como actividade económica na qualidade de trabalho autónomo (cf., em sentido crítico, aliás, MASSIMO LUCIANI, "Il lavoro autonomo de la prostituta", em *Quaderni Costituzionali*, anno XXII, nº 2, Giugno 2002, p. 398 e ss.). Com efeito, aí apenas se considerou que a permissão de actividade das pessoas que se prostituem nos Estados membros da Comunidade impede uma discriminação quanto à autorização de permanência num Estado da União Europeia, daí não decorrendo qualquer consequência para a licitude das actividades de favorecimento à prostituição.

8. As considerações antecedentes não implicam, obviamente, que haja um dever constitucional de incriminar as condutas previstas no artigo 170º, nº 1, do Código Penal. Corresponde, porém, a citada incriminação a uma opção de política criminal (note-se que tal opção, quanto às suas fronteiras, é passível de discussão no plano de opções de política criminal – veja-se ANABELA RODRIGUES, *Comentário Conimbricense*, I, 1999, p. 518 e ss.), justificada, sobretudo, pela normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social, das pessoas que se dedicam à prostituição, fazendo desta um modo de subsistência. O facto de a disposição legal não exigir, expressamente, como elemento do tipo uma concreta relação de exploração não significa que a prevenção desta não seja a motivação fundamental da incriminação a partir do qual o aproveitamento económico da prostituição de quem fomenta, favoreça ou facilite a mesma exprima, tipicamente, um modo social de exploração de uma situação de carência e desprotecção social.

Tal opção tem o sentido de evitar já o risco de tais situações de exploração, risco considerado elevado e não aceitável, e é justificada pela prevenção dessas situações, concluindo-se pelos estudos empíricos que tal risco é elevado e existe, efectivamente, no nosso país, na medida em que as situações de prostituição estão associadas a carências sociais elevadas (sobre a realidade sociológica da prostituição cf., por exemplo, ALMIRO SIMÕES RODRIGUES, "Prostituição: – Que conceito? – Que realidade?", em *Infância e Juventude*, Revista da Direcção-geral dos Serviços Tutelares de Menores, nº 2, 1984, p. 7 e ss., e JOSÉ MARTINS BARRA DA COSTA e LURDES BARATA ALVES, *Prostituição 2001 ...*, ob.cit., supra) não é tal opção inadequada ou desproporcional ao fim de proteger bens jurídicos pessoais relacionados com a autonomia e a liberdade. Ancora-se esta solução legal num

ponto de vista que tem ainda amparo num princípio de ofensividade, à luz de um entendimento compatível com o Estado de Direito democrático, nos termos do qual se verificaria uma opção de política criminal baseada numa certa percepção do dano ou do perigo de certo dano associada à violação de deveres para com outrem – deveres de não aproveitamento e exploração económica de pessoas em estado de carência social [cf., com interesse para a questão da construção do conceito de dano nesta área e independentemente da posição sobre a pornografia aí defendida, matéria que não tem relevância no contexto do presente acórdão, CATHERINE MACKINNEN, Pornography: On Morality in and Politics, em *Toward a Feminist Theory of State*, 1989, que defende a incriminação da pornografia em face da sua ofensividade contra a imagem da mulher e a construção da respectiva identidade como pessoa. Também sobre tal lógica de construção do dano, cf. SANDRA E. MARSHALL, "Feminism, Pornography and the Civil Law", em *Recht und Moral* (org. HEIKE JUNG e outros), 1991, p. 383 e ss., defendendo a autora que, na pornografia, o dano consistiria na negação da humanidade da mulher, sendo relevante para o tema do presente Acórdão a perspectiva de que "a perda da autonomia não é um assunto meramente subjectivo ... a autonomia é negada mesmo que não se reconheça. Aqui pode ser traçado um paralelo com a escravatura ... A própria condição da escravatura requer que o escravo não se veja a si próprio como alguém que possui ou a quem falta autonomia ... Isto pode ser formulado dizendo que uma tal pessoa não se pode ver a si própria completamente. Como item da propriedade não possui um em si mesma"]. O entendimento subjacente à lei penal radica, em suma, na protecção por meios penais contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência, protecção directamente fundada no princípio da dignidade da pessoa humana. Questão diversa que não está suscitada nos presentes autos é a que se relaciona com a possibilidade processual de contraprova do perigo que serve de fundamento à incriminação em casos como o presente ou ainda, naturalmente, com a prova associada à aplicação dos critérios de censura de culpa do agente e da atenuação ou eventual exclusão de culpabilidade, em face das circunstâncias concretas do caso.

9. Em face do exposto, não se pode considerar que estejam violados pela norma em crise quaisquer normas ou princípios constitucionais.

### III

#### Decisão

10. Ante o exposto, o Tribunal Constitucional decide não julgar inconstitucional, por violação dos artigos 41º, nº 1, 47º, nº 1 e 18º, nº 2, da Constituição, a norma constante do artigo 170º, nº 1, do Código Penal, negando, consequentemente, provimento ao recurso.

Custas pela recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 15 UCs.

Lisboa, 10 de Março de 2004

Maria Fernanda Palma

Mário José de Araújo Torres

Paulo Mota Pinto

Benjamim Rodrigues

Rui Manuel Moura Ramos

### **Acórdão n.º 196/2004**

**Processo n.º 130/04**

**2ª Secção**

**Relator – Cons. Paulo Mota Pinto**

ACORDAM NA 2ª SECÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### I. Relatório

1.A., melhor identificado nos autos, veio recorrer para o Supremo Tribunal de Justiça do acórdão do Tribunal Colectivo de -----, proferido em 3 de Junho de 2003, que o condenara na pena de 3 anos de prisão pela prática em autoria de um crime de lenocínio, continuado, previsto e punido pelo artigo 170º, n.º 1 do Código Penal, pretendendo ver apreciada, entre outras, a questão da constitucionalidade daquele preceito normativo, porquanto:

«(...)

IV. Ao incriminar o fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição de pessoa livre e autodeterminada, o n.º 1 do artigo 170º CP ofende o princípio da fragmentariedade ou subsidiariedade do direito penal, consagrado no n.º 2 do artigo 18º da CRP (e vazado para o n.º 1 do artigo 40º do CP), os direitos à livre expressão da sexualidade, à vida privada, à identidade pessoal e à liberdade, consagrados nos artigos 26º, n.º 1, e 27º, n.º 1, da CRP, e ainda o direito ao trabalho, defendido pelos artigos 47º e 58º da CRP;

V. Direitos estes últimos que nada impede sejam exercidos, na prática, com o auxílio e participação de terceiros.

VI. Aquela disposição normativa está ferida, por conseguinte, de inconstitucionalidade material,



VII. que apenas poderá colmatar-se através duma interpretação restritiva do preceito que repristine a exigência de que os actos descritivos no tipo legal só constituem crime quando referidos a pessoa "em situação de abandono ou de extrema necessidade económica."»

Por acórdão datado de 15 de Janeiro de 2004, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu indeferir a pretensão ora em apreço, considerando que:

«(...)

Do nosso ponto de vista, o conteúdo material do que seja crime deve decorrer do quadro axiológico-jurídico constitucionalmente consagrado.

Dito de outra forma, só pode ser crime o comportamento que viola ou ameaça violar o quadro de valores constitucionalmente consagrados.

Em consequência, a definição do crime em sede de direito ordinário deve reportar-se àquele quadro de valores constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade material.

Como refere Figueiredo Dias, in *Temas Básicos da Doutrina Penal*, edição de 2001, 56 e 57, "se (...) a função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídico-penais se revela juridico-constitucionalmente credenciada em qualquer autêntico regime democrático e pluralista, então tal deve ter como consequência inafastável a de que toda a norma incriminatória na base da qual não seja susceptível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido é nula, por materialmente inconstitucional, e como tal deve ser declarada pelos tribunais constitucionais ou pelos tribunais ordinários aos quais compita aferir da constitucionalidade".

Claro que o assim definido conceito material de crime encontra-se ainda limitado pela respectiva estrita necessidade: só deve ser qualificado crime o comportamento cuja reacção comunitariamente adequada não pode deixar de se expressar através de uma sanção penal.

"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 18º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

É o chamado princípio da necessidade ou da carência de tutela penal ou da proporcionalidade em sentido amplo.

"Uma vez que o direito penal utiliza como arsenal das suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os direitos e as liberdades das pessoas, ele só pode intervir nos casos em que todos os outros meios da política social, em particular da política jurídica, se revelem insuficientes e inadequados. Quando assim

não aconteça aquela intervenção pode e deve ser acusada de contrariedade ao princípio da proporcionalidade, sob a precisa forma de violação do princípio da proibição de excesso” – Figueiredo Dias, in *Temas Básicos da Doutrina Penal*, edição de 2001, 58.

Nesta matéria tem vindo a entender a jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional que “cabe ao legislador uma ampla margem de discricionariedade legislativa na delimitação das condutas que devem ser criminalizadas ou descriminalizadas, bem como na cominação das respectivas penas”.

“Tal margem de liberdade não prejudica, naturalmente, a consideração de limites impostos pelos princípios constitucionais, de entre os quais se salientam os que resultam do princípio da culpa, inerente à dignidade da pessoa, do princípio da necessidade ou da máxima restrição das penas, decorrente do regime das restrições aos direitos, liberdades e garantias, em que as penas criminais se traduzem (...) ou ainda do princípio da igualdade”.

“Onde quer que se procure situar materialmente a aplicação do princípio da proporcionalidade à definição dos crimes e das penas (...), é certo que as normas penais não são imunes a um juízo constitucional de proporcionalidade (...)”.

“(...) A criminalização de condutas deve restringir-se aos comportamentos que violem bens jurídicos essenciais à vida em comunidade, devendo a liberdade de conformação do legislador ser limitada sempre que a punição criminal se apresente como manifestamente excessiva ou o legislador actue de forma voluntarista ou arbitrária, ou ainda as sanções se mostrem desproporcionadas ou desadequadas, isto é, não assegurem a “justa medida dos meios (penais) e dos fins (das penas), não se garantindo uma adequada proporção entre as sanções e os factos que elas se destinam a punir (...)” – cfr. Acórdão n.º 168/99, do TC, de 10 de Março de 1999, relatado por Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

Quanto ao crime de lenocínio.

Dispõe o n.º 1 do artigo 170º do Código Penal, na versão decorrente da Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, que:

“Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos”.

Perante aquela disposição legal discute-se a determinação do respectivo bem jurídico protegido.

Para uns, o bem jurídico tutelado pelo crime de lenocínio é “o interesse geral da sociedade na preservação da moralidade sexual e do ganho honesto” – cfr. Reis Alves, in *Crimes Sexuais*, 67.

Outros entendem que se protegem “bens jurídicos transpersonalistas de étimo moralista” – cfr. Anabela Rodrigues, in Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo 1, 519.

Pela nossa parte entendemos que na previsão normativa do n.º 1 do artigo 170º do Código Penal o que está em causa, mais do que tudo, é a exploração de uma pessoa por outra, uma espécie de usura ou enriquecimento ilegítimo fundado no comércio do corpo de outrem por parte do agente.

Inculca tal entendimento o facto do apontado tipo legal de crime prescrever que o agente actue “profissionalmente ou com intenção lucrativa”.

Assim entendido, a prática do lenocínio, previsto e punido no n.º 1 do artigo 170º do Código Penal, configura uma clara violação da dignidade humana, da integridade moral e física da pessoa humana e, por isso, obstáculo à livre realização da respectiva personalidade, valores constitucionalmente protegidos – cfr. artigos 25º e 26º da Constituição da República Portuguesa.

Fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa da prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo, fazendo disso profissão ou com intenção lucrativa, não é um acto de intimidade da pessoa, de vida privada, de liberdade individual já que o mesmo é projectado exactamente para fora dela e da sua esfera privada e, no fundo, acaba por significar uma exploração indigna da pessoa humana – neste sentido, embora no âmbito na versão primitiva do Código Penal de 1982, veja-se o acórdão deste Supremo Tribunal de 29 de Janeiro de 1992, prolatado no Processo n.º 42058, in BMJ, 413, 263.

O direito ao trabalho constitucionalmente salvaguardado seguramente que pressupõe a dignidade humana no seu exercício.

Nestes termos, a criminalização do crime de lenocínio configura-se como constitucional, o que significa que improcede a pretensão do recorrente no domínio ora em apreço.»

2.Inconformado, o recorrente veio interpor o presente recurso de constitucionalidade, ao abrigo do n.º 1, alínea b) do artigo 70º da Lei do Tribunal Constitucional, a fim de ver apreciada a “inconstitucionalidade material da norma contida no n.º 1 do artigo 170º do Código Penal, por ofensa do princípio da fragmentariedade ou subsidiariedade do direito penal, consagrado no n.º 2 do artigo 18º da CRP, dos direitos à livre expressão da sexualidade, à vida privada, à identidade pessoal e à liberdade, consagrados nos artigos 26º, n.º 1 e 27º, n.º 1 da CRP, e ainda o direito ao trabalho, defendido pelos artigos 47º e 58º CRP.

Admitido o recurso, e notificadas as partes para alegar, o recorrente veio, nas suas alegações, juntar o parecer constante de fls. 6105 a 6140, dele destacando os seguintes “argumentos aduzidos em benefício da tese que defende a inconstitucionalidade” da norma do artigo 170º, n.º 1 do Código Penal:

«O n.º 1 do art. 170º do Código Penal, na versão vigente a partir da Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, contraria o disposto no n.º 2 do art. 18º da Constituição da República e frustra o programa político-criminal que, em boa hermenêutica, há-de adscrever-se a este comando constitucional. Um programa que, em consonância com o paradigma hoje consensual – pelo menos para o direito penal duma sociedade democrática, secularizada e plural – erige em mandamento basilar do direito constitucional o princípio de que o direito penal estadual só está legitimado a intervir em defesa e protecção de bens jurídicos fundamentais. E, como tal, um programa de que decididamente se afasta o citado artigo 170º, n.º 1 do Código Penal. Que, contra todas as expectativas e ao arrepio da marcha da história e em afronta à ‘construção social da realidade’ vigente, vem repristinar uma solução de tutela penal de meros códigos moralistas. E punir a imoralidade pela imoralidade, à margem de qualquer afronta (lesão ou perigo) a um autêntico e autónomo bem jurídico”.

“No contexto de um Estado de Direito e de uma sociedade democrática, o direito penal só está legitimado a intervir criminalizando comportamentos humanos, para assegurar a protecção – e consabidamente uma protecção de ultima ratio e, por causa disso, necessariamente fragmentária – de bens jurídicos fundamentais. Já de bens jurídicos indispensáveis à autónoma e livre realização e desenvolvimento da pessoa; já de bens jurídicos emergentes a partir da assunção da Daseinsfürsorge pelo Estado (...); já, mesmo, de bens jurídicos comunitários, indispensáveis à existência, persistência e funcionamento da sociedade democrática”.

“Um bem jurídico político-criminalmente vinculante existe ali – e só ali – onde se encontre reflectido um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que ‘preexiste’ ao ordenamento jurídico-penal. O que, por sua vez, significa que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos há-de por força verificar-se uma qualquer relação de mútua referência. Relação que não será de ‘identidade’ ou, mesmo só de ‘recíproca cobertura’, mas de analogia material, fundado numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins (...). É nesta acepção, e só nela, que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem considerar concretização dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais. É por esta via – e só por ela em definitivo – que os bens jurídicos se ‘transformam’ em bens jurídicos dignos de tutela penal ou com dignidade jurídico-penal” (Este excerto, que foi incorporado no Parecer, é da autoria, como outros que serão extractados adiante, de FIGUEIREDO DIAS).

O direito penal não tem legitimidade para intervir – “com o seu cortejo de censuras e o seu arsenal de sanções, as mais drásticas ao dispor do Estado – como instrumento de tutela, estabilização ou reafirmação contra-fáctica de

normas de étimo exclusivamente moralista. Ou, se se pretender, como instrumento de protecção e salvaguarda de valores de fundo moralistas”.

“Ao Estado falece, por inteiro, legitimidade para impor, oficial e coactivamente, quaisquer concepções morais, para tutelar a moral ou uma certa moral: neste campo tudo deve ser deixado à livre decisão individual”.

“O direito penal de uma sociedade secularizada (...) só está legitimado a intervir para proteger bens jurídicos fundamentais da pessoa ou da própria comunidade. O que tem como reflexo imediato a ilegitimidade – e uma ilegitimidade contrafactivamente assegurada através da sanção da inconstitucionalidade – de qualquer lei penal incriminatória que se propusesse punir comportamentos humanos em nome, exclusivamente, da sua imoralidade”.

“As puras violações morais não conformam a lesão de um autêntico bem jurídico e não podem, por isso, integrar o conceito material de crime”.

No que diz respeito aos crimes sexuais, em especial o de lenocínio que agora importa considerar, a Reforma de 1995 do Código Penal assumiu por inteiro esta perspectiva, e redesenhou-os “a partir de dois autónomos e bem definidos bens jurídicos pessoais: a liberdade e a autodeterminação sexual. Pondo conseqüentemente termo a todas as incriminações que não pudessem ser compreendidas e justificadas em nome da tutela, mais ou menos próxima, destes específicos bens jurídicos”.

O legislador de 1995 “manteve-se, no essencial, fiel ao desenho da incriminação que vinha de 1982. Continuando, por isso, a exigir, como momento nuclear da estrutura típica da incriminação, a exploração de situação de abandono ou de necessidade económica. Precisamente o momento que, apesar de tudo, imprime à incriminação a marca de uma incriminação votada à tutela da liberdade sexual das pessoas. E, por vias disso, lhe emprestava a indispensável legitimidade constitucional, como tutela de bens jurídicos”.

Todavia, “o legislador de 1998 (com a Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro) alterou a estrutura típica do crime de lenocínio, ripristinando a solução vigente entre nós antes de 1982. Ou seja: eliminando a exigência típica da ‘exploração dum situação de abandono ou necessidade’, nessa medida voltando a alargar consideravelmente a extensão da incriminação” e fazendo “do crime de Lenocínio entre adultos um crime sem bem jurídico e ‘sem vítima’ ”.

Na observação pertinente de ANABELA RODRIGUES, “com esta incriminação o bem jurídico não é, como devia, a liberdade de expressão sexual da pessoa, mas persiste aqui uma certa ideia de ‘defesa do sentimento geral de pudor e de moralidade’, que não é encarada hoje como função do direito penal e, de qualquer modo, não presidiu ao novo enquadramento dos ‘crimes contra a liberdade sexual’

no título mais vasto dos crimes contra as pessoas e como uma forma que assumem os atentados contra a liberdade”.

Nas palavras de MOURAZ LOPES, “o que é tutelado agora no n.º 1 (do art. 170º), como bem jurídico, é uma determinada concepção de vida que se não compadece com a aceitação do exercício profissional ou com intenção lucrativa do fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição”.

Assim sendo, como é, tem de concluir-se “pela inconstitucionalidade material do n.º 1 do art. 170º do Código Penal na versão em vigor”. É uma conclusão que decorre directamente do n.º 2 do artigo 18º da Constituição da República Portuguesa. Por força do qual, “uma norma incriminatória na base da qual não seja susceptível de se dividir um bem jurídico claramente definido é nula, por dever ser considerada materialmente inconstitucional e como tal declarada pelo TC”.

Ao decidir em sentido contrário, o douto acórdão recorrido ofendeu o disposto no art. 204º, aplicando uma norma que desrespeita o n.º 2 do art. 18º e ainda os arts. 26º, n.º 1, 27º, n.º 1, 47º e 58º, n.º 1, todos da CRP.

Na verdade, além do que ficou dito, não deixará de ser pertinente a objecção de que o n.º 1 do art. 170º CP eleva à categoria de crime e pune condutas de simples participação em actos lícitos e livres.

Em bom rigor, o fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição não são mais do que participação numa conduta alheia que, repete-se, além de lícita é desenvolvida com liberdade, o que levanta a questão de saber se alguém pode ser incriminado por auxiliar outrem a exercer um direito próprio.

Ao incriminar o fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição de pessoa livre e autodeterminada, o n.º 1 do art. 170º ofende o princípio da fragmentariedade ou subsidiariedade do direito penal e ainda os direitos à livre expressão da sexualidade, à vida privada, à identidade pessoal e à liberdade, consagrados nos arts. 26º, n.º 1, e 27º, n.º 1, CRP, e o direito ao trabalho, consagrado nos arts. 47º e 58º CRP,

direitos estes que nada impede sejam exercidos com o auxílio e participação, mesmo interessada e lucrativa, de terceiros.

No que respeita, em particular, ao direito ao trabalho, o Recorrente sustenta que (sendo exercida por pessoas livres e autodeterminadas, como fica sempre pressuposto) a prostituição é, até por definição, uma actividade laboral, não sendo lícito, numa sociedade laica, plural e democrática reprimi-la ou impedi-la, muito menos com os instrumentos associados à ilicitude criminal, sob pena de confundir o Código Penal com o Catecismo.

CONCLUSÃO:

1. O n.º 1 do art. 170º do Código Penal, com a redacção em vigor a partir da Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, viola o disposto no n.º 2 do art. 18º, n.º 1 do art. 26º, n.º 1 do art. 27º, art. 47º e art. 48º da Constituição da República Portuguesa e está, por isso, ferido de inconstitucionalidade material,

2. o que deve ser declarado por este Tribunal Constitucional.

3. Ao aplicar a norma dele constante, o douto acórdão do Supremo Tribunal de Justiça violou o disposto no art. 204º da Lei Fundamental.»

Nas suas contra-alegações, o representante do Ministério Público junto deste Tribunal concluiu que:

“1 – No crime de lenocínio previsto e punido no artigo 170º, n.º 1 do Código Penal protegem-se bens jurídicos pessoais relacionados com a autonomia e liberdade, contra a utilização da sexualidade como modo de subsistência, protecção directamente fundada no princípio da dignidade da pessoa humana.

2 – A criminalização deste tipo de condutas não é violadora do princípio da proporcionalidade expressa no artigo 18º, n.º 2 da Constituição, nem de qualquer outro princípio ou norma nela consagrados.

3- Termos em que não deverá proceder o presente recurso.”

Cumprе apreciar e decidir.

## II. Fundamentos

3. A questão de constitucionalidade cuja apreciação é objecto do presente recurso de constitucionalidade – isto é, a da conformidade com a Constituição da República Portuguesa do artigo 170º, n.º 1, do Código Penal, que pune o crime de lenocínio – foi recentemente apreciada por este Tribunal, por esta mesma Secção, tendo concluído, no acórdão n.º 144/04, por unanimidade, pela inexistência de inconstitucionalidade.

Neste acórdão foram tratadas alegadas violações, pela norma em causa, do princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 18º, n.º 2, e dos artigos 41º (liberdade de consciência) e 47º, n.º 1 (liberdade de profissão), da Constituição da República, distinguindo-se as questões de constitucionalidade de quaisquer apreciações, no plano político-criminal, sobre a mesma norma, e concluindo-se, depois de identificar o bem jurídico protegido por esta, que o legislador não está constitucionalmente proibido de adoptar um tipo criminal como o que ela prevê – e isto, tomando-se já em conta, nesse aresto, a redacção do artigo 170º, n.º 1, do Código Penal, na versão resultante das alterações introduzidas pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro.

Ora, pode desde logo observar-se – embora tal não seja decisivo – que, se o Tribunal Constitucional entendesse que existia desconformidade da norma em causa

com outros parâmetros constitucionais, para além dos então analisados – como por exemplo os artigos 26º, n.º 1, e 27º, n.º 1, conjugados com o artigo 18º, n.º 2, da Constituição –, lhe teria sido possível pronunciar-se pela inconstitucionalidade, nos termos do artigo 79º-C, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo no Tribunal Constitucional.

Verifica-se, porém, além disso, que a fundamentação expendida nesse acórdão n.º 144/04 é inteiramente transponível para o presente processo, e, designadamente, para o confronto da norma em causa com os outros parâmetros invocados pelo agora recorrente: os artigos 58º (direito ao trabalho), 26º, n.º 1 (direitos à livre expressão da sexualidade, à vida privada e à identidade pessoal) e 27º, n.º 1 (direito à liberdade) da Constituição da República.

Não se vê que, pelo confronto com estes direitos constitucionalmente consagrados, haja de chegar-se a solução diversa daquela por que se concluiu nesse aresto, no qual se confrontou já a norma em questão, designadamente, com o artigo 18º da Constituição (confronto no qual se centra também o parecer jurídico junto aos autos), concluindo pela inexistência de inconstitucionalidade.

Assim, no presente caso há apenas que, remetendo para os fundamentos desse acórdão n.º 144/04 (de que se junta cópia), reiterar o juízo de não inconstitucionalidade do artigo 170º, n.º 1, do Código Penal, na redacção resultante da Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, e, conseqüentemente, negar provimento ao recurso.

### III. Decisão

Com estes fundamentos, o Tribunal Constitucional decide:

- a) Negar provimento ao presente recurso e confirmar a decisão recorrida, no que à questão de constitucionalidade respeita;
- b) Condenar o recorrente em custas, com 20 (vinte) unidades de conta de taxa de justiça.

Lisboa, 23 de Março de 2004

Paulo Mota Pinto

Benjamim Rodrigues

Maria Fernanda Palma

Mário José de Araújo Torres

Rui Manuel Moura Ramos



## Acórdão n.º 303/2004

Proc. n.º 922/03

1ª Secção

Relatora: Conselheira Maria Helena Brito

Acordam na 1ª Secção do Tribunal Constitucional

I

1. A., identificado nos autos, interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Évora do acórdão do Tribunal Colectivo de Elvas, proferido em 12 de Março de 2003 (acórdão constante de fls. 160 a 343 destes autos), que o condenou na pena de 4 anos de prisão pela prática de um crime de lenocínio, previsto e punido pelo artigo 170º, n.º 1, do Código Penal.

Nas alegações que então apresentou, o recorrente suscitou a inconstitucionalidade artigo 170º, n.º 1, do Código Penal, tendo, quanto a essa questão, concluído assim (fls. 358 e seguintes):

“[...]”

6º. O bem jurídico tutelado pelo artº 170º, n.º 1, não é a autodeterminação sexual.

7º. O Estado não tem legitimidade para criar bens jurídicos transpersonalistas, de carácter místico, recorrente a um direito penal de fachada para reprimir a organização e exploração comercial de condutas sexuais que se integram no chamado fenómeno da prostituição.

8º. O Estado democrático de direito distingue-se dos restantes precisamente por ser alheio a uma qualquer moral nacional ou de Estado ético.

Antes sim,

9º. Visa a tutela e o respeito das diversas morais.

10º. A interpretação jurídica da norma inscrita no artº 170º, nº 1, não pode assentar num «texto legal» isolado do sistema jurídico, da base axiológica do Estado, em suma, da realização do direito.

11º. Com esta incriminação o bem protegido não é, como devia, a liberdade de expressão sexual da pessoa, mas persiste aqui uma certa ideia de «defesa do sentimento geral de pudor e de moralidade», que não é encarada hoje como função do direito penal.

12º. Parece irrefutável no nível axiológico do Estado democrático de direito que esse crime está descriminalizado.

13°. Mais entende que a sua sustentação assenta em interpretação materialmente inconstitucional por colidir com o artº 1º da Constituição da República Portuguesa.

[...].”

2. Por acórdão de 18 de Novembro de 2003 (fls. 6 a 158), o Tribunal da Relação de Évora negou provimento ao recurso.

A propósito da questão de inconstitucionalidade suscitada pelo recorrente, decidiu-se no acórdão:

“[...]

É, na verdade, discutível que o bem jurídico protegido nesta norma seja, pelo menos de modo imediato, a liberdade de determinação sexual (a própria Prof.ª Anabela Miranda Rodrigues, citada pelo recorrente, tem a este propósito uma posição algo dúbia: começando por dizer, «Comentário Conimbricense do Código Penal», I, 519, que «com esta incriminação o bem protegido não é, como devia, a liberdade de expressão sexual da pessoa mas persiste aqui uma certa ideia de ‘defesa do sentimento geral de pudor e de moralidade’, que não é encarada hoje como função do direito penal [...]», acaba por afirmar [op. cit., 531]: «o crime só pode ser entendido como um crime de resultado, pretendendo proteger-se – como se pretende, apesar de tudo – o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual da pessoa).

O STJ no seu Ac. de 7/11/90, BMJ 401º, 205, entendeu que «através do crime de lenocínio não é a prostituta que a lei quer proteger mas o interesse geral da sociedade na preservação da moralidade sexual e do ganho honesto» (no mesmo sentido já havia decidido a Relação de Coimbra, no seu Ac. de 12/6/85, CJ ano X, 3º, 118; o mesmo Tribunal agora no Ac. de 18/6/91 CJ ano XVI, 3º, 189, entendeu que «o interesse jurídico protegido pelos artºs 215º e 216º do Código Penal [de 1982, versão original] não é de natureza eminentemente pessoal, mas social, no sentido da protecção dos valores ético-sociais da sexualidade, na comunidade»; contudo, no sentido de que o bem jurídico aqui tutelado é o da liberdade individual, no aspecto sexual, cfr. Ac. STJ de 26/2/86, BMJ 354º, 350).

Também o Tribunal da Relação do Porto, no seu Ac. de 29/05/2002, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), entendeu que «na previsão normativa do nº 1 do artigo 170º do Código Penal, epigrafado de lenocínio, o que está em causa, mais do que tudo, é a exploração de uma pessoa por outra, uma espécie de usura ou extorsão em que a ameaça ou tráfico de protecção se pode confundir com a exploração afectiva».

No Ac. STJ de 19/3/1991, Proc. 41.428, 3ª sec., entendeu-se que no crime de lenocínio se visa «a punição dos actos que põem em causa, de forma relevante, os valores da comunidade e de concepções ético-sociais dominantes, devendo abranger sobretudo os actos que visam facilitar, explorar ou comercializar a entrega

de mulheres». É este o entendimento que se nos afigura mais correcto e ao qual aderimos.

Na realidade, exceptuadas as situações previstas no nº 2 do artº 170º do Cod. Penal e no artº 176º do mesmo diploma (em que o bem jurídico tutelado é, indiscutivelmente, a liberdade de autodeterminação sexual das pessoas), o crime de lenocínio protege, essencialmente, valores de natureza ético-social, essenciais à vivência em sociedade.

Porém, o facto de não ser a liberdade de determinação sexual o bem jurídico directamente tutelado na norma em apreço não significa – não pode significar – que a actividade descrita no nº 1 do artº 170º do Cod. Penal se encontra descriminalizada.

Que é crime resulta da vontade inequívoca do legislador que assim o considerou, tipificando tal conduta.

Poder-se-á, porventura, defender (como o faz a Prof.ª Anabela Miranda Rodrigues, op. cit. 518/520) que de iure condendo, a solução mais adequada passaria pela descriminalização da conduta [o que, aliás, nem temos por seguro: a solução poderia passar, como propõe o relator deste acórdão «Crimes Sexuais» 68, nota 3 – em «transferir as disposições referentes ao lenocínio (artºs 170º e 176º) para o Título IV ('Dos crimes contra a vida em sociedade') onde constituiriam capítulo próprio, ao lado do crime de tráfico de pessoas (artº 169º) e do crime de exibicionismo previsto no artº 171º)]; de iure condito, porém, é inquestionável que a conduta em questão constitui crime, posto que «descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática» – artº 1, nº 1 do Cod. Penal.

E nem se vê que esta interpretação conflitue com o artº 1º da Constituição da República Portuguesa, como refere o recorrente.

Na realidade, não se vê de que forma a definição de Portugal como uma República soberana «baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária» se vê questionada com a criminalização do lenocínio; ou, vistas as coisas pelo ângulo inverso, não se vê em que é que a sociedade portuguesa ganharia em dignidade, em liberdade, em justiça e em solidariedade com a descriminalização da conduta daquele que, de forma profissional ou com intenção lucrativa, fomenta, favorece ou facilita o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo.

Em suma: no mero plano do direito a constituir é, sem dúvida, legítimo questionar a necessidade de dar dignidade penal ao lenocínio (entendido como a actividade descrita no nº 1 do artº 170º do Cod. Penal); como, aliás, é sem dúvida discutível a necessidade de manter a punição do estupro (agora denominado de «actos sexuais com adolescentes»).

Porém, no plano do direito constituído, é indiscutível que o lenocínio é crime previsto e punido no artº 170º do Cod. Penal, como nos parece claro que, assim entendendo, não se viola qualquer preceito constitucional, maxime o artº 1º da CRP, invocado pelo recorrente.

[...].”

3. Inconformado, o recorrente veio interpor o presente recurso de constitucionalidade, ao abrigo do artigo 70º, n.º 1, alínea b), da Lei do Tribunal Constitucional, pretendendo ver apreciada a inconstitucionalidade da norma contida no n.º 1 do artigo 170º do Código Penal, por violação do artigo 1º da Constituição (requerimento de fls. 1 e 2).

O recurso foi admitido pelo despacho que consta de fls. 159 (e 376).

4. Nas alegações que apresentou neste Tribunal, o recorrente concluiu:

“1º. O art. 170º do CP tutela sentimento geral de pudor e moralidade.

2º. Tal significa proteger bens jurídicos transpersonalistas de étimo moralista, por via do direito penal, o que contraria directamente o art. 1º da CRP.

3º. O Estado democrático visa o respeito das diversas morais, entendendo numa perspectiva de direito penal mínimo que apenas se deve dotar de dignidade penal bens jurídicos funcionais à realização normativa do Estado. O que não passa pelo sentimento geral de pudor e de moralidade.

Termos em que,

Deve ser declarada a inconstitucionalidade do art. 170º do CP, por violação do artº 1º da CRP.

[...].”

Nas suas contra-alegações, o representante do Ministério Público junto deste Tribunal formulou as seguintes conclusões:

“1 – O crime de lenocínio do artigo 170º n.º 1 do Código Penal abarca a protecção de um bem jurídico complexo, não se limitando à tutela de um sentimento geral relativo à sexualidade, englobando também a personalidade de quem seja visado pela conduta do agente.

2 – O seu sancionamento penal em nada colide com o estatuído no artigo 1º da Constituição, nem representa qualquer violação do princípio da proporcionalidade consagrado no seu artigo 18º, n.º 2, gozando nesta matéria o legislador ordinário de uma ampla discricionariedade.

3 – Na incriminação do lenocínio não é posto em causa o carácter subsidiário do direito penal, nem se configura como excessiva a restrição imposta a quaisquer

direitos, liberdades ou garantias, com protecção constitucional do agente da infracção penal.

4 – Não deve, assim, proceder o presente recurso.”

Cumpra apreciar e decidir.

II

5. O presente recurso tem como objecto a apreciação da conformidade constitucional da norma constante do artigo 170º, n.º 1, do Código Penal, que, na versão resultante da Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, dispõe como segue:

“Artigo 170º

(Lenocínio)

1. Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

2. [...]”.

6. A questão da conformidade com a Constituição da República Portuguesa da norma contida no artigo 170º, n.º 1, do Código Penal, que pune o crime de lenocínio, foi primeiramente apreciada no Acórdão n.º 144/04, da 2ª Secção, em que o Tribunal se pronunciou no sentido da não inconstitucionalidade da norma impugnada (publicado no Diário da República, II, nº 92, de 19 de Abril de 2004, p. 6082).

Nesse acórdão foram tratadas alegadas violações, pela norma em causa, não só do princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 18º, n.º 2, mas também dos artigos 41º (liberdade de consciência) e 47º, n.º 1 (liberdade de profissão), da Constituição da República. Distinguiram-se então as questões de constitucionalidade de quaisquer apreciações, no plano político-criminal, sobre a mesma norma, e concluiu-se, depois de identificar o bem jurídico protegido por esta, que o legislador não está constitucionalmente proibido de adoptar um tipo criminal como o que tal norma prevê.

Mais recentemente, em processo em que era invocada a violação, pela mesma norma, dos artigos 18º, n.º 2, 26º, n.º 1, 27º, n.º 1, 47º e 58º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, o Tribunal concluiu novamente no sentido da sua não inconstitucionalidade (Acórdão n.º 196/04, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

Neste último acórdão, depois de invocar a decisão proferida no já citado Acórdão n.º 144/04, disse o Tribunal:

“[...]

Ora, pode desde logo observar-se – embora tal não seja decisivo – que, se o Tribunal Constitucional entendesse que existia desconformidade da norma em causa com outros parâmetros constitucionais, para além dos então analisados – como por exemplo os artigos 26º, n.º 1, e 27º, n.º 1, conjugados com o artigo 18º, n.º 2, da Constituição –, lhe teria sido possível pronunciar-se pela inconstitucionalidade, nos termos do artigo 79º-C, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo no Tribunal Constitucional.

Verifica-se, porém, além disso, que a fundamentação expendida nesse Acórdão n.º 144/04 é inteiramente transponível para o presente processo, e, designadamente, para o confronto da norma em causa com os outros parâmetros invocados pelo agora recorrente: os artigos 58º (direito ao trabalho), 26º, n.º 1 (direitos à livre expressão da sexualidade, à vida privada e à identidade pessoal), e 27º, n.º 1 (direito à liberdade), da Constituição da República.

Não se vê que, pelo confronto com estes direitos constitucionalmente consagrados, haja de chegar-se a solução diversa daquela por que se concluiu nesse aresto, no qual se confrontou já a norma em questão, designadamente, com o artigo 18º da Constituição [...], concluindo pela inexistência de inconstitucionalidade.

[...]”.

Assim, remetendo para os fundamentos do Acórdão n.º 144/04, o Tribunal reafirmou o juízo de não inconstitucionalidade do artigo 170º, n.º 1, do Código Penal.

7. O Tribunal entende uma vez mais que a argumentação que fundamentou a decisão proferida no Acórdão n.º 144/04 é transponível para o presente processo e, concretamente, para o confronto da norma questionada com o artigo 1º da Constituição.

Não deixará, a este propósito, de se recordar um trecho desse acórdão, que em especial releva para o caso dos autos:

“[...] subjacente à norma do artigo 170º, n.º 1, está inevitavelmente uma perspectiva fundamentada na História, na Cultura e nas análises sobre a Sociedade segundo a qual as situações de prostituição relativamente às quais existe um aproveitamento económico por terceiros são situações cujo significado é o da exploração da pessoa prostituída [...]. Tal perspectiva não resulta de preconceitos morais mas do reconhecimento de que uma Ordem Jurídica orientada por valores de Justiça e assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade de acção, situações e actividades cujo «princípio» seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física, seja a sexual), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem. A isto nos impele, desde logo, o artigo 1º da Constituição, ao

fundamentar o Estado Português na igual dignidade da pessoa humana. E é nesta linha de orientação que Portugal ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Lei n.º 23/80, em D.R., I Série, de 26 de Julho de 1980), bem como, em 1991, a Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e de Exploração da Prostituição de Outrem (D.R., I Série, de 10 de Outubro de 1991).

[...]”.

Reitera-se, assim, uma vez mais que a norma do artigo 170º, n.º 1, do Código Penal, na versão resultante da Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, não viola a Constituição da República Portuguesa, e, designadamente, não ofende os princípios enunciados no artigo 1º.

III

8. Nestes termos, e pelos fundamentos, mais amplos, constantes dos acórdãos mencionados, o Tribunal Constitucional decide:

- a) Não julgar inconstitucional a norma do artigo 170º, n.º 1, do Código Penal;
- b) Consequentemente, negar provimento ao recurso, confirmando a decisão recorrida no que se refere à questão de constitucionalidade

Custas pelo recorrente, fixando-se a taxa de justiça, em vinte unidades de conta.

Lisboa, 5 de Maio de 2004

Maria Helena Brito

Artur Maurício

Rui Manuel Moura Ramos

Carlos Pamplona de Oliveira

Luís Nunes de Almeida

