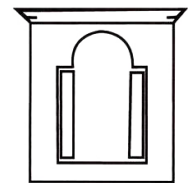


RPDC N.º 1 (2021)

REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



AATRIC

Índice

Nota de Abertura

pp. 5-6

Editorial

pp. 7-8

Comunicações do III Seminário da AATRIC – Jurisprudência Constitucional Recente

*O Tribunal Constitucional e o Acesso aos Metadados das Comunicações pelos
Serviços de Informação*

Jorge Reis Novais

pp. 9-16

*E Agora, Quo Vadis? – Reflexões sobre a Evolução da Jurisprudência do
Tribunal Constitucional relativa a Metadados*

José Manuel Santos Pais

pp. 17-47

*Dignidade, Autonomia, Personalidade e Arrependimento: A Quadratura do
Círculo*

Luísa Neto

pp. 49-58

*Gestão de Substituição e Dignidade da Pessoa Humana: A Difícil Saída
de uma Encruzilhada – Anotação ao Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal
Constitucional em vista do subsequente processo legislativo*

António Cortês

pp. 59-83

Ficha Técnica

Revista Portuguesa de Direito Constitucional

Diretor: Miguel João Costa

Diretora-Adjunta: Catarina Gouveia Alves

Conselho de Redação: Joana Silva; José Manuel Ribeiro de Almeida; Nuno Lemos
Jorge; Rui Tavares Lanceiro; Sergio Maia Tavares Marques

Proprietário: Associação dos Assessores do Tribunal Constitucional (AATRIC)

Sede: AATRIC – Rua de “O Século”, n.º 111, 1249-117 Lisboa

Estatuto editorial: disponível em www.rpdc.pt

Contacto: rpdc.aatric@gmail.com

Periodicidade: anual (com a possibilidade de edição números especiais ou temáticos)

Preço: gratuito

Design gráfico: APS – Consultoria e formação para empresas

Número de Registo ERC: 127656

ISSN: 2795-4471

Estudos e Comentários

A Lei-Travão Revisitada e a Lei do Orçamento Valorizada – Comentário ao Acórdão n.º 545/2021 do Tribunal Constitucional

Tiago Duarte

pp. 85-101

A Modificação das Regras de Competência dos Órgãos de Soberania em Estado de Excepção: O Caso Exemplar da Aprovação de Normas sem Autorização Parlamentar em Matéria Penal

Pedro Fernández Sánchez

pp. 103-139

A Apreensão de Correio electrónico após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 687/2021: Do Juiz das Liberdades ao Juiz Purificador Investigador?

Rui Cardoso

pp. 141-170

Direito Penal do Bem Jurídico e Direito Penal Expansionista: “Gémeos Separados à Nascimento”?

António Miguel Veiga

pp. 177-215

A Inconstitucionalidade Sumária do Processo Sumário Desportivo

José Manuel Meirim

pp. 217-252

Nota de Apresentação

A Revista Portuguesa de Direito Constitucional (RPDC) foi fundada pela Associação dos Assessores do Tribunal Constitucional (AATRIC) em 2021, com o principal intuito de promover a reflexão crítica e o debate sobre temas de Direito Constitucional e, em especial, sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional português.

Sucessora da *Jurisprudência Constitucional*, publicada pela AATRIC entre 2004 e 2007, a RPDC pretende ser um espaço de expressão livre, plural e gratuitamente acessível em suporte digital, com periodicidade anual, sem prejuízo da possibilidade de serem editados números especiais ou temáticos.

Apelando a uma significação ampla de ‘Direito Constitucional’, a RPDC pretende reconhecer, não apenas a relevância da teoria, da história e do processo no Tribunal Constitucional, como também a influência recíproca que se estabelece entre o Direito Constitucional e a generalidade dos ramos do Direito, estando aberta a contributos desenvolvidos a partir de qualquer deles, contanto que relevantes para a compreensão das questões de constitucionalidade tratadas.

Embora naturalmente vocacionada para temas nacionais, a RPDC pretende ser plural também do ponto de vista das jurisdições abrangidas. Particular interesse suscitará a realidade constitucional dos países lusófonos, pelos especiais laços culturais que os unem a Portugal, e a dos países europeus a que, por tradição ou especiais relações institucionais, o Tribunal Constitucional português e a AATRIC se encontram mais estreitamente ligados. Pela referência que oferece em vários temas constitucionalmente relevantes, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça da União Europeia merece também o interesse da Revista. Na mesma linha, a RPDC mostra-se igualmente aberta à diversidade no plano linguístico, admitindo contributos em línguas estrangeiras.

A diversidade, pluralidade e representatividade a que aspiramos dão, enfim, um contorno especialmente desafiante a estes objetivos, que não poderão ser atingidos sem a colaboração de todos os que pretendam conhecer o estatuto editorial da Revista e fazer parte do seu corpo de autores, revisores e redatores. Assim, no momento da apresentação deste novo projeto editorial, gostaríamos de deixar um vivo convite e um agradecimento a todos os que, movidos por interesses e expectativas afins aos nossos, visitem o sítio www.rpdc.pt.

Gostaríamos enfim de expressar a nossa gratidão a todos os sócios da AATRIC, em especial aos que estiveram ligados à *Jurisprudência Constitucional*, pelas experiências e o entusiasmo que partilharam connosco, e bem assim ao Tribunal Constitucional, pela abertura com que tem recebido todas as iniciativas da AATRIC.

A Direção e o Conselho de Redação da RPDC

Editorial

Eis o primeiro número da Revista Portuguesa de Direito Constitucional. São palavras que se escrevem com muita alegria e expectativa, com prudência e com esperança; também com pena de não poder trazer a esta página todas as ideias, conversas, conselhos, hesitações e aspirações que antecederam este que é o momento inaugural do novo projeto editorial da Associação dos Assessores do Tribunal Constitucional (AATRIC).

Mas parte desse labor associativo encontra já reflexo neste número da Revista Portuguesa de Direito Constitucional, que procura começar a cumprir o seu desígnio de promover a reflexão crítica sobre esta disciplina e sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional português, trazendo a público um conjunto de conteúdos que se pretendeu diversificado. São vários tanto os temas que o integram como as perspetivas a partir das quais eles são tratados, seja por magistrados ou por académicos.

Diversificados são, também, os registos do debate, já que, além da publicação de estudos e comentários, a Revista pretende oferecer-se como plataforma para a publicação de textos desenvolvidos a partir das comunicações orais feitas pelos autores convidados a participar nos seminários organizados anualmente pela AATRIC. É o que acontece já neste primeiro número, que integra os textos correspondentes às comunicações feitas no último *Seminário da AATRIC: Jurisprudência Constitucional Recente*, que teve lugar em dezembro de 2019 e que não pôde, por razões de todos conhecidas, ter seguimento em 2020. Mantém, todavia, pleno interesse as perspetivas que então se cruzaram sobre duas importantes e sensíveis matérias, àquela data recentemente tratadas pelo Tribunal Constitucional: a do acesso aos metadados por parte dos Serviços de Informação e a da gestão de substituição, contendo este número os textos correspondentes às intervenções de Jorge Reis Novais e de José Manuel Santos Pais sobre a primeira matéria, e, relativamente à segunda, o registo escrito das comunicações de Luísa Neto e de António Cortês.

A secção relativa a estudos e comentários integra reflexões críticas sobre jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional, proferida tanto em sede de fiscalização abstrata como de fiscalização concreta da constitucionalidade, mas sempre relativa a questões relevantes e controvertidas. Tiago Duarte regressa ao tema da lei-travão, raramente tratado na jurisprudência constitucional, para comentar o Acórdão n.º 545/2021.

Pedro Fernández Sánchez traz-nos uma reflexão sobre a competência dos órgãos de soberania, sobretudo em matéria penal, no singular contexto de excecionalidade constitucional recentemente experienciado no nosso país. Ainda no âmbito penal, Rui Cardoso analisa a recente jurisprudência relativa à apreensão de correio eletrónico – tema de relevância tanto maior, quanto mais usual se torna a comunicação intersubjetiva através de meios digitais – e António Miguel Veiga jurisprudência relativa a um conjunto de desenvolvimentos legais que vê como sinais de expansionismo penal. José Manuel Meirim – a concluir – analisa a jurisprudência relativa ao processo sumário desportivo, cujas especificidades sublinha.

Fica no entanto por cumprir, neste número inaugural, um dos principais vetores de diversidade que a Revista se propõe respeitar: o número conta apenas com um contributo de uma Autora, desequilíbrio de género que se espera suprir nos próximos números.

Por outro lado, a Revista pretende transformar-se numa publicação baseada por inteiro na revisão por pares dos artigos recebidos, o que não se mostra possível nesta fase embrionária. Dos seus primeiros números espera-se que contribuam para definir a sua identidade editorial e que sirvam como convite ao envio espontâneo de propostas de publicação por parte dos autores interessados.

E é com o devido agradecimento aos Autores, que com entusiasmo e zelo participaram neste primeiro número, que terminamos, restando-nos expressar o nosso desejo de que este novo – ou, antes, renovado – espaço de reflexão, exclusivamente dedicado ao Direito Constitucional, possa contribuir de modo são e construtivo para o desenvolvimento da atividade de todos os que se ocupam e interessam por esta disciplina e pelo especial papel que neste domínio é reservado ao Tribunal Constitucional português.

A Direção da RPDC

O Tribunal Constitucional e o Acesso aos Metadados das Comunicações pelos Serviços de Informação*

Jorge Reis Novais

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
jnovais@fd.ulisboa.pt

1. A recente jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre acesso dos Serviços de Informação aos chamados *metadados* das comunicações privadas foi objecto de uma reacção política que se pode qualificar, no mínimo, como não muito edificante. Muito resumidamente, a uma primeira decisão do Tribunal Constitucional (o Acórdão n.º 403/2015) que se pronunciou pela inconstitucionalidade daquele acesso quando feito fora do contexto de um processo penal – inconstitucionalidade que, a meu ver, decorre cristalinamente do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição (“*é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*”) – o poder político reagiu de forma inapropriada. De acordo com afirmações na altura proferidas por responsáveis políticos, se o Tribunal Constitucional considerava aquela ingerência inconstitucional, mas se, em contrapartida, a segurança pública exigia impreterivelmente que os Serviços de Informação pudessem ter acesso àqueles dados no âmbito da luta contra o terrorismo, então o que haveria a fazer seria *contornar* a decisão do Tribunal Constitucional.

E, na prática, foi exactamente essa a tentativa feita pelo legislador: a Lei Orgânica n.º 4/2017 alterou os requisitos procedimentais anteriormente previstos no Decreto considerado inconstitucional, continuando a permitir o acesso dos Serviços de Informação aos *metadados* mesmo fora de um processo penal, mas procurando assegurar uma protecção das garantias individuais

* Por opção do Autor, o presente texto segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico em vigor desde 2009.

materialmente equivalente à que é proporcionada pelas garantias do processo penal. Beneficiando da *teimosia* quase obsessiva do actual Presidente da República em prescindir da fiscalização preventiva junto do Tribunal Constitucional, a lei entrou em vigor, mas, chamado a intervir em sede de fiscalização sucessiva, o Tribunal Constitucional, e a meu ver novamente bem, declarou a inconstitucionalidade das normas correspondentes através do Acórdão n.º 464/2019.

Perante isto, e para facilidade de exposição, podemos começar por dar como adquiridos – embora, como é natural, não haja integral unanimidade a propósito – os seguintes pressupostos. Primeiro, em Portugal como na maior parte dos países que nos são próximos, as necessidades da luta antiterrorista aconselham fortemente ou até exigem, em casos excepcionais devidamente fundamentados, o acesso dos Serviços de Informação aos *metadados* das comunicações, mesmo fora de um contexto de processo penal. Em segundo lugar, esse acesso ou a possibilidade desse acesso legalmente instituída constitui, em termos jurídicos, uma ingerência ou, mais rigorosamente, uma restrição ou uma intervenção restritiva na garantia jusfundamental consagrada no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição (para além da concomitante, embora não já tão específica, afectação de outros direitos fundamentais correlacionados, como os direitos à privacidade, ao livre desenvolvimento da personalidade ou à protecção de dados pessoais).

Nestes termos, antes da abordagem à questão decisiva de saber como superar o impasse jurídico e político entretanto criado, importa esclarecer os contornos do tema principal subjacente, o da controversa legitimidade constitucional do acesso aos *metadados* perante a proibição aparentemente instituída no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição.

2. Na resposta a esta dúvida, tudo passa, em primeiro lugar, pela determinação da natureza daquela proibição constitucional. É ela uma proibição absoluta (definitiva), insusceptível de admitir quaisquer outras excepções para além das constitucionalmente previstas, ou é uma proibição relativa e, portanto, sujeita a juízos de ponderação que admitam a sua eventual cedência?

A importância do esclarecimento desta dúvida resulta das diferentes consequências decorrentes da resposta que lhe vier a ser dada. De facto, se pressupusermos, como se admitiu, que o interesse público da defesa contra o terrorismo exige impreterivelmente a autorização do acesso aos *metadados*, então, na primeira hipótese, a do carácter absoluto daquela vinculação constitucional,

só se pode resolver o impasse através de uma revisão constitucional em que se altere o disposto no artigo 34.º, n.º 4, enquanto que, na segunda hipótese, isto é, considerando que a garantia constante dessa norma é relativa, já se poderia continuar a *insistir* na tentativa de convencer uma maioria dos juízes do Tribunal Constitucional a admitir condicionadamente o acesso aos *metadados* por parte dos Serviços de Informação.

3. Todo o constitucionalismo que emerge na segunda metade do século XX assenta na força normativa da Constituição e na consideração da norma constitucional como norma jurídica aplicável pelos tribunais. Desse ponto de vista, que é o único compatível com a natureza de um Estado de Direito com Constituição em sentido formal e com a existência de um Tribunal Constitucional, a fase de interpretação do conteúdo e da natureza das normas constitucionais aplicáveis a um caso concreto é tão imprescindível quanto a da interpretação de qualquer outra norma jurídica e, nesse plano, não são distintos os elementos interpretativos a que o juiz constitucional deve recorrer para apurar, na situação em apreço, se a proibição contida no artigo 34.º, n.º 4, é absoluta ou se, ao invés, se expressa aí uma mera remissão do aplicador para posteriores juízos de ponderação de bens.

É verdade que para algumas concepções baseadas na teoria analítica da norma, ou para algumas posições doutrinárias inspiradas na teoria dos direitos fundamentais como princípios, a nenhuma norma jurídica, constitucional ou ordinária, pode ser atribuído um carácter vinculativo absoluto. Em última análise, toda e qualquer norma estaria sujeita, na sua aplicação a um caso concreto, a uma ponderação de bens que determinaria qual deles deveria prevalecer. Porém, essa é uma pré-compreensão incompatível com o constitucionalismo de Estado de Direito. Ou seja, a Constituição poderia ter determinado que *em caso algum haverá pena de morte* ou que *as eleições para a Assembleia da República se realizam quatro anos decorridos sobre o início da legislatura*, mas, no fim, caberia ao Tribunal Constitucional decidir se, atentos e ponderados os pesos relativos dos bens e interesses em confronto num caso concreto, poderia ou não admitir-se a tortura numa situação concreta ou se a realização das eleições não deveria ser postergada para data mais conveniente.

Ora, conhecendo-se a facilidade com que a metodologia da ponderação pode ser invocada para favorecer uma ou outra solução, tal corresponderia, não apenas a uma *expropriação* da Constituição pela jurisdição constitucional, como provocaria uma situação de insegurança jurídica incompatível com a natureza de um Estado de Direito.

Rejeitada essa pré-compreensão, porque estruturalmente avessa à distinção entre norma constitucional e norma ordinária e igualmente repelida pela divisão de poderes própria de Estado de Direito constitucional, deve reconhecer-se ao legislador constituinte a possibilidade de adoptar comandos normativos de natureza absoluta e definitiva, não sujeitos a posterior ponderação por parte dos poderes constituídos, isto é, relativamente aos quais o legislador constituinte quis fazer e fez todas as ponderações que há a fazer. De resto, se reconhecemos ao legislador ordinário a possibilidade de criar proibições absolutas, não há como não reconhecer, por maioria de razão, análoga prerrogativa ao legislador constituinte.

4. A questão é, no fundo, a de saber se devemos ou não reconhecer um carácter absoluto e definitivo no enunciado normativo expresso no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição. Ora, os diferentes cânones interpretativos aplicáveis, a meu ver, apontam inequivocamente nesse sentido, isto é, que o legislador constituinte quis fazer todas as ponderações sobre essa questão no momento constituinte (nos seus vários momentos, incluindo o das revisões constitucionais) e quis, a título absoluto e definitivo, excluir qualquer ingerência pública nas telecomunicações salvo nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

É isso que resulta, designadamente, do elemento literal, uma vez que se proíbe toda a ingerência nas telecomunicações e se ressalvam, unicamente, os casos previstos na lei em matéria de processo penal. Tal qual como se a norma constante do artigo 24.º, n.º 2, da Constituição dissesse algo do género: *não haverá pena de morte (ou é proibida toda a pena de morte) salvo nos casos previstos na lei em matéria de alta traição militar em teatro de guerra*. Ou seja, institui-se uma proibição absoluta através de uma norma com a chamada natureza de *regra*, com uma única possibilidade, bem determinada, de excepção.

Por outro lado, tal como se assinala devidamente no Acórdão n.º 403/2015, esta natureza absoluta da proibição instituída no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição é confirmada pela história das revisões constitucionais onde, ao contrário do que aconteceu com outras disposições do mesmo artigo, o legislador constituinte optou por manter inalterado o sentido e a letra da proibição instituída no n.º 4. De resto, esta interpretação obtém ainda confirmação na jurisprudência do Tribunal Constitucional, nos pareceres da Procuradoria-Geral da República e na doutrina que expressamente se pronunciou sobre a questão.

5. Todavia, onde o referido Acórdão 403/2015 falha rotundamente e, nessa medida, enfraquece significativamente a coerência da sua fundamentação da decisão de inconstitucionalidade é quando envereda por uma teorização mais do que discutível da admissibilidade das restrições a direitos fundamentais no nosso sistema constitucional. Apoiando-se em elaboração de Gomes Canotilho constante da *Constituição Anotada* e da 5ª edição do seu *Direito Constitucional* – aliás, abandonada pelo Autor na edições seguintes –, o Tribunal Constitucional desenvolve uma linha argumentativa segundo a qual as ingerências legalmente previstas no acesso dos Serviços de Informação aos metadados seriam inconstitucionais porque, entre nós, só seriam legítimas as restrições expressamente previstas (com base na primeira parte do n.º 2 do artigo 18.º), no que constitui, hoje, um anacronismo que remete para concepções correntes nos anos setenta e oitenta do século passado e de há muito superadas. Naturalmente, seguindo esse raciocínio, o Tribunal Constitucional teria necessariamente de concluir pela inconstitucionalidade de um número infindável de normas jurídicas restritivas de direitos fundamentais e que permanecem incontroversamente em vigor.

Sustenta-se, em segundo lugar, naquela linha argumentativa, que, existindo uma previsão constitucional expressa de restrição – a mencionada na excepção do artigo 34.º, n.º 4 –, já não poderiam existir outras. Não é assim, como facilmente se demonstra; o facto de a Constituição autorizar uma restrição nada nos diz sobre a legitimidade ou ilegitimidade constitucionais de outras não expressamente previstas. Por exemplo, a Constituição prevê expressamente restrições aos direitos de expressão, reunião ou manifestação dos militares, mas isso não prejudica, obviamente, a legitimidade constitucional de outras restrições a estes direitos, independentemente de expressamente previstas ou não.

Na realidade, aquilo que, para este efeito, acaba por ser determinante, e que o deve ser, é a natureza da norma que consagra a garantia jufundamental em causa numa situação concreta. Se a norma tem a natureza de garantia absoluta, definitiva, qualquer restrição é inconstitucional. Se a norma apresenta uma natureza de *princípio*, se admite a possibilidade de cedência em função do maior peso que apresentem outros interesses igualmente dignos e carentes de protecção, então tudo dependerá da justificação apresentada para fazer ceder o direito fundamental e da conformidade da medida restritiva com os princípios constitucionais estruturantes. É verdade que, considerado como um todo, todo o direito fundamental é susceptível

de cedência, está afectado por uma reserva geral imanente de ponderação, mas, no âmbito de protecção desse mesmo direito fundamental, pode haver garantias particulares com uma natureza absoluta, irrestringível. Tudo dependerá daquilo que a norma constitucional disser a propósito e, no caso que aqui apreciamos, a norma constitucional do artigo 34.º, n.º 4, é clara e inequívoca.

Neste sentido, dado o carácter absoluto e definitivo da norma constitucional que proíbe qualquer acesso dos Serviços de Informação aos metadados fora dos casos previstos na lei em matéria de processo penal, a única solução constitucionalmente adequada ao dispor de um poder político que pretenda atenuar a rigidez dessa proibição passa por uma alteração da norma em causa através de correspondente revisão constitucional.

6. De qualquer forma, e embora acompanhe a conclusão do Tribunal Constitucional nas suas duas decisões, penso que, sobretudo na primeira decisão, o Tribunal Constitucional acabou por transformar uma justificação simples e inatacável da sua posição de fundo – o facto de a norma constitucional proibir com carácter absoluto quaisquer ingerências nas comunicações que não sejam as previstas na lei em matéria de processo penal – num conglomerado de fundamentações duvidosas, incoerentes e até mesmo erróneas, como foi a afirmação de que a vinculação do legislador, e, consequentemente, a margem de controlo do juiz constitucional, é maior quando procede a restrições expressamente autorizadas pela Constituição, quando é manifestamente o oposto. Se a Constituição já autorizou, o controlo judicial atenua-se fortemente, quase se dispensa, a Constituição já resolveu boa parte do problema. Ao contrário, se a Constituição nada diz sobre a questão, o controlo judicial deve ser pleno e muito mais intenso.

Diga-se que este tipo de debilidades de fundamentação está ausente da segunda decisão de inconstitucionalidade adoptada no Acórdão n.º 464/2019. Ainda assim, não pode deixar de se assinalar a inconsistência de uma fundamentação que, por um lado, começa por reafirmar o conteúdo inabalável da determinação constitucional com o sentido com que foi acolhida na primeira decisão do Tribunal Constitucional, mas que, a seguir, sem que se perceba a necessidade, se dedica a demonstrar porquê as garantias previstas na lei em apreciação não são materialmente equivalentes às garantias do processo penal, como se a confirmação da decisão de inconstitucionalidade dependesse dessa demonstração. Ora, se a nova lei é inconstitucional porque a garantia constitucional é absoluta, para quê entrar num tipo de argumentação muito

mais discutível e, provavelmente, inconclusivo? Atente-se no exemplo da norma hipotética que proibia a pena de morte com excepção da alta traição militar em teatro de guerra. Imagine-se que a lei ordinária vem prever, por exemplo, a pena de morte para certos crimes hediondos que nada têm a ver com esta excepção. Precisamos de ir verificar se as situações em causa – alta traição militar e crime hediondo – são materialmente comparáveis ou equivalentes para concluir se a nova previsão legal de pena de morte é ou não inconstitucional? Claro que não.

O problema é que as debilidades de fundamentação têm consequências. Uma afirmação inequívoca, simples e lapidar do carácter absoluto da proibição constante do artigo 34.º, n.º 4, colocaria os responsáveis políticos perante uma inevitabilidade: se o acesso dos Serviços de Informação aos metadados é absolutamente imprescindível – e, porventura, é –, então a única *saida* para o impasse é a revisão pontual da respectiva disposição constitucional; se a fundamentação da decisão de inconstitucionalidade fica envolvida num manto ténue e interminável de considerações discutíveis sobre a equivalência material, a proporcionalidade e a determinabilidade, acaba-se por estimular os responsáveis políticos a insistirem no *(con)vencimento* do Tribunal Constitucional, nem que seja pelo cansaço.

7. Por fim, cabe responder antecipadamente a um argumento muitas vezes utilizado contra a posição aqui defendida sobre a obrigatoriedade de relevar as distinções normativas feitas pelo legislador constituinte. Alega-se que não seria possível defender, por um lado, a importância decisiva das determinações constitucionais e, por outro, noutras situações, defender a irrelevância de outras disposições constitucionais, como a do artigo 18.º, n.º 2, primeira parte. No entanto, a posição aqui defendida em nada contradiz a posição que defendo desde 2003 quanto à irrelevância jurídica desta última “norma”, isto é, a que dispõe que a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição.

É que defender a força normativa da Constituição não implica ter de reconhecer natureza normativa a qualquer disposição constitucional. No caso, o enunciado do artigo 18.º, n.º 2, primeira parte, não pode, pura e simplesmente, ter carácter normativo, não é, em rigor, uma norma, no sentido de que é facticamente inaplicável, independentemente de qual seja a vontade do legislador ordinário, da administração ou do juiz ou de qual tenha sido a *intenção* do legislador constituinte. Se a Constituição consagra o direito à vida sem previsão expressa de restrições e consagra simultaneamente a liberdade

de consciência e de religião sem previsão expressa de restrições, como seria possível resolver o problema jurídico da testemunha de Jeová que recusa a transfusão de sangue considerada absolutamente indispensável para lhe salvar a vida sem restringir um ou outro daqueles direitos fundamentais? Se a Constituição consagra como direito fundamental o direito ao desenvolvimento da personalidade e não prevê qualquer possibilidade da sua restrição, como concretizar o exercício de tal direito quando ele não é susceptível de ocorrer sem a sua concomitante sujeição a restrições impostas, desde logo, pelo direito ao desenvolvimento da personalidade dos outros? E poder-se-iam multiplicar os exemplos de impossibilidade fáctica e jurídica de aplicação dessa pretensa norma.

*E agora, quo vadis? – Reflexões sobre a evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa a metadados**

José Manuel Santos Pais

Procurador-Geral Adjunto no Tribunal Constitucional
jspa@tribconstitucional.pt

I. Introdução

1. A prolação, pelo Tribunal Constitucional, do Acórdão 464/2019, vista do prisma de um observador exterior

O Acórdão n.º 464/2019¹ segue-se a um anterior acórdão sobre o mesmo tema, o Acórdão 403/2015, de 27 de Agosto, que é expressamente citado como principal referência de fundamentação (cfr.,

* Este texto corresponde, no essencial, ao suporte escrito da intervenção oral no III Seminário da Associação dos Assessores do Tribunal Constitucional, que teve lugar no dia 12 de Dezembro de 2019, no Tribunal Constitucional. Por opção do Autor, o presente texto segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico em vigor desde 2009.

¹ Neste Acórdão do Tribunal Constitucional, tirado em Plenário no dia 18 de Setembro de 2019, decidiu-se: «Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto, na parte em que admite o acesso dos oficiais de informações do Serviço de Informações de Segurança (SIS) e do Serviço de Informações Estratégicas e de Defesa (SIED), relativamente a dados de base e de localização de equipamento, quando não dão suporte a uma concreta comunicação, para efeitos de produção de informações necessárias à salvaguarda da defesa nacional e da segurança interna, por violação dos artigos 26.º, n.º 1, e 35.º, n.ºs 1 e 4, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa; b) Não declarar a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto, na parte em que admite o acesso dos oficiais de informações destes serviços no âmbito das respetivas atribuições, relativamente a dados de base e de localização de equipamento, quando não dão suporte a uma concreta comunicação, para efeitos de produção de informações necessárias à prevenção de atos de sabotagem, espionagem, terrorismo, proliferação de armas de destruição maciça e criminalidade altamente organizada; e c) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 4.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto, por violação do disposto no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição, no que diz respeito ao acesso aos dados de tráfego que envolvem comunicação intersubjetiva, e por violação do disposto nos artigos 26.º, n.º 1 e 35.º, n.ºs 1 e 4, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição, no que se refere ao acesso a dados de tráfego que não envolvem comunicação intersubjetiva.»

por exemplo, as pp. 27 e segs. do acórdão) e cujo relator acabou por ser o mesmo (Conselheiro Lino Ribeiro). Observa-se, no entanto, um aumento muito expressivo do número de declarações de voto apostas ao Acórdão n.º 464/2019, quando comparado com o Acórdão n.º 403/2015 (passou-se de duas para onze declarações de voto, uma das quais conjunta, ou seja, em 4 anos, assistimos à apresentação de mais nove declarações de voto, de concordância, de vencido ou de parcialmente vencido).

Esta matéria encontra-se legislada em muitos outros países europeus, a nível constitucional e infra-constitucional, em que se admite o acesso a metadados por parte dos Serviços de Informações respectivos (entre 28 países europeus, Portugal é o único que continua a não admitir esse acesso), pelo que é de questionar: as disposições constitucionais e legislativas desses países serão assim tão diferentes das normas que integram a legislação portuguesa?

Tenhamos presente a evolução do terrorismo internacional nos últimos anos: os atentados continuam a ocorrer em diversos países europeus, com preocupante frequência, com um número muito considerável de vítimas, carecendo tais atentados de ser prevenidos e combatidos mediante a permanente partilha de informações entre Serviços de Informações, designadamente europeus.²

Estaremos, então, a propósito da prolação do Acórdão 464/2019, perante a confirmação definitiva de uma posição anteriormente assumida pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão 403/2015, relativamente à interpretação do artigo 34.º da Constituição, no sentido de este proibir o acesso a metadados por parte dos Serviços de Informações, ou apenas perante um eventual acórdão de transição, destinado a preparar uma reavaliação futura da posição agora (re)assumida pelo mesmo Tribunal?

Seria a posição jurisprudencial do Tribunal Constitucional, agora confirmada, a mesma, se tivesse havido, antes da prolação deste Acórdão, um atentado em Portugal, à semelhança e com a gravidade dos que têm ocorrido em França, na Alemanha, na Bélgica, em Espanha ou no Reino Unido?

Estaremos nós em situação, como reza a História, de discutir o relevante problema do sexo dos anjos, enquanto os exércitos turcos,

² Segundo o *European Union Terrorism Situation and Trend Report (TESAT)* de 2018 (disponível em <https://www.europol.europa.eu/>), «In 2017, a total of 205 foiled, failed and completed terrorist attacks were reported by nine EU Member States» (p. 9). «A total of 1219 persons were arrested on suspicion of being involved in terrorism-related activities. Most arrestees (638) were male, against 123 female (...). Most arrests occurred in France (373), Spain (78) and Germany (52). (...) The majority of arrested women (64%) held the citizenship of an EU Member State and were born in the EU» (p. 56).

comandados por um sultão com apenas 21 anos de idade, de nome Maomé II, acometem de assalto as muralhas de Constantinopla, como aconteceu no domingo de Pentecostes, 29 de Maio, do ano da graça de 1453, assalto, esse, que levou à queda do Império Bizantino, ou seja, do designado Império Romano do Oriente?

2. O Sistema de Informações da República Portuguesa (SIRP): princípios a que obedece, limites à sua actuação e sistemas de fiscalização instituídos

2.1. O SIRP foi criado no seguimento do assassinato do médico Issam Sartawi, membro da OLP (Organização para a Libertação da Palestina), numa reunião da Internacional Socialista, no dia 10 de Abril de 1983, no átrio do Hotel Monte Choro, em Albufeira. O agressor conseguiu fugir e o atentado foi mais tarde reivindicado pela organização Abu Nidal.³

O SIRP foi criado para produzir informações necessárias à preservação da segurança interna e externa, bem como à independência e interesses nacionais e à unidade e integridade do Estado (cfr. o artigo 2.º, n.º 2, da Lei Quadro do SIRP – Lei n.º 30/84, de 5 de Setembro). Os Serviços de Informações nacionais integram:

- os Serviços de Informações internos (SIS - Serviço de Informações de Segurança)
 - organismo incumbido da produção de informações que contribuam para a salvaguarda da segurança interna e a prevenção da sabotagem, do terrorismo, da espionagem e a prática de atos que, pela sua natureza, possam alterar ou destruir o Estado de direito constitucionalmente estabelecido (Lei 30/84, artigo 21.º);
 - os Serviço de Informações Externos (SIED - Serviço de Informações Estratégicas de Defesa) - organismo incumbido da produção de informações que contribuam para a salvaguarda da independência nacional, dos interesses nacionais e da segurança externa do Estado Português (Lei 30/84, artigo 20.º).
- Trata-se, pois, de Serviços da República, que lidam com áreas tão

³ Em face do que perguntamos: será que aprendemos devidamente com a nossa História, uma vez que o nosso país foi palco de vários atentados terroristas no passado? A este respeito, v. a declaração de voto do Conselheiro Teles Pereira: «3.1.1.2. Com efeito, a sociedade portuguesa foi atingida nas décadas de 70/80 do século passado por diversos desafios à segurança interna, protagonizados pelo fenómeno do terrorismo, tanto internacional como de âmbito doméstico. Quanto à primeira dimensão (terrorismo internacional), cabe salientar, no final dos anos 70 e começo dos anos 80, de um ciclo de ações, iniciado em novembro de 1979 com um atentado, que causou vítimas mortais, ao Embaixador de Israel em Portugal, prolongando-se esse ciclo até julho de 1983, com o ataque por um grupo arménio à Embaixada da Turquia (que provocou 7 mortos). Configurando terrorismo doméstico – descontando os fenómenos anteriores a 1976 (rede bombista) –, foi a sociedade portuguesa atingida na década de 80 pela atuação de um grupo terrorista nacional, as designadas Forças Populares 25 de Abril (FP/25)» (cfr. p. 132 do Acórdão n.º 464/2019).

sensíveis quanto a segurança interna e externa do Estado português, o Estado de Direito e a preservação das instituições democráticas, bem como com a prática de actos particularmente gravosos para a segurança de todos os que residem em Portugal (cidadãos nacionais ou não).

A existência de Serviços de Informações afigura-se como um dos instrumentos indispensáveis para garantir a segurança nacional, enquanto tarefa fundamental do Estado, segurança, essa, a que aludem os artigos 9.º e 27.º da Constituição. Nessa medida, o decidido pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 464/2019, acaba por afectar significativamente interesses essenciais do Estado Português.

De resto, tanto o Acórdão n.º 403/2015 como, no seu seguimento, o Acórdão n.º 464/2019, partem do pressuposto de que a intervenção dos Serviços de Informações apenas tem lugar na fase da prevenção criminal. Mas será que a actividade de recolha de informações, pelo SIRP, se situa apenas na área da prevenção (antes, por isso, da prática de um crime) ou pode ser coincidente ou suceder mesmo à respectiva prática?

2.2. Os Serviços de Informações encontram-se sujeitos a particulares restrições quanto à sua actividade, designadamente:

- proibição de desenvolvimento de atividades de pesquisa, processamento e difusão de informações que envolvam ameaça ou ofensa aos direitos, liberdades e garantias consignados na Constituição e na lei (Lei n.º 30/84 – artigo 3.º, n.º 1);
- sujeição a todas as restrições legalmente estabelecidas em matéria de defesa dos direitos, liberdades e garantias perante a informática (Lei n.º 30/84 – artigo 3.º, n.º 2);
- desenvolvimento apenas das atividades de pesquisa e tratamento das informações respeitantes às atribuições específicas de cada um dos Serviços que integram o SIRP (Lei n.º 30/84 – artigo 3.º, n.º 3).

Por outro lado, os funcionários ou agentes dos Serviços de Informações não podem exercer poderes, praticar atos ou desenvolver atividades do âmbito ou competência específica dos tribunais ou das entidades com funções policiais, sendo-lhes expressamente proibido proceder à detenção de qualquer indivíduo ou instruir processos penais (Lei n.º 30/84 – artigo 4.º).

Os Serviços de Informações não podem, pois, agir como o fazia a antiga Polícia Internacional de Defesa do Estado (PIDE), no regime anterior a 25 de Abril de 1974, ou praticar actos da mesma natureza.

Prevê, aliás, a Lei Quadro do SIRP, em matéria de deveres e responsabilidades dos funcionários e agentes do SIRP (artigos 28.º e

segs.), sanções criminais e disciplinares severas em caso de incumprimento, incluindo a pena disciplinar de demissão e penas de prisão, havendo casos recentes em que as mesmas sanções foram aplicadas, no seguimento da instauração das correspondentes acções, quer disciplinares, quer criminais.

Será falsa, pois, a ideia peregrina de que, independentemente do sentido do Acórdão n.º 464/2019, os Serviços de Informações poderão ter acesso à informação de que precisam, designadamente através do acesso a metadados, à margem do decidido no referido Acórdão. Não podem, nem devem!

2.3. Os Serviços de Informações encontram-se, por outro lado, sujeitos a diferentes formas de:

- *coordenação interna* (desde logo através do Primeiro Ministro, colocado no topo do SIRP – artigos 15.º e 17.º da Lei Quadro do SIRP, depois pelo Secretário-Geral do SIRP – artigo 19.º e, ainda, pelo Conselho Superior de Informações – artigo 18.º);
- e de *fiscalização externa* (Conselho de Fiscalização do SIRP – artigos 8.º a 13.º e Comissão de Fiscalização de Dados da Procuradoria-Geral da República – artigos 26.º e 27.º).

Não são, pois, serviços com irrestrita autonomia de funcionamento, bem pelo contrário.

2.4. São, por outro lado, Serviços que se integram em redes mais vastas de partilha de informações com serviços congéneres estrangeiros.

Segundo o princípio da impenetrabilidade da matéria, dois corpos não podem ocupar o mesmo espaço, ao mesmo tempo. Transpondo esta regra para a área dos Serviços de Informações:

- o espaço desocupado por um Serviço de Informações nacional será seguramente ocupado por um serviço congénere estrangeiro;
- a partilha de informações pressupõe a troca de informações e esta não ocorre quando a recepção de informação se faz num só sentido - para receber alguma informação útil, há que ter algo para dar em troca.

Como explicar, por outro lado, aos Serviços de Informações estrangeiros, que os Serviços de Informações nacionais não poderão fornecer informação sobre o que se passa em território nacional, designadamente em matéria de terrorismo, se para tanto for indispensável o acesso a metadados?

Uma tal situação não deixará de acarretar uma imagem de falta de credibilidade externa dos Serviços de Informações nacionais e levará seguramente a uma escassez, ou mesmo à ausência, de recepção de informação, proveniente de serviços congéneres estrangeiros, informação essa que poderá revelar-se essencial para prevenir futuros atentados no nosso país.

Daí que ambos os órgãos de fiscalização do SIRP, Conselho de Fiscalização e Comissão de Fiscalização de Dados, tenham emitido pareceres positivos relativamente à publicação da Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de Agosto. O sistema de acesso a metadados, por parte dos Serviços de Informações poderá não ser considerado constitucionalmente admissível, como decidiu o Tribunal Constitucional, mas é seguramente indispensável à manutenção do Estado de direito e à preservação da ordem constitucional portuguesa.

3. Legislação nacional relevante: a Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de Agosto, e a Portaria n.º 237-A/18, de 28 de Agosto

A Lei Orgânica n.º 4/2017 é enformada por diversos princípios que se consideram essenciais à sua adequada aplicação. Entre estes, destacam-se: a *comunicação ao Ministério Público* e a necessidade de *autorização judicial* (artigo 5.º); o estabelecimento de *requisitos* de admissibilidade do pedido em obediência aos princípios da *necessidade, adequação e proporcionalidade* (artigo 6.º); a sujeição a *controlo judicial e autorização prévia* (artigo 8.º); a comunicação imediata ao Procurador-Geral da República de dados que indiciem a prática de *crimes de espionagem* e de *terrorismo* (artigo 13.º); e a sujeição a fiscalização por autoridades públicas. A Comissão de Fiscalização de Dados fiscaliza a qualidade e salvaguarda a confidencialidade e a segurança dos dados obtidos, se necessário oficiosamente, garante o direito de acesso dos cidadãos aos dados que lhes digam respeito, ordena o cancelamento ou rectificação de dados que envolvam violação de direitos, liberdades e garantias consignados na Constituição e na lei e, se for caso disso, exerce a acção penal (artigo 15.º); e o Conselho de Fiscalização do SIRP exerce igualmente o seu poder de fiscalização (artigo 16.º).

Por sua vez, a Portaria n.º 237-A/18, de 28 de Agosto, instituiu o sistema informático SAPDOC (Sistema de Acesso ou Pedido de Dados aos Prestadores de Serviços de Comunicações Electrónicas) – sistema que foi devidamente criado, testado e posto em funcionamento pelo Ministério da Justiça, encontrando-se, pois, em pleno funcionamento.

A legislação nacional oferece, assim, todas as garantias necessárias a um adequado acompanhamento e supervisão, por todas as entidades intervenientes, do processamento de pedidos de acesso a metadados por parte dos Serviços de Informações nacionais e o seu necessário controlo pelos órgãos de fiscalização.

4. Direito da União Europeia: a Directiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho (transposta pela Lei 41/04, 18 de Agosto) e jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)

A Lei Orgânica n.º 4/2017 traduz uma concretização da excepção facultativa ao regime regra da privacidade em matéria de comunicações electrónicas (artigo 15.º, n.º 1 da Directiva), em que se admite a possibilidade de adopção de medidas legislativas destinadas a salvaguardar a segurança nacional, a defesa, a segurança pública e a prevenção de infracções penais (cfr. o n.º 6, p. 16 do Acórdão n.º 464/2019).

Nos termos do artigo 15.º, n.º 1, da Directiva 2002/58/CE deve ter-se por proibida a conservação generalizada e indiferenciada de todos os dados de tráfego e dados de localização de todos os utilizadores e assinantes registados em relação a todos os meios de comunicação electrónica – no caso português, porém, estamos apenas perante um acesso específico a determinados dados, em relação a pessoas concretas e individualizáveis. A regulamentação nacional obedece também à exigência de limitar o acesso a casos de *criminalidade grave* e sujeita a um *controlo prévio por parte de um órgão jurisdicional*.⁴

Por outro lado, a existência de regulamentação nacional sobre medidas de acesso a dados é uma *faculdade* e não uma imposição da União Europeia, havendo lugar a uma margem de determinação dos Estados membros, para a definição de medidas restritivas.

A Lei Orgânica n.º 4/2017 respeita as exigências comunitárias, constantes da Directiva 2002/58/CE, de prevenção da criminalidade grave dos princípios da confidencialidade, do anonimato e da não conservação de dados; bem como os princípios de adequação, proporcionalidade e necessidade, com as salvaguardas adequadas; além das exigências da existência de criminalidade grave, controlo prévio e manutenção dos dados no território da União Europeia. É garantido, do mesmo modo, o acesso posterior e a possibilidade de impugnação por parte dos titulares dos dados (embora, no caso português, por via indirecta, através da intervenção da Comissão de Fiscalização de Dados).⁵

Pode, pois, concluir-se que a legislação nacional, constante da Lei Orgânica n.º 4/2017, parece estar de acordo com o direito da União Europeia, bem como com a jurisprudência do TJUE.⁶

⁴ Cfr. o Acórdão de 21 de dezembro de 2016, *Tele2 Sverige e Watson*, C203/15 e C698/15, EU:C:2016:970, referido a p. 18 do Acórdão.

⁵ Cfr. o n.º 6, pp. 21-22 do Acórdão.

⁶ Neste sentido, v. as declarações de voto do Conselheiro Teles Pereira, que também assume que a

5. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)⁷

A Lei Orgânica n.º 4/2017 respeita igualmente os critérios definidos pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), em especial, no Acórdão de 13 de Setembro de 2018, *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom* (queixas n.ºs 58170/13, 62322/14 e 24960/15).

Embora não estejamos, sequer, no caso português, perante situações de recolha em massa de dados, aquisição de dados de comunicação guardados por empresas fornecedoras de serviços de comunicações ou de intercepção de comunicações, verifica-se o respeito, pela Lei Orgânica n.º 4/2017, dos seguintes critérios constantes da referida jurisprudência do TEDH: a lei é suficientemente tuteladora dos direitos fundamentais; e o regime encontra-se em conformidade com a lei, na medida em que esta foi redigida em termos suficientemente claros, por razões de segurança jurídica; contém regras claras e detalhadas sobre a ingerência por parte de entidades públicas; tem um objectivo legítimo, sendo necessária a intervenção numa sociedade democrática; insere-se no dever estadual de protecção da sociedade contra formas de criminalidade grave, designadamente terrorismo e ameaça aos valores democráticos; as ingerências são autorizadas previamente por um tribunal ou por uma entidade administrativa independente; estabelece garantias adequadas contra a arbitrariedade; e prevê a possibilidade de o titular dos dados questionar os Serviços de Informações sobre dados que lhe digam respeito, através da intervenção da Comissão de Fiscalização de Dados.⁸

II. Análise do conteúdo do Acórdão n.º 464/2019, do Tribunal Constitucional

6. Apreciação preliminar

Observe-se, a título preliminar, que a aprovação do Acórdão que agora se analisará foi pautada por vicissitudes diversas,⁹ que porventura explicam o

Lei Orgânica n.º 4/2017 respeita a jurisprudência do TJUE (cfr. pp. 122-123 e 136 do Acórdão n.º 464/2019), da Conselheira Fátima Mata-Mouros (cfr. p. 141 do Acórdão) e da Conselheira Maria José Rangel de Mesquita (cfr. pp. 156-157 do Acórdão).

⁷ Sobre este assunto, cfr. o n.º 6, pp. 23-26 do Acórdão.

⁸ Cfr. p. 25 do acórdão, que voltaria a este tema mais adiante, a propósito das restrições à reserva de intimidade da vida privada e da protecção de dados pessoais (cfr. p. 38 do Acórdão).

⁹ Além de a sua elaboração ter requerido um tempo excessivo: o processo deu entrada no Tribunal Constitucional em 11 de Janeiro de 2018, foi distribuído à primeira relatora (Maria Clara Sottomayor) em 19 de Dezembro do mesmo ano, foi redistribuído ao segundo relator (Lino Ribeiro) em 17 de Julho de 2019 e foi ultimado em 18 de Setembro do mesmo ano, tendo decorrido 20 meses, durante os quais

manifesto desequilíbrio entre o número de páginas do acórdão propriamente dito e o número de páginas das declarações de voto¹⁰ e inspiram dúvidas sobre a manutenção futura do consenso alcançado: será que os juizes que integraram a composição do Tribunal Constitucional, que aprovou e redigiu o Acórdão n.º 464/2019, manterão no futuro a sua posição? Será que o Tribunal Constitucional, com nova composição, confirmará o entendimento expresso no mesmo Acórdão?

7. Questão de constitucionalidade em apreciação

A questão de constitucionalidade colocada ao Tribunal referia-se à possibilidade de acesso, pelos oficiais de informações do SIS e do SIED a:

- dados de base (artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017) – não são dados atinentes a uma comunicação, mas sim a uma relação contratual entre uma pessoa e uma empresa operadora de telecomunicações, referindo-se à identificação e morada do titular e ao próprio contrato de ligação à rede;
- dados de localização de equipamento (artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017) – não são dados atinentes a uma comunicação, mas abrangem a detecção de dados de localização a partir de um telefone ligado, mas em *stand by*, e/ou através do sistema de satélite GPS ou outro – os dados tratados numa rede de comunicações electrónicas ou no âmbito de um serviço de telecomunicações que indiquem a posição geográfica do equipamento terminal de um serviço de telecomunicações acessível ao público, não podem incluir dados que “*deem suporte a uma concreta comunicação*”;¹¹
- dados de tráfego (artigo 4.º da Lei Orgânica 4/17) – respeitam a comunicações telefónicas através de rede fixa, móvel ou internet (dados de internet que traduzem comunicações intersubjectivas e que exprimem comunicações de massa), e as relativas ao próprio acesso à rede, assim como ao correio electrónico e outras formas de comunicação *on line* (cfr. pp. 25-26 do Acórdão).¹²

a primitiva relatora do Acórdão renunciou ao seu mandato no Tribunal Constitucional, por razões que se prendem, tanto quanto foi anunciado pela própria, com a ultimação da versão final do acórdão.

¹⁰ O acórdão em si mesmo tem 57 páginas (31,5%); mas as 124 páginas restantes (68,5%) são dedicadas às declarações de voto.

¹¹ Quanto a estes, o legislador restringe o acesso aos casos em que seja *indispensável a produção de informações necessárias à salvaguarda da defesa nacional, da segurança interna e da prevenção de actos de sabotagem, espionagem, terrorismo, proliferação de armas de destruição maciça e criminalidade altamente organizada e no seu exclusivo âmbito* (cfr. o n.º 7, p. 25 do Acórdão).

¹² Prevê-se, todavia, o acesso a estes dados apenas para a produção de *informações necessárias à prevenção de actos de espionagem e do terrorismo*.

8. Ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação

8.1. Em causa estava a potencial violação do artigo 34.º, n.º 4 da Constituição (na redacção da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro), segundo qual «É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.»

A respeito deste artigo, afirmou o Tribunal no Acórdão n.º 464/2019: «(...) [O] artigo 34.º da Constituição tem por propósito consagrar e proteger o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, ou seja (...) a liberdade de manter uma esfera de privacidade e sigilo, livre de interferência e ingerência estadual, quer no que respeita ao domicílio (...) quer quanto à comunicação. É, aliás, entendimento doutrinal sedimentado que o âmbito de protecção da norma constitucional abrange todos os meios de comunicação individual e privada, e toda a espécie de correspondência entre pessoas, em suporte físico ou eletrónico, incluindo não apenas o conteúdo da correspondência, mas o tráfego como tal (espécie, hora, duração, intensidade de utilização), excluindo-se apenas a categoria residual de dados pessoais, isolados de qualquer processo de comunicação, efetivo ou tentado.»¹³

Todavia, entendeu também o Tribunal que «o n.º 4 do artigo 34.º da Constituição protege tanto o processo comunicativo quanto o conteúdo da comunicação, sempre que – mas apenas quando – esteja em causa um efetivo processo comunicativo.»¹⁴

8.2. Seguidamente, citando o Acórdão n.º 403/2015, reafirmou o Tribunal que: «Não obstante as restrições legais ao direito à inviolabilidade das comunicações que o legislador está autorizado a estabelecer deverem obedecer à ponderação do princípio da proporcionalidade, a preferência abstrata pelo valor da segurança em prejuízo da privacidade das comunicações só pode valer em matéria de processo penal. (...) Nada autoriza, pois, a admitir uma eventual extensão do âmbito da ressalva final do n.º 4 do artigo 34.º»; concluindo que: «Pode falar-se, por isso, de uma reserva absoluta de processo criminal.»¹⁵

Esta conclusão é justificada pela referência a opções valorativas tomadas aquando da 4.ª e da 5.ª revisões constitucionais, tais como a previsão da extradição de cidadãos nacionais e por crimes puníveis com a prisão perpétua;

¹³ Cfr. o n.º 9.1., p. 30 do Acórdão.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 30-31 do Acórdão.

¹⁵ Cfr. o n.º 9.2., pp. 31-32 do Acórdão.

e a possibilidade de entrada durante a noite no domicílio das pessoas, com autorização judicial.

Mas será que é possível concluir, com segurança, perante uma tal argumentação, que não estamos perante uma “incompletude contrária ao plano normativo” da Constituição, utilizando apenas, como argumento decisivo, que tal conclusão é confirmada, de forma implícita, mas clara, pelas opções valorativas tomadas aquando da 4.ª e da 5.ª revisões constitucionais? Que não estamos aqui perante nenhuma “lacuna oculta”, sobretudo quando, à época da formulação original do artigo 34.º da Constituição, não conhecíamos, sequer, a realidade actual das comunicações electrónicas, nem nos confrontávamos com questões tão prementes de terrorismo internacional?¹⁶

8.3. Ainda a respeito da *reserva absoluta de processo criminal* (e citando novamente o Acórdão n.º 403/2015), reiterou o Tribunal:

«Ao autorizar a ingerência das autoridades públicas nos meios de comunicação apenas em matéria de processo penal, e não para quaisquer outros efeitos, a Constituição quis garantir que o acesso a esses meios, para salvaguarda dos valores da “justiça” e da “segurança”, fosse efectuado através de um instrumento processual que também proteja os direitos fundamentais das pessoas.»¹⁷

Mas não seria, então, preferível assegurar que o regime de protecção dos direitos das pessoas, previsto na lei processual penal, se estendesse também à fase, que poderá ser determinante para a sua concretização, da actividade de produção de informações que visa, justamente, permitir a abertura da investigação criminal, com todas as suas garantias processuais, assim viabilizando “a sequência de atos juridicamente preordenados praticados por pessoas legitimamente autorizadas em ordem à decisão sobre a prática de um crime e as suas consequências jurídicas”?

8.4. Não seria, ainda, mais consentâneo com esta preocupação garantística, a de assegurar que os Serviços de Informações trabalhassem em estreita cooperação e sob supervisão das autoridades judiciais (designadamente para garantir a recolha de prova admissível em tribunal)? Reforçando, desta forma, a garantia da reserva do juiz, não a sua redução (o que justamente a Lei Orgânica n.º 4/2017 pretendeu fazer)?

Será que a preocupação de assegurar o respeito pelos direitos fundamentais das pessoas que no processo criminal se veem envolvidas,

¹⁶ Quando, v.g., nem sequer se tinham dado os atentados suicidas, de 11 de Setembro de 2001, às torres gémeas de Nova Iorque; nem se falava em Estado Islâmico, embora já se falasse da *Al-Qaeda* (fundada em Agosto de 1988 por Osama bin Laden)?

¹⁷ Cfr. o n.º 9.2., p. 32 do Acórdão.

designadamente do arguido, é, só por si, um argumento suficiente e decisivo? As potenciais vítimas decorrentes da não intervenção do Estado, para prevenir, deter ou anular um acto terrorista, não merecerão, também, tutela?

Quantas vítimas serão, então, necessárias para se poder falar da abertura formal de um processo criminal? Os actos preparatórios de um atentado terrorista *não contarão* para este efeito?

9. Tutela da autodeterminação informativa

No que respeita ao direito à autodeterminação informativa, afirmou-se no Acórdão que este confere a cada pessoa o direito de controlar a informação disponível a seu respeito, compreendendo vários direitos:¹⁸

- a) o direito de acesso, ou seja, o direito de conhecer os dados constantes de registos informáticos, quaisquer que eles sejam (públicos ou privados);
- b) o direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis, bem como o direito ao esclarecimento sobre a finalidade dos dados;
- c) o direito de contestação, ou seja, o direito à rectificação dos dados e sobre identidade e endereço do responsável;
- d) o direito de actualização (cujo escopo fundamental é a correção do conteúdo dos dados em caso de desactualização);
- e) o direito à eliminação dos dados cujo registo é interdito;
- f) e, finalmente, o direito a conhecer a finalidade a que se destinam os dados - um direito à autodeterminação sobre informações referentes a dados pessoais, que exige uma protecção clara quanto ao «desvio dos fins» a que se destinam essas informações.

Daqui derivam as exigências jurídico-constitucionais relativas às finalidades das informações: (1) *legitimidade*; (2) *determinabilidade*; (3) *explicitação*; (4) *adequação e proporcionalidade*; (5) *exatidão e actualidade*; e (6) *limitação temporal*.

9.1. Ora, todos estes princípios são já acolhidos pelas disposições aplicáveis aos Serviços de Informações (cfr., designadamente, o Regulamento do Centro de Dados do Serviço de Informações Estratégicas de Defesa (SIED) e do Centro de Dados do Serviço de Informações de Segurança (SIS), aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 188/2017, publicada em 5 de Dezembro de 2017).

No entanto, o texto do Acórdão n.º 464/2019 não faz, estranhamente, nenhuma referência a este Regulamento, que apenas é citado nas declarações

¹⁸ Cfr. o n.º 10, pp. 35-36 do Acórdão.

de voto dos conselheiros Pedro Machete (cfr. pp. 78-79 do acórdão), Maria José Rangel de Mesquita (cfr. p. 155 do acórdão) e Teles Pereira (este, em nota de rodapé – nota 22, cfr. p. 119 do acórdão). Acresce que estes princípios se aplicam desde, pelo menos, 1997 ao SIS, tendo sido posteriormente estendidos ao SIED, após a criação deste.

Não obstante, o Acórdão n.º 464/2019 reconhece que o «legislador constituinte autoriza, de forma explícita, a intervenção do legislador ordinário na esfera dos direitos fundamentais à reserva de intimidade da vida privada e à protecção de dados pessoais», admitindo «excepções ao direito de protecção de dados pessoais, nas várias dimensões em que ele se exprime, designadamente em relação à proibição absoluta de tratamento de certo tipo de dados respeitantes à «vida privada» e à interdição de acesso de terceiros»¹⁹ (cfr. p. 37 do acórdão).

9.2. O Acórdão começa por apreciar a questão relativa aos dados de tráfego, os quais, no entender expresso no Acórdão n.º 464/2019, terão de ser subdivididos em duas categorias: «(i) os dados de tráfego associados a actos de comunicação intersubjetiva e às suas circunstâncias; (ii) e os dados de tráfego desligados de uma intercomunicação subjetiva, como é o caso da consulta de sítios na internet e dos atos de comunicação entre uma pessoa e uma máquina, ou entre máquinas.»

Mesmo, porém, em relação à segunda categoria, os «dados de tráfego encontram-se incluídos no âmbito objetivo de protecção das normas constitucionais atinentes à reserva de intimidade da vida privada e à autodeterminação informativa, protegidas pelos artigos 26.º, n.º 1, e 35.º da CRP.»²⁰

10. O acesso a dados de tráfego que envolvem comunicação intersubjetiva

O Acórdão n.º 464/2019 (tal como, aliás, o Acórdão n.º 403/2015) continua a considerar que os Serviços de Informações recolhem informação para efeitos de prevenção, dissociando-se da actividade própria da investigação criminal. Nessa medida, a recolha de *dados de tráfego* não se destina a investigação ou produção de prova no âmbito de um processo penal em curso.²¹

Mas não é verdade que a recolha de dados de tráfego poderá destinar-se, justamente, à recolha de elementos essenciais para a investigação ou a produção de prova no âmbito de um processo penal a instaurar?

¹⁹ Cfr. o n.º 10, p. 37.

²⁰ Cfr. o n.º 11, p. 38 do Acórdão.

²¹ Cfr. o n.º 11.1., p. 40 do Acórdão.

10.1. Afirmou o Tribunal: «No processo penal, o Estado reage a um facto passado, reconduzível a uma lesão ou a um perigo para bens jurídicos. A atividade do Estado parte da suspeita fundada da prática do facto, tratando-se então de confirmar (ou infirmar) a sua ocorrência, identificar e punir os seus agentes.»²²

Será, porém, sempre assim? Na avaliação de risco de um crime de violência doméstica, por exemplo, dever-se-á esperar pela agressão da vítima, que poderá conduzir à sua morte, para se poder, então, intervir? Não intervém o Estado, muitas vezes, em antecipação do crime cuja preparação está em curso, justamente tendo em vista prevenir males maiores?

10.2. E será, por outro lado, que, pelo facto de os Serviços de Informações, como se afirma no Acórdão, actuarem «pela própria natureza da sua missão, em segredo (...), operam apenas em obediência aos princípios fundamentais da ordem jurídica»?²³

Não têm eles disposições legais específicas que regulamentam detalhadamente a sua actividade, como se viu no início desta intervenção? Não se encontram eles sujeitos a sistemas apertados de tutela interna e de fiscalização externa, com sérias sanções disciplinares e criminais para a eventual violação de direitos e deveres por parte dos seus funcionários e agentes? Não terá justamente a Lei Orgânica n.º 4/2017 querido aproximar, das normas processuais penais, o regime que deverá nortear o acesso, por parte de tais serviços, a dados de tráfego, viabilizando-se, desta forma, a recolha da notícia da próxima prática de um crime, tendo em vista transmiti-la, de imediato, às autoridades judiciais competentes para iniciar ou prosseguir a investigação encetada? Não se pretende, na realidade, assegurar a partilha de informações entre os Serviços de Informações e as autoridades judiciais, tendo em vista assegurar um melhor combate a fenómenos criminais, sobretudo de particular complexidade e perigosidade, designadamente de carácter transnacional?

Curiosamente, a propósito da *prevenção criminal*, o Acórdão não deixa de reconhecer, de forma algo contraditória, o seguinte:

«11.2.3. (...) Ora, como a generalidade das polícias com funções de investigação criminal, desenvolvida nas fases de inquérito ou de instrução de um processo penal, também detêm funções de prevenção quanto às infrações relativas às suas competências, por vezes, verificam-se dificuldades de caracterização e diferenciação entre estes dois domínios, tanto mais delicadas quanto é certo que as regras a observar consoante se atua no domínio da prevenção ou no da investigação, não são – ou podem não ser – as mesmas. O critério formal e tradicional de distinção

²² Cfr. o n.º 11.1.2., p. 40 do Acórdão.

²³ Cfr. o n.º 11.1.2., p. 41 do Acórdão.

entre prevenção e investigação, assente no *tempo* de intervenção das autoridades, perde os seus contornos claros. Os meios ocultos de investigação, mesmo quando partem do processo penal, podem descobrir “crimes” possíveis ou prováveis ou perigos suscetíveis de vir a atualizar-se. Uma prevenção criminal positiva ou pró-ativa, como aquela que o Estado pretende para combater as novas formas de criminalidade organizada, não espera pela prática do crime para começar a investigar e recolher provas. Daí que, em certos casos, a colheita de informação mesmo antes de surgir o *fumus commissi delicti*, para ser valorada num futuro processo penal, possa consubstanciar uma “investigação de campo avançado”, ou de um *tertium genus* ou terceira tarefa da polícia, materialmente elevada ao estatuto de investigação própria do processo penal (...).»²⁴

Porque não aplicar, então, as mesmas regras e a mesma apreciação no âmbito da actividade dos Serviços de Informações, que apresentam características idênticas às acabadas de descrever?

10.3. O próprio Acórdão n.º 464/2019 acaba por reconhecer, a este propósito, que «[n]ão pretendendo negar-se as conexões e semelhanças entre a atividade de recolha de informações, a cargo do SIRP, e o exercício da ação penal, no quadro do processo criminal, a verdade é que, inexistindo processo penal, falta um elemento essencial, no quadro constitucional vigente, para o equilíbrio entre, por um lado, a necessidade de acesso do Estado às comunicações privadas, para garantia de direitos e valores constitucionais como a liberdade e a segurança, e por outro, a obrigação de respeito pelos direitos, liberdades e garantias, como é o caso da inviolabilidade do domicílio e da correspondência, plasmadas no artigo 34.º da CRP.»²⁵

Mas não será, de facto, possível assegurar, no quadro da nossa ordem jurídica, um tal equilíbrio entre a necessidade de acesso do Estado às comunicações privadas e a obrigação de respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, equilíbrio, esse, que parece ocorrer nos restantes países europeus, que permitem um tal acesso?

Neste contexto, o Acórdão volta a referir-se às *garantias constitucionais do arguido*, reconhecendo, porém, que «é possível que, em fase inicial, inexista arguido mesmo em sede de processo penal.» E acrescenta: «fora do processo penal nunca há arguido».²⁶

Dir-se-á estarmos, aqui, perante uma verdade lapalissiana, de natureza tautológica, uma vez que é essa a premissa de que se parte.

²⁴ Cfr. pp. 47-48 do acórdão.

²⁵ Cfr. o n.º 11.1.2., p. 41 do acórdão.

²⁶ *Ibidem*.

Mas não é justamente para garantir a identificação de eventuais arguidos, com o consequente reconhecimento de todos os seus direitos processuais, que a intervenção dos Serviços de Informações poderá ser importante e, até mesmo, decisiva? Salvaguardando-se, assim, a possível defesa de vidas humanas ou a integridade física dos cidadãos desta *res publica*, que nos cabe defender e preservar?²⁷

11. As insuficiências da Lei Orgânica n.º 4/2017

11.1. O Acórdão n.º 464/2019, em apreciação, começa por se referir à «escassa densificação da moldura legislativa»²⁸ desta Lei Orgânica, com utilização de conceitos imprecisos e indeterminados (tais como, “*muito difícil de obter de outra forma*”, “*tempo útil*”).

Mas que outros conceitos se poderão utilizar, por exemplo, no caso de uma situação em que um reconhecido elemento de uma organização terrorista, especialista no recrutamento de novos elementos para a sua organização, se desloca ao nosso país e começa, de imediato, a fazer contactos com diversas pessoas com o fim de proceder a um tal recrutamento?

Será que juízes no topo da sua carreira, presidentes de secções criminais da mais alta instância judicial do país, o Supremo Tribunal de Justiça, com muitos anos de experiência e seguramente elevada qualificação

²⁷ Acompanha-se, pois, nesta parte, a conclusão expressa na declaração de voto conjunta dos Conselheiros Gonçalo Almeida Ribeiro e Joana Costa (cfr. p. 92 do acórdão), de que «os direitos fundamentais estabelecem limites à atuação do poder público, proibindo a compressão excessiva de direitos e liberdades; na sua vertente positiva, os mesmos direitos justificam e impõem a atuação do poder público, proibindo a proteção insuficiente de bens. Na verdade, segurança e liberdade são duas faces da mesma moeda: a segurança sem a liberdade é inútil, a liberdade sem a segurança é impossível.» Bem como quando referem ser «especialmente perversa – e, no limite, absurda – a ideia de a ordem constitucional poder excluir em termos absolutos, através de soluções fechadas ao devir histórico, o uso de meios proporcionais para a sua própria defesa perante ameaças inteiramente novas ou velhas ameaças que se revestem de formas cada vez mais sinistras e agressivas.» (cfr. p. 93 do acórdão) E, também, de que «o acesso a dados de conteúdo no âmbito de um processo penal – domínio em que o potencial de lesão de autodeterminação comunicativa é da máxima intensidade – se não encontr[a] dependente da constituição, nem prévia, nem ulterior, do suspeito como arguido», importando, sim, garantir que não ocorra «a responsabilização criminal de certo agente pela prática de determinado ilícito com base em elementos de prova obtidos através do acesso a dados de conteúdo, ou a dados de tráfego respeitantes a uma comunicação intersubjetiva, à margem de um processo penal formalizado e sem que aí tenham sido asseguradas todas as garantias de defesa inerentes ao estatuto de arguido.» (cfr. pp. 94-95 do acórdão). Também a Conselheira Fátima Mata-Mouros se refere, na sua declaração de voto, à «argumentação circular» do aresto em apreciação, «que não consegue ultrapassar a mera petição de princípio», referindo, como únicos elementos caracterizadores do regime do processo penal, a regra da publicidade e as garantias constitucionais do arguido (cfr. pp. 144-145 do acórdão). E sublinha, também, que «na fase inicial do inquérito criminal inexistente arguido», tal como no regime de acesso por parte de órgãos do SIRP (cfr. p. 145 do acórdão). Por último, a Conselheira Maria José Rangel de Mesquita, na sua declaração de voto, aceita a restrição dos direitos para salvaguarda de valores e princípios fundamentais do Estado (cfr. pp. 169-172 do acórdão).

²⁸ Cf. o n.º 11.1.2., p. 42 do Acórdão.

profissional, não saberão integrar adequadamente os referidos conceitos pretensamente indeterminados? Sabendo avaliar, com a prudência requerida a tão alta instância, se se verificam os elementos necessários para a justeza do pedido formulado pelos Serviços de Informações? Não é esse tipo de avaliação que é normalmente requerido de magistrados judiciais, face a pedidos idênticos formulados por elementos das autoridades policiais, no âmbito do processo criminal?

A este respeito, afirmaram os Conselheiros Gonçalo de Almeida Ribeiro e Joana Costa, na declaração de voto conjunta:²⁹

«É verdade que, na modelação do regime de acesso, o legislador não prescindiu do recurso a um conjunto de conceitos indeterminados, como seja «alvo determinado», «situação de urgência», «muito difícil de obter» e «tempo útil». Todavia, o nível de indeterminação que o recurso a tais conceitos introduz não só tem evidente paralelo no próprio processo criminal que o acórdão toma por paradigma (artigo 187.º, n.º 1, do Código de Processo Penal), como, à semelhança do que ali sucede, serve também aqui o irrenunciável propósito de devolver ao órgão decisor a tarefa de concordância prática de direitos e bens no caso concreto e perante uma suspeita individualizada e circunstanciada.

Ao contrário do que se entende no acórdão, a respeito do acesso aos dados de tráfego, não cremos que fosse exigível ao legislador que enfrentasse a «incerteza de que se reveste o fenómeno do terrorismo» mediante a enumeração das «situações de facto que estão na origem do perigo». Ainda que se admitisse a possibilidade – no mínimo, duvidosa – de o legislador conseguir satisfazer esse nível de exigência, temos por certo que o sistema de acesso perderia grande parte da eficácia preventiva que constitui a sua razão de ser. Na verdade, não só a densificação da moldura legislativa foi levada tão longe quanto o permitido pela natureza da matéria regulada, como chega ao ponto de ser uma virtude do regime, na medida em que a abertura dos conceitos que regulam o acesso é o veículo que possibilita aquela casuística fina através da qual o órgão de controlo define a fronteira entre a ingerência legítima e o abuso de poder. Subscrevemos, assim, tudo o que no acórdão se diz para fundamentar o juízo de não inconstitucionalidade das medidas de acesso previstas no artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, e que nos parece perfeitamente aplicável ao artigo 4.º.»

²⁹ Cfr. as pp. 99-100 do Acórdão.

Veja-se, ainda, a declaração de voto da Conselheira Fátima Mata-Mouros:³⁰

«O recurso a conceitos indeterminados na previsão das normas que estabelecem o procedimento de autorização do acesso aos dados visados pelo Sistema de Informações da República Portuguesa replica a técnica usada nas normas que habilitam a realização no inquérito criminal de medidas de obtenção de prova que configuram ingerência em direitos fundamentais.»

11.2. De seguida, e já a respeito da *natureza administrativa do processo*, apesar da intervenção de magistrados, afirma-se no Acórdão n.º 464/2019³¹ que «(...) a “*formação das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça*”, que fiscaliza o processo não tem uma natureza jurídica bem definida. Ainda que tratando-se de um conjunto de juízes, este tipo de atuação parece situar-se fora do âmbito jurisdicional, pelo que estamos perante uma atuação de natureza administrativa e não judicial. (...)»

Mas como é possível afirmar, por um lado, que este tipo de situação parece situar-se fora do âmbito jurisdicional, e concluir, em seguida, sem margem para dúvidas, que se está perante uma actuação de natureza administrativa e não judicial? Perdem os magistrados a sua qualidade de juízes conselheiros, quando intervêm nos processos que agora lhes são submetidos ao abrigo da Lei Orgânica n.º 4/2017?

Como fundamentar a conclusão de que continua coartada a possibilidade de defesa dos cidadãos contra a ingerência do Estado na sua esfera privada?

Quando o Tribunal Constitucional aprecia, por exemplo, casos de incompatibilidades ou de declarações de rendimentos de titulares de cargos políticos, também uma actuação que se poderá considerar de natureza administrativa, deixa de exercer funções jurisdicionais? Agirá, então, a que título? Como entidade administrativa independente, como parece pressupor o Acórdão n.º 464/2019?³²

De forma algo contraditória e mesmo surpreendente, o Acórdão acaba, no entanto, por reconhecer, mais adiante, que «o risco de abuso é mitigado pela garantia estatutária de independência e imparcialidade dos juízes; o risco de erro é mitigado pela adequação funcional do poder judicial para fazer as ponderações reclamadas pela lei, as quais têm, de resto, uma grande afinidade com as que caracterizam a intervenção do juiz de instrução criminal na fase de inquérito.»³³

³⁰ Cfr. a p. 144 do Acórdão.

³¹ Cfr. o n.º 11.1.2., pp. 42-43 do Acórdão.

³² Cfr. o n.º 12, p. 55 do Acórdão.

³³ Cfr. o n.º 12, p. 56 do Acórdão.

Ora, não se poderia estar mais de acordo com uma tal conclusão, que parece ir justamente em sentido contrário ao propugnado noutros pontos do mesmo Acórdão.

Veja-se, a propósito, a declaração de voto conjunta dos Conselheiros Gonçalo de Almeida Ribeiro e Joana Costa:³⁴

«11. Do ponto de vista dos direitos dos indivíduos visados pelo procedimento, a atribuição da competência para autorizar o acesso aos dados a «uma formação das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, constituída pelos presidentes das secções e por um juiz designado pelo Conselho Superior da Magistratura, de entre os mais antigos destas secções», constitui inequivocamente uma garantia da maior relevância. No exercício dessa função, caberá a tal formação subsumir nos conceitos legais de «*alvo determinado*», «*situação de urgência*», «*muito difícil de obter*» e «*tempo útil*» os factos que lhe sejam submetidos e, através do juízo de ponderação para que remetem, decidir se a suspeita concreta e individualizada invocada pelas autoridades do SIRP tem o *grau de concretização* e o *nível de seriedade* necessários para justificar a ingerência na privacidade individual.

Esta intervenção do Supremo Tribunal de Justiça não é, ao contrário do que supõe a maioria, de *natureza administrativa*. É certo que a distinção entre as funções administrativa e jurisdicional se vai esbatendo à medida que nos afastamos dos casos paradigmáticos, como é aliás comum na generalidade dos conceitos jurídicos, e que a competência de controlo prevista na Lei Orgânica n.º 4/2017 se situa numa zona de indefinição, que porventura reúne características típicas de uma e a outra função. Mas há boas razões para se entender que a formação especial do Supremo Tribunal de Justiça é *ainda* um órgão judicial incumbido de exercer uma função *jurisdicional*. Por um lado, a atividade de controlo é *materialmente homóloga* daquela que, no âmbito de um processo penal pendente, é desempenhada pelo juiz de instrução quanto ao acesso a dados de conteúdo (artigo 187.º do Código de Processo Penal) e de localização celular (n.º 2 do artigo 189.º), sem que ocorra negar-se-lhe natureza jurisdicional. Por outro lado, os membros da formação são juízes, beneficiando das garantias de independência, inamovibilidade e irresponsabilidade e vinculados aos deveres de imparcialidade, defesa dos direitos e realização da justiça – garantias e deveres estes que integram o *estatuto* dos magistrados judiciais e a definição constitucional dos *tribunais*, precisamente porque se adequam ao desempenho da *função jurisdicional*.

³⁴ Cfr. pp. 100-101 do Acórdão.

De resto, o acórdão não retira todas as ilações da suposta natureza administrativa da formação especial do Supremo Tribunal de Justiça. Se a atividade desta integra a administração pública em sentido material, as normas da Lei Orgânica n.º 4/2017 que lhe atribuem competência são inconstitucionais, por violação do n.º 3 do artigo 216.º da Constituição, preceito de que se extrai uma proibição absoluta de os juízes exercerem a função administrativa. Acresce que este órgão de controlo, no entendimento de que não é um verdadeiro tribunal, não pode recusar a aplicação de normas inconstitucionais ao abrigo do artigo 204.º da Constituição, podendo fazê-lo apenas nas condições, francamente estreitadas pelo princípio da legalidade, em que seja admissível a chamada «fiscalização administrativa da constitucionalidade». Assim, debilita-se artificialmente a garantia dos direitos fundamentais.»

Veja-se, também, a declaração de voto da Conselheira Fátima Mata-Mouros:³⁵

«O presente Acórdão classifica o processo de autorização do acesso aos dados como «uma atuação de natureza administrativa e não judicial» (*ponto 11.1.2, (ii)*), daqui retirando que, apesar de representar uma evolução positiva «a transferência da discricionariedade decisória em matéria de acesso aos dados, de órgãos do SIRP para magistrados» permanece «coartada a possibilidade de defesa dos cidadãos contra a ingerência do Estado na sua esfera privada». Uma tal afirmação ignora, porém, que a razão de ser da atribuição da competência aos juízes reside precisamente na tutela preventiva dos direitos dos visados pelas medidas de ingerência em direitos fundamentais, na impossibilidade de estabelecer o contraditório, tal como acontece no inquérito criminal, em obediência à garantia constitucional prevista no artigo 32.º, n.º 4, da Constituição. Trata-se de permitir a realização de diligências de ingerência em direitos fundamentais que, de outro modo, seriam consideradas intoleráveis num Estado de Direito. Mesmo quando estejam em causa atos que não revistam natureza estritamente jurisdicional, a razão de ser da atribuição das decisões que afetam direitos fundamentais à competência do juiz reside nas garantias de independência pessoal e objetiva que o seu estatuto lhe confere e que asseguram um modo de pensar específico do juiz (*«spezifisch richterlicher Denkweise»*, na designação do Tribunal Constitucional alemão) que nunca deverá perder de vista o princípio da adequação entre meios e fins bem como a proibição do excesso.»

³⁵ Cfr. p. 143 do Acórdão.

E, por último, a declaração de voto da Conselheira Maria José Rangel de Mesquita:³⁶

«ii) No que respeita ao *controlo judicial e autorização prévia*, a LO n.º 4/2017 reserva os mesmos agora a «uma formação das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), constituída pelos presidentes das secções e por um juiz designado pelo Conselho Superior de Magistratura de entre os mais antigos destas secções» (art. 8.º e, também art. 5.º, n.º 1) – tendo a Lei de Organização do Sistema Judiciário sido alterada para contemplar tal específica formação das secções criminais (arts. 1.º, n.º 2 e 17.º da LO 4/2017). Assim, diversamente da Comissão de Controlo Prévio prevista no Decreto (cf. artigo 35.º), a formação em causa é configurada como uma (específica) formação das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça (e organicamente emanada destas) – constituída apenas por juízes das secções criminais do mesmo Supremo Tribunal (os presidentes das secções criminais e um juiz, de entre os mais antigos destas secções, designado pelo Conselho Superior de Magistratura). Deste modo, no exercício das competências que são lhe cometidas pela LO n.º 4/2017 – autorização prévia e controlo –, não deixa a formação (específica) em causa, e bem assim os magistrados que a integram, de comungar, em especial, da independência que constitui atributo próprio dos tribunais e da magistratura judicial, o que se revela particularmente relevante num domínio em que estão em causa direitos fundamentais e eventuais restrições aos mesmos. No mesmo sentido parece apontar o artigo 5.º, n.º 1, na parte em que se refere à obrigatoriedade de «autorização judicial prévia» *por aquela formação específica das secções criminais do STJ – segundo o qual essa mesma formação (e a autorização pela mesma obrigatoriamente concedida) constitui «garante [d]a ponderação da relevância dos fundamentos do pedido e a salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente previstos»*.

iii) No que respeita aos traços de regime respeitantes à *apreciação judicial* (resultantes do art. 10.º), a LO n.º 4/2017 – para além dos traços que reproduzem o teor do artigo 4.º (art. 10.º, n.º 2) e regulam os prazos de decisão (art. 10.º, n.º 3, 1ª parte, e n.º 4) – relevam em particular os termos dessa apreciação judicial, tendo o legislador cometido à formação judicial *supra* referida a apreciação da necessidade, adequação e proporcionalidade do pedido e estipulando que tal apreciação, designadamente no que se refere à «justa medida da espécie e da escala de informação obtida», «compreende a definição das categorias de dados de telecomunicações e *Internet* a fornecer pelos

³⁶ Cfr. pp. 152-153 e 175 do Acórdão.

operadores, segundo um juízo restritivo de proibição do excesso que interdição o acesso indiscriminado a todos os dados de telecomunicações e *Internet* de um determinado cidadão, bem como a definição das condições de proteção do segredo profissional» (art. 10.º, n.º 1). Estipula ainda o mesmo preceito que a decisão judicial, sob a forma de despacho, deve ser «fundamentado com base em informações claras e completas, nomeadamente quanto aos objetivos do processamento» (art. 10.º, n.º 3, 2.ª parte). Deste modo o legislador, não só reitera – em consonância com o *supra* referido conceito de «medidas pontuais de acesso» – a interdição de acesso indiscriminado a todos os dados em causa do visado (assim circunscrevendo o acesso a tais dados a um acesso efetuado de modo *seletivo*), bem como impõe – em consonância com as exigências da fundamentação do pedido constante do artigo 9.º, n.º 2 – que a fundamentação da decisão judicial leve em conta informações claras e completas, designadamente quanto aos objetivos do processamento (dos dados cujo acesso estiver em causa).

(...)

Ora, relevam igualmente para tal apreciação e ponderação os traços de regime (atrás apontados) relativos à autorização prévia, seja quanto à natureza do ente competente, seja quanto aos pressupostos de que depende a decisão autorizativa, seja, ainda, quanto aos critérios que presidem à apreciação e decisão. Neste âmbito entende-se, ao invés da maioria, relevar também de modo determinante para o juízo de proporcionalidade em sentido estrito a natureza do ente competente para a autorização prévia (e controlo) – formação específica das secções criminais do STJ, composta apenas por magistrados (mais antigos) que integram aquelas secções. Ora, ainda que, como sustenta a maioria se estivesse tão só «perante uma atuação de natureza administrativa e não judicial» (cf. II, 11. A questão da constitucionalidade do artigo 4.º da Lei Orgânica n.º 4/2017), a natureza da formação em causa (formação organicamente emanada das secções criminais do STJ) e a qualidade de magistrado judicial dos membros que a integram, com os atributos próprios dessa função, em especial a independência, se apresentam como especiais elementos garantísticos, quer da verificação do preenchimento dos pressupostos de que depende a autorização (em particular os mencionados nos arts. 6.º, n.ºs 1, alíneas a) e b)) e da adequada fundamentação «de modo detalhado e circunstanciado» do pedido de acesso (arts. 9.º, n.º 2 e 3, em particular a *suspeita concreta e individualizada* e art. 10.º, n.º 3, quanto às «informações claras e completas» a levar em conta na fundamentação da decisão quanto ao pedido), quer da aferição, necessariamente casuística e com

base naqueles fundamentos, da necessidade, adequação e proporcionalidade do pedido de acesso e da sua justa medida face aos fins previstos na lei de molde a salvaguardar os direitos, liberdades e garantias constitucionalmente previstos.»

11.3. A propósito da *indefinição do sentido e alcance do papel do Procurador-Geral da República*, também apontada pelo Tribunal (cfr. p. n.º 11.1.2., p. 43 do acórdão), afigura-se questionável que se possa falar de indefinição da intervenção do Ministério Público, quando o seu titular máximo é informado, desde o início do processo, do pedido de acesso e posteriormente de toda a tramitação do pedido (informação sobre a deliberação da formação dos juízes, informação sobre a remessa do ficheiro de resposta com os dados, pelo prestador de serviços de comunicações eletrónicas), podendo reagir em qualquer uma destas fases processuais.

Não é tal possibilidade de intervenção do Procurador-Geral da República a expressão do reconhecimento do seu importante papel em defesa da legalidade democrática e de ser ele o titular da acção penal?

E, sobretudo, não é a intervenção do Procurador-Geral da República complementada pelo acompanhamento de todo o processo pela Comissão de Fiscalização de Dados, sediada na Procuradoria-Geral da República e composta por três magistrados do Ministério Público, sendo, desde sempre, a sua presidência assegurada pelo Vice-Procurador-Geral da República em exercício (cfr. arts. 11.º, n.º 1, 12.º, n.º 5, 14.º, n.º 4 e 15.º da *Lei Orgânica* n.º 4/2017), não fazendo o *Acórdão* nenhuma referência à intervenção desta Comissão?

Acompanha-se, por isso, nesta parte, a perplexidade dos Conselheiros Cláudio Monteiro (cfr. p. 85 do acórdão) e Fátima Mata-Mouros (cfr. pp. 141-142 do acórdão), quando concluem, nas respectivas declarações de voto, que ressaltando o artigo 34.º, n.º 4 da *Constituição*, “os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”, tal conceito engloba ainda toda a atividade instrutória realizada pelas autoridades judiciais para fins de prevenção criminal, desde que a estrutura dos seus procedimentos, e das suas garantias, sejam equivalentes à do processo criminal propriamente dito. E a Lei Orgânica n.º 4/2017 acaba por prever ingerências aos direitos fundamentais dos cidadãos que se realizam por procedimentos que oferecem o mesmo nível de garantias que oferece a fase instrutória prévia ao processo criminal, tendo em conta, nomeadamente, que o acesso aos dados é sujeito a controlo judicial e autorização prévia.

Assim como se acompanha a parte em que a Conselheira Fátima Mata-Mouros sublinha que:

«A Lei Orgânica assegura a intervenção do Ministério Público durante o processo (n.º 1 do artigo 1.º) – não como seu responsável, mas sim como terceiro imparcial, fiscal da legalidade e detentor da ação penal, numa lógica de equilíbrio de checks and balances. [...] [E]m todos os domínios relevantes se verifica uma equivalência clara entre o regime objeto de fiscalização (do procedimento de acesso aos dados de tráfego pelos oficiais do SIS e do SIED) e o regime de recolha de prova através dos métodos ocultos de obtenção de prova que têm lugar na fase de investigação prévia à constituição de arguido em inquérito criminal. Ora, cabe dentro do âmbito da autorização constitucional de restrição do direito fundamental à inviolabilidade das comunicações, prevista no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição, um regime preventivo paralelo ao processo penal (...).»³⁷

Bem como a declaração de voto da Conselheira Maria José Rangel de Mesquita, na parte em que afirma:

«Depois, sendo os fins do procedimento de acesso aos dados de tráfego (sempre na específica aceção da LO n.º 4/2017) pelos oficiais de informações do SIS e do SIED previsto no artigo 4.º da LO n.º 4/2017 – produção de informações necessárias à *prevenção de espionagem e do terrorismo* –, identificados por referência a (dois, com a ressalva supra indicada quanto à previsão de punição dos atos e organizações terroristas resultante da transposição da referida Diretiva (UE) 2017/541) tipos de ilícito criminal graves, os mesmos fins – ainda que situados em momento temporal necessariamente prévio às fases preliminares do processo penal, incluindo a fase do inquérito (cf. art. 13.º da LO n.º 4/2017, entendendo-se a prevista intervenção do Procurador-Geral da República no procedimento de molde a assegurar, sendo caso disso, o exercício das competências próprias do Ministério Público, em especial o exercício da ação penal e a defesa da legalidade – cf. arts. 219.º, n.º 1, e 220.º, n.º 2, da Constituição) – se afiguram ainda valorativamente próximos, senão equivalentes, aos fins («matéria de processo criminal») legitimadores da intervenção restritiva pelo legislador previstos expressamente na parte final daquele n.º 4 do artigo 34.º da Constituição (sem que exista neste caso uma ‘simples’ devolução ao legislador da tarefa de fixação dos casos em que tal restrição possa ocorrer, ie, uma autorização explícita do legislador constituinte ao legislador

³⁷ Cfr. pp. 144-145 do Acórdão.

ordinário para legislar sobre os casos de restrição dos direitos fundamentais em causa, sem fixação por aquele do critério a observar pela intervenção deste último, como sucede, v.g., no artigo 35.º, n.º 4, da Constituição, quanto ao direito à autodeterminação informativa e à proteção de dados pessoais, também tido como parâmetro constitucional relevante para a análise da conformidade constitucional das normas sindicadas) – i.e, aos fins que legitimam a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação.»³⁸

11.4. Por último, e a propósito da dificuldade de exercício do direito de acesso aos dados conservados, o acórdão refere-se à intervenção da Comissão de Fiscalização de Dados, mas fá-lo de uma forma profundamente infeliz e inteiramente desajustada da realidade, terminando, até, com uma citação de um parecer da Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd) – que não exerce nenhum papel de fiscalização junto do Sistema de Informações da República Portuguesa –, parecer, esse, que contém informação no mínimo incorrecta, sobre uma eventual inexistência de um dever de colaboração e de prestação de informações, por parte dos Directores do SIS e SIED à Comissão de Fiscalização de Dados.³⁹

Esse dever de colaboração sempre existiu e tem sido, aliás, integralmente respeitado por ambos os Serviços de Informações, designadamente pelos respectivos Directores dos Centros de Dados, ao longo de sucessivas décadas de fiscalização levada a cabo pela Comissão de Fiscalização de Dados.

A referência do Acórdão é tanto mais estranha, quanto a própria Lei de Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 58/2019, de 8 de Agosto) expressamente consigna, no seu artigo 2.º, n.º 3, que «[a] presente lei não se aplica aos ficheiros de dados pessoais constituídos e mantidos sob a responsabilidade do Sistema de Informações da República Portuguesa, que se rege por disposições específicas, nos termos da lei.»

E o Regulamento Geral de Protecção de Dados (RGPD) da União Europeia, aprovado pelo Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016, pelo seu lado, também salvaguarda expressamente, no seu artigo 23.º, as restrições decorrentes de medida legislativa, desde que tal limitação respeite a essência dos direitos e liberdades fundamentais e constitua uma medida necessária e proporcionada numa sociedade democrática para assegurar, designadamente: a) a segurança do Estado; b) a defesa; c) a segurança pública – aceitando o mesmo

³⁸ Cfr. p. 170 do Acórdão.

³⁹ Cfr. o n.º 11.1.2., pp. 43-44 do Acórdão.

Regulamento, por outro lado, a expressa limitação do direito dos titulares dos dados a serem informados da limitação, sempre que tal possa prejudicar o objectivo da limitação (cfr. art. 23, n.º 2, alínea h), do RGPD).⁴⁰

É, aliás, profundamente revelador, quanto ao Acórdão em apreciação, que apenas a declaração de voto do conselheiro Teles Pereira se refira ao facto de as instâncias de controlo do SIRP receberem e tramitarem queixas de particulares relativas às situações objeto de fiscalização, averiguando-se, assim, no seguimento de tais queixas, a respetiva pertinência.⁴¹

12. O acesso a dados de tráfego que não envolvem comunicação intersubjetiva

12.1. De acordo com o Acórdão n.º 464/19, os dados de tráfego na internet que não envolvam comunicações interpessoais, na medida em que permitem identificar o nome, morada e outros dados de identificação do utilizador, são considerados “*dados pessoais*” protegidos apenas pelas *normas gerais* do artigo 35.º da CRP, que admitem restrições em domínios que podem extravasar o âmbito da investigação criminal.⁴²

Mas será que se poderá, então, concluir que o procedimento de recolha de informações através de dados de tráfego, previsto no questionado artigo 4.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, não está orientado para uma atividade *investigatória* de crimes praticados ou a praticar, nem visa reunir «*provas*» do planeamento de crimes organizados de terrorismo? Servirá, nesse caso, para quê? Para aquilo que o Acórdão designa eufemisticamente de “*acumulação funcional de informação por razões preventivas*”?⁴³

⁴⁰ A este respeito, veja-se a declaração de voto da Conselheira Fátima Mata-Mouros (cfr. p. 145 do Acórdão): «De todo o modo, cumpre ainda assinalar que mesmo o já referido RGPD, diretamente aplicável na nossa ordem jurídica, quando prevê os requisitos das medidas legislativas que limitem o alcance das obrigações e dos direitos nele previstos, designadamente para fins de segurança do Estado, defesa, segurança pública ou prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública (artigo 23.º, n.º 1, alíneas a), b, c) e d), do RGPD), prevê como exceção ao direito dos titulares dos dados serem informados do acesso as situações em que tal possa prejudicar o objetivo da limitação (artigo 23.º, n.º 2, alínea h), do RGPD). Claramente que esta exceção seria aplicável no âmbito do regime em análise, tendo em conta os fins prosseguidos. Assim, neste caso, existe a possibilidade de afastamento do direito de ser informado.» V., também, a declaração de voto da Conselheira Maria José Rangel de Mesquita (cfr. pp. 157-160, 164, 176 do Acórdão).

⁴¹ Cfr. pp. 136-137 do Acórdão. Por outro lado, na sua declaração de voto, a conselheira Maria José Rangel de Mesquita refere-se ao facto de a intervenção da Comissão de Fiscalização de Dados poder ser exercida oficiosamente pela mesma Comissão (cfr. pp. 153-155 do Acórdão).

⁴² Cfr. o n.º 12, p. 46 do Acórdão.

⁴³ Ver, a este propósito, a declaração de voto do conselheiro Teles Pereira (cfr. pp. 115 e segs. do acórdão).

12.2. Quanto aos requisitos da necessidade, exigibilidade e proporcionalidade (ou proibição do excesso), crê-se ser claro que, subjacente à Lei Orgânica n.º 4/2017, está a preocupação a que se refere o Acórdão 464/2019, quando exprime a seguinte ideia⁴⁴ (cfr. p. 48 do mesmo acórdão):

«Assim, o princípio da necessidade, uma das dimensões do princípio da proibição do excesso, impõe que o acesso aos dados de tráfego lesivo da autodeterminação informativa se destine a reagir a situações de *perigo suficientemente indiciadas*, ou seja, a situações em que se nada for feito para o evitar, bens constitucionalmente protegidos – como a vida, a liberdade e a integridade pessoal ou a independência e a integridade nacionais – serão provavelmente lesados.»

É esta, justamente, a razão da intervenção dos Serviços de Informações neste âmbito.

O conselheiro Teles Pereira, na sua declaração de voto (cfr. pp. 134-135 do acórdão), aceita as ideias de: 1) adequação; 2) a necessidade da ingerência para propiciar o conhecimento de elementos relacionais que objetivamente expressem uma relação objetivada com os fatores de ameaça pretendidos antecipar; 3) a proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que o acesso se processa individualizadamente, com base numa construção particularmente restritiva, que afasta o perigo envolvido num acesso massificado e não filtrado pela instância de controlo; 4) os dados recebidos, sendo integrados na base de dados do serviço receptor, não serem objeto de partilha.

Posição idêntica é aceite pela conselheira Maria José Rangel de Mesquita, na sua declaração de voto (cfr. pp. 160-161, 172-176 do acórdão): 1) acesso individualizado e não conservação generalizada e indiferenciada dos dados; 2) o acórdão *Tele2/Watson*, ainda que apenas na fundamentação, não deixa de admitir expressamente que as disposições de Direito da União aí interpretadas *não se opõem* a que um Estado adopte regulamentação que permita, a título preventivo, a *conservação seletiva* dos dados de tráfego e de localização, para efeitos de luta contra a criminalidade *grave*, desde que a conservação dos dados observe um conjunto de requisitos.

12.3. Por outro lado, é bem verdade que, num primeiro momento, e como se afirma no Acórdão:

«O apuramento de um “alvo” ou a avaliação de uma “situação de urgência” depende da existência material de pressupostos de facto totalmente escolhidos

⁴⁴ Cfr. o n.º 11.2.3., p. 48 do Acórdão.

pelos serviços de informação e do juízo valorativo que sobre eles faça. O mesmo se passa, aliás, com a própria conexão da informação visada pelo pedido de acesso (seja sobre o “alvo” ou outra informação não especificada) e a prevenção de actos de espionagem ou de terrorismo: os factos que suportam tal pedido, as finalidades que o fundamentam e as razões que aconselham o mesmo acesso são aqueles que os serviços entenderem dever indicar no pedido de autorização (...).»⁴⁵

Podem, assim, «os poderes que a lei confere ao Estado no domínio da prevenção de actos de terrorismo ou de espionagem atingir, pelo menos potencialmente, qualquer pessoa (...)».⁴⁶

Mas, não é justamente para permitir o integral controlo de uma tal avaliação, feita pelos Serviços de Informações, que a Lei Orgânica n.º 4/2017 prevê a intervenção sucessiva de uma formação de juízes conselheiros, do Procurador-Geral da República, da Comissão de Fiscalização de Dados e do Conselho de Fiscalização do SIRP? Sendo certo que, tanto quanto se sabe, até ao momento, a quase totalidade dos pedidos apresentados pelos Serviços de Informações têm recebido acolhimento por parte da formação de juízes do STJ?

12.4. É, por outro lado, duvidoso que se possa concluir, como faz o Acórdão em apreciação que «[a] autorização legal para a invasão legítima nos dados de tráfego não integra sequer como pressuposto um determinado grau de suspeita da prática dos crimes de espionagem e terrorismo, nem o perigo ou a suspeita de perigo concreto está enunciado na lei como objeto possível da ação preventiva. Com efeito, daquele preceito não resulta expresso que a recolha da informação tenha por objeto notícias de factos suscetíveis de fundamentar suspeitas de perigo da prática de determinados crimes contra um número circunscrito de bens jurídicos fundamentais para a comunidade.»⁴⁷

Mas será aceitável partir do pressuposto de que a actuação dos Serviços de Informações, em matéria de tanta delicadeza, se não reveste da necessária exigência quanto à necessidade da intervenção, à sua justeza e à sua proporcionalidade ao fim de segurança que se pretende atingir?

Ao contrário do concluído pelo Acórdão n.º 464/2019, julga-se que se respeita, através da Lei Orgânica n.º 4/2017, a jurisprudência do TJUE, segundo a qual «só pode ser concedido o acesso de uma autoridade pública a dados de comunicação ou de tráfego, mediante critérios determinados e objetivos, definidos

⁴⁵ Cfr. o n.º 11.2.4., p. 49 do Acórdão.

⁴⁶ Cfr. o n.º 11.2.4., p. 50 do Acórdão.

⁴⁷ *Ibidem*.

numa lei clara e detalhada nos seus termos, acessível e de efeitos previsíveis para os cidadãos, e relativa a pessoas suspeitas de estarem a planear ou terem planeado, de estarem a cometer, ou terem cometido um ato terrorista, ou de estarem, de algum modo, envolvidas nessa infração (...).»⁴⁸

É possível, por outro lado, um juízo materialmente fundado de prognose de ocorrência do perigo para um número circunscrito de bens jurídicos de importância extrema para a comunidade, como a vida, o corpo e a liberdade das pessoas, ou a segurança do Estado de direito. Perigo, esse, *previsível, concreto e de verificação altamente provável* (cfr. p. 52 do acórdão) – cabendo aos Serviços de Informações, pela sua natureza e atribuições, formular esses juízos de valor.⁴⁹

Acompanha-se, pois, nesta matéria, a perplexidade expressa pela declaração de voto conjunta dos conselheiros Gonçalo de Almeida Ribeiro e Joana Fernandes Costa, ao concluir não ser exigível, viável, ou sequer desejável que o legislador «densifique» o regime de acesso aos dados de tráfego através da «identificação normativa da situação fáctica que está na origem do perigo».⁵⁰

13. Acesso a dados de base e de localização de equipamento

O Acórdão n.º 464/2019 reconhece, a este propósito (cfr. p. 55 do mesmo aresto):

«O acesso aos dados previstos e com os objetivos fixados no artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, dificilmente pode ser censurado no plano da adequação e da necessidade. Por um lado, é óbvio que a medida é um meio idóneo de produção de informações que se venham a revelar úteis na prevenção dos actos e na tutela dos interesses mencionados na lei. Por outro lado, não há evidência alguma de que existam meios menos lesivos que permitam, com igual eficácia, alcançar os objetivos a que o regime se destina, tanto mais que a lei faz depender a autorização de acesso e a sua manutenção da verificação da necessidade da diligência.»⁵¹

Importa, contudo, averiguar se um regime de acesso a «dados de base e de localização de equipamento», pelos oficiais de informações do SIRP, reprovará no teste da proporcionalidade.

⁴⁸ Cfr. o n.º 11.2.4., p. 51 do Acórdão.

⁴⁹ A este respeito, v. a declaração de voto do conselheiro Lino Ribeiro, pp. 59-60 do Acórdão.

⁵⁰ Cf. p. 88 do Acórdão.

⁵¹ Cfr. o n.º 12, p. 55 do Acórdão.

O Acórdão n.º 464/2019 considerou o acesso a este tipo de dados – «dados de base e de localização de equipamento» – constitucionalmente admissível.⁵²

Importa, em segundo lugar, indagar se o regime, estabelecido na Lei Orgânica n.º 4/2017, limita o acesso aos dados pessoais, referidos no seu artigo 3.º, aos casos concretos em que tal acesso se justifica – ou, pelo menos, reduz a possibilidade de erro ou de abuso a um mínimo possível que se possa ajuizar constitucionalmente tolerável.

Ora, o Acórdão em apreciação conclui, a este propósito, que, para efeitos de prevenção de actos que integram os tipos ou categorias de crimes referidos no artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, o acesso, tal como se encontra regulado na lei, não é desproporcionado. Porém, o Acórdão acrescenta, que semelhante juízo não se pode estender ao segmento da norma que permite o acesso aos dados para efeitos de salvaguarda imediata da defesa nacional e da segurança interna, sem a mediação de critérios de determinabilidade destes conceitos.⁵³

Ora, nesta matéria, julga-se assistir razão à declaração de voto apresentada pelo conselheiro Lino Ribeiro, quando, a propósito da integração dos conceitos de defesa nacional e de segurança interna, crê de remeter para as disposições legislativas internas sobre esta matéria,⁵⁴ embora se compreenda estarmos perante domínios genéricos e algo vagos na sua identificação.

Por outro lado, a conselheira Fátima Mata-Mouros, na sua declaração de voto, considera que as referências à “defesa nacional” e à “segurança interna”, constantes do artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, não têm de ser consideradas como fins inscritos na norma, a par da prevenção de actos que de seguida o preceito identifica por referência a tipos de ilícito penal, mas antes como a limitação do acesso aos dados para a prevenção daqueles crimes que a lei define como integrando o âmbito das atribuições dos Serviços de Informações. De acordo com esta interpretação, nenhum problema de constitucionalidade colocaria também esta norma.⁵⁵

⁵² Cfr. as pp. 55-56 do Acórdão.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Cfr. pp. 58-59 do Acórdão.

⁵⁵ Cfr. pp. 146-147 do Acórdão, e v. também, a declaração de voto da conselheira Maria José Rangel de Mesquita, em sentido idêntico à do conselheiro Lino Ribeiro (cfr. pp. 164-167 do Acórdão). Contra a aceitação destes conceitos, ver todavia a declaração de voto do conselheiro Teles Pereira (cfr. pp. 110-111 do Acórdão).

14. Conclusões

Que conclusões se poderão, então, retirar da prolação do Acórdão 464/2019, de 18 de Setembro, deste Tribunal Constitucional?

Poderemos estar, eventualmente, perante um belo e admirável canto de cisne de uma determinada interpretação tradicional do texto constitucional, respeitante ao artigo 34.º da Constituição.

Sem dúvida que o direito regula o conviver social, mas não é menos certo que o conviver social e as suas necessidades conformam, em sentido inverso, o direito.

A ocorrência de fenómenos particularmente gravosos, como os recentes atentados terroristas ocorridos em diversos países europeus, atentados, esses, normalmente indiscriminados e envolvendo um número crescente de vítimas indefesas, não poderá deixar de nos levar a reflectir sobre o papel do julgador na preservação dos valores essenciais da sociedade em que vivemos e que queremos preservar.

Restrições a direitos individuais, num tal contexto, serão inevitáveis.

Haverá, nessa medida, apenas que garantir, lucidamente, o necessário equilíbrio na ponderação dos valores e interesses conflitantes, encontrando soluções adequadas, necessárias e proporcionais aos problemas a resolver.

Subsiste, pois, a dúvida sobre se não estaremos, em face da prolação do Acórdão n.º 464/2019, em situação próxima da vivida pelo Rei Pirro, do Epiro (Grécia), que derrotou os romanos na batalha de Heracleia, em 280 a.C. (através da utilização de 19 elefantes de guerra, com os quais os romanos nunca se tinham antes confrontado) e na batalha de Ásculo, no ano seguinte. Depois de adulado e cumprimentado pelos seus seguidores, pela grande batalha travada e ganha contra um exército até aí considerado invencível, Pirro limitou-se a responder, com grande sabedoria: *Outra vitória como esta e estou perdido*. Com efeito, havia perdido metade do seu exército em Ásculo, o que lhe foi fatal para a batalha seguinte, em 275 a.C., a batalha de Benevento.

Veremos, por isso, no futuro, se o Acórdão n.º 464/2019 constituirá um marco perene de jurisprudência do Tribunal Constitucional, ou se, pelo contrário, marcará, antes, o início da transição para uma interpretação mais flexível e actualizada do texto constitucional vigente.

*Dignidade, autonomia, personalidade e arrependimento: a quadratura do círculo dos parâmetros de (in)constitucionalidade**

Luísa Neto

*Faculdade de Direito da Universidade do Porto e CIJE-FDUP
lneto@direito.up.pt*

0. A justiça como princípio bioético e imperativo constitucional

Sabemos que a justiça é reconhecido princípio bioético, reconhecido pelo Relatório Belmont e densificado de forma consistente desde então. Mas a justiça é também – e a montante – fim orientador da actuação do Estado, do Estado dito de Direito Democrático. Neste sentido a justiça do que é exigível ou do que é permitido decorre da razoabilidade. O Direito está de facto inevitavelmente endossado a uma filosofia dos valores e o legislador deve escolher um modelo normativo àquela adequado. Assegurar uma certa ordem social é um ideal de justiça que deve orientar os trabalhos do legislador e que pode ser encontrado não na moral individual, porque

* Este texto corresponde a síntese suporta da intervenção oral de 12 de Dezembro de 2019 em seminário organizado pela AATRIC, no Tribunal Constitucional. Trata-se, portanto, de texto corrido, sem indicação acrescida de específicas referências bibliográficas. À data do referido seminário, a versão da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho em vigor correspondia às alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho. Estavam em causa as balizas de enquadramento dos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 225/2018 e 465/2019. Foram várias as iniciativas parlamentares posteriores, v.g. vertidas no Projecto de lei n.º 214/XIV/1.^a (Cidadãos) que visa alterar o regime vigente de forma a permitir a realização de um projeto parental, claramente estabelecido por escrito e decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão, permitindo que a mulher seja inseminada com sêmen do falecido/Projecto de lei n.º 223/XIV/1.^a (PS) que alarga as situações de realização de inseminação post mortem, admitindo o alargamento do recurso a técnicas de procriação medicamente assistida através da inseminação com sêmen após a morte do dador nos casos de projetos parentais expressamente consentidos/

se trata de um domínio que escapa ao direito, mas na moral social que deve regular as relações entre os homens e que faz relevar a distinção entre justificação e justiça.

No contexto que aqui nos ocupa, a justiça distributiva verte-se no reconhecimento de direitos entre os que participam do sistema político. Ora, a previsão cumulativa de novos direitos há-de radicar num esteio discutido em sociedade.

A protecção da escolha procriativa (tradicionalmente tratada com mais desenvolvimento na doutrina anglo-saxónica como *procreative freedom* e que abrange a concepção, gestação e o acompanhamento da criança no seu processo de crescimento ou *childbearing*) é hoje resultado de um entendimento estrutural de uma liberdade simultaneamente negativa e positiva, densificada num direito ao livre desenvolvimento da personalidade que busca a sua concretização no contexto de uma específica consideração política e social.

1. Reprodução e saúde

Declarou a Organização Mundial da Saúde (OMS) que “a saúde reprodutiva aborda os processos, as funções e os sistemas de reprodução em todas as fases da vida”, afastando-se, pois, de uma visão restritiva dos direitos humanos sexuais e reprodutivos tal como foram originariamente incorporados desde a década de 90 do século passado. Mas não nos iludamos: a relação do Direito com a sexualidade e a reprodução é relativamente recente nos debates académicos e nos foros políticos, deslocando-se da prescrição e controle para a consideração da ética e da liberdade.

Projecto de lei n.º 237/XIV/1.^a (BE) que visa permitir a inseminação post mortem da mulher com sêmen do marido ou homem com quem vivia em união de facto para realização de projeto parental claramente estabelecido/Projecto de lei n.º 572/XIV/1.^a (PCP) que visa solucionar os casos em que a mulher iniciou um processo de procriação medicamente assistida, durante a doença do marido ou companheiro, e este falece antes da conclusão dos mencionados procedimentos/Projecto de Lei 71/XIV/1 Alteração ao regime jurídico da gestação de substituição (Sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho/Projeto e Lei n.º 247/XIV/1.^a -Garante o acesso à gestação de substituição, procedendo à sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Discutidas de forma articulada, estas iniciativas corresponderam ao Decreto n.º 128/XIV da Assembleia da República, finalmente aprovado a 25 de Março de 2021, que permitia o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, através da inseminação com sêmen após a morte do dador, nos casos de projetos parentais expressamente consentidos, alterando a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida). Este diploma foi, no entanto, objecto de veto político presidencial, a 22 de Abril de 2021, designadamente à luz do princípio da segurança jurídica e no contexto sistemático das demais normas relevantes do ordenamento jurídico nacional em matéria sucessória. No momento em que se escreve [15 de Outubro de 2021], mantém-se pois em vigor a Lei n.º 32/2006 na versão supra referida de 2019. Por opção da Autora, o presente texto segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico em vigor desde 2009.

Importou, pois, refinar o conceito de direitos reprodutivos, tentando dar precisão ao seu conteúdo, e a importância da escolha reprodutiva como um direito humano universal, ampliando-o como conceito positivo, ainda que o contexto de exiguidade de recursos possa hoje fazer aparecer para o julgador o contexto das *tragic choices* quanto ao financiamento no sector da saúde.

Mas fica uma prevenção inicial: se a decisão do homem para consigo mesmo é condição de justiça, é certo que há liberdades que, *chez le législateur*, não são mais que tolerâncias e que não deveriam ser confundidas com o bem público. Mas não se deve, não se pode confundir a discussão sobre o financiamento público de determinadas condutas e/ou possibilidades técnicas com a discussão sobre a respectiva admissibilidade. Porque os critérios da discussão são distintos. A discussão sobre a justiça inerente à previsão dos eventuais direitos é precedente. Pode, nalguma ou noutra situação, não se convolar em financiamento público, mormente em contexto de crise. Não raro se ouvem vozes contra a não proibição de determinadas condutas utilizar o argumento fácil de que há outras escolhas eventualmente mais merecedoras de alocação de recursos. Mas, aqui, o que me interessa é mais a perspectiva normativa de justiça na identificação dos nós górdios de concatenação entre a possibilidade de escolha individual e a susceptibilidade de limitação estadual em homenagem a outros princípios e não a discussão casuística – ainda que importante – sobre a resolução dos casos em contexto de escassez.

2. Procriação e autodeterminação

Ora, no que tange à procriação – e/ou, apenas para este efeito, reprodução – o parâmetro inevitável é o princípio de auto-determinação entendida como a capacidade de decidir com consciência e maturidade do seu próprio destino.

Eventuais proibições absolutas devem ser adequada e razoavelmente justificadas pela incapacidade de proteger de outra forma interesses de igual valor, pelo que o legislador tem a tarefa de verificar a satisfação dos critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. A referência a esta ponderação é determinante, porque pertence à categoria das medidas destinadas a destacar o direito do legislador a não interferir – ainda que indirectamente – nas decisões relativas à procriação.

Relevamos, nesta sede, *o direito de constituir família* – e a garantia institucional da sua protecção –, no sentido de que a todos é reconhecido o

direito de ver juridicamente estabelecidos os vínculos de parentesco, *a não discriminação entre filhos nascidos do casamento e fora do mesmo*, obstando-se à colocação de entraves ao estabelecimento da filiação fora do casamento.

O princípio de que a decisão de ter um filho – aqui incluído o recurso a técnicas de reprodução assistida – se inclui no âmbito da autodeterminação do indivíduo já tinha sido expresso, de forma muito clara, também pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que o incluiu no escopo técnico de protecção do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O direito ao respeito pela vida privada e familiar tem funcionado como cadinho ou concretização de novos direitos ou de direitos prodromicamente assumidos. E tem sido assumido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos como objecto de adequada ponderação dos interesses privados e públicos, no que tange ao desenvolvimento do conceito de família e ao seu alargamento a novas realidades no sistema da Convenção.¹

A avaliação referida envolve uma consideração da margem de apreciação do Estado – como mecanismo de gestão da hibridez no contexto do pluralismo jurídico global e de diálogo entre níveis de protecção interconexionados mas dotados de autonomia – mas é hoje inegável que a previsão da liberdade de procriação decorre de vários *indirizzi* constitucionais nacionais.

No caso português, a alínea e) do n.º 2 do artigo 67.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) estabelece que incumbe ao Estado regulamentar a procriação medicamente assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana. Apesar da aplicação de instrumentos de direito internacional, como desde logo, a incontornável Convenção de Oviedo, a omissão de previsão normativa específica só veio a ser colmatada após duas décadas de propostas e debates.

3. Dignidade e personalidade

Motiva-nos aqui a perspectiva que decorre da Constituição: a de que, tendo em conta uma linha de interpretação objectivista² no quadro do “estado da arte médica” actual – e mesmo que sem extremos actualistas –, se deve garantir o recurso à procriação medicamente assistida aos sujeitos que necessitem destes meios para cumprir os desideratos constitucionais de

¹ Veja-se o caso *Marckx c. Bélgica* (1979) e, posteriormente, caso *Schalk e Kopf c. Áustria* (2010).

² No mesmo sentido depõem os Relatórios-Pareceres do Conselho Nacional de Ética – 3/CNE/93 – e do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida – 23/CNECV/97 – sobre reprodução medicamente assistida.

livre desenvolvimento da personalidade,³ de constituição de família⁴ e, ainda, de protecção da saúde.⁵

Foi precisamente este o âmbito do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018,⁶ que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de normas da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, na redacção dada pelas Leis n.ºs 17/2016, de 20 de Junho, e 25/2016, de 22 de Agosto (regulamentada pelo Decreto-Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho), que veio permitir a gestação de substituição em situações excepcionais e redefinir um novo modelo português de gestação de substituição – e já não de ‘maternidade’ –, subsidiário e não alternativo, sem material da gestante.

E, ainda que de forma diferenciada, foi também naturalmente o âmbito da discussão do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019.⁷

Inevitavelmente, todo este emaranhado de questões nos interessa, quer pelo que implica de disposição sobre o corpo, quer ainda pela perspectiva do novo ser, que surge no momento da concepção, que inicia o seu próprio ciclo vital estritamente individual, autonomamente gerido sobre o controle

³ E releva ainda o direito à identidade pessoal – no sentido de historicidade acentuado pelo Acórdão n.º 225/2018, ainda que não nos termos feitos relevar na declaração de voto da Conselheira Fátima Mata-Mouros.

⁴ Não se deixe, no entanto, de esclarecer que alguns autores questionaram já se a admissão da inseminação artificial, por si mesma, estaria vedada pela própria Constituição, ao referir-se no artigo 36.º à legítima constituição de família. Esta perspectiva parece, no entanto, absolutamente indefensável.

⁵ Questão diversa – e que deve ser em absoluto autonomizada – é a da discussão do respectivo financiamento, mormente público.

⁶ Com respaldo valorativo também nos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 288/98, 617/2006 e 75/2010. No Acórdão de 2018, estiveram em causa os n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º e, consequentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitiam a celebração de negócios de gestação de substituição a título excecional e mediante autorização prévia; do n.º 8 do artigo 8.º, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admitia a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários; consequentemente, do n.º 7 do artigo 8.º; do n.º 12 do artigo 8.º; das normas do n.º 1, na parte em que impunha uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dâdiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º.

⁷ Neste Acórdão, o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade, por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da Constituição da República Portuguesa, da norma constante do artigo 2.º do Decreto n.º 383/XIII da Assembleia da República: a) na parte em que reintroduz o n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.ºs 59/2007, de 4 de setembro, 17/2016, de 20 de junho, 25/2016, de 22 de agosto, 58/2017, de 25 de julho, 49/2018, de 14 de agosto, e 48/2019, de 8 de julho, fazendo-o transitar para o n.º 13 daquele mesmo artigo, de acordo com a renumeração simultaneamente efetuada; e, em consequência, b) na parte em que, através do aditamento do n.º 15, alínea j), ao artigo 8.º da citada Lei, prevê que os termos da revogação do consentimento prestado pela gestante tenham lugar em conformidade com a norma mencionada em a).

do próprio genoma. Importa ainda olhar especificamente para o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida como prolongamento e efectivação de um direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo, de fio condutor que permite unificar a consideração de actos de disposição total e parcial, por exemplo no que respeita à consideração de disposição relativa a partes destacáveis, mormente no que se refere à susceptibilidade, activa e passiva, de doação e recepção e de matéria corporal envolvida nas referidas técnicas. Se o direito – em termos subjectivos – é, numa conhecida acepção, a permissão normativa específica de aproveitamento de um “bem”, não haverá certamente bem ou objecto mais essencial sobre o qual aquela permissão possa incidir do que o “próprio corpo”.⁸

A questão não deixa de convocar o âmbito de uma concepção lata de *vida privada*, que hoje impõe a ligação com a liberdade corporal e se define como a exclusão de toda a intervenção não consentida de terceiros na vida física do indivíduo.⁹ Esta liberdade corporal da pessoa faz ainda relevar a consideração das limitativas intervenções do Estado fundadas na ordem pública e na saúde pública. Aqui, como noutros domínios, é a possibilidade de escolha que define a liberdade. Ora, as disposições que o Direito adopta para proteger essa vida privada exigem a destriça entre o tecnicamente possível e o humanamente desejável, numa ponderação que há-de romper o silêncio anódino dos laboratórios.

O artigo 3.º da Lei nº 32/2006, de 26 de Julho, explicita que a dignidade da pessoa humana é critério e limite da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida. Mas sabemos bem como o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser invocado como *conversation stopper* ou *knock out argument*, não nos dando, afinal, regra de decisão. A questão estará em saber até que ponto (para aquilo que aqui nos interessa) a prestação de serviços corporais, suportando por exemplo uma gravidez no interesse de outrem, se cifra numa violação da integridade física que vai para além das faculdades de consentimento e autolimitação que são lícitas ao indivíduo, na sua dimensão de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, ou se estamos perante tempos de fertilidade programada.

⁸ LUÍSA NETO, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

⁹ Lembre-se aqui a contestação de uma paternidade não desejada, afirmada v.g. por JORGE MARTINS RIBEIRO, *O Direito do Homem a Rejeitar a Paternidade de Filho Nascido contra a sua Vontade: A igualdade na decisão de procriar*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013. Sobre a questão, nestes termos, da igualdade como concretização da dignidade, veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 346/2015, que no entanto não fornece a final critério de decisão.

Quanto à densificação do princípio propriamente dita, tem o Tribunal sido cauteloso, mesmo antes do acórdão de 2018. Mas, particularmente no Acórdão n.º 101/2009, o Tribunal aplica o princípio da dignidade da pessoa humana como parâmetro de constitucionalidade das opções do legislador, ainda que a Conselheira Maria Lúcia Amaral, no seu voto de vencida, recorde que “*é compreensível que se seja prudente e parcimonioso quanto à densificação do conteúdo de um princípio que, como este, tem em si implicada uma fortíssima carga axiológica (porventura, e daí o seu alcance fundante, a mais forte carga axiológica no sistema dos princípios constitucionais)*; mas uma coisa é o ser-se prudente e outra o ser-se silente”. Em virtude disso, poderia o Tribunal ter-se pelo menos referido à fórmula do objecto¹⁰ para essa concretização que acontece nas situações em que a pessoa é reduzida à condição de simples meio.

No entanto, a reivindicação da utilização do princípio da dignidade da pessoa humana para cercear a contratualização da gestação constitui um uso abusivo do princípio da dignidade – e neste sentido acompanhamos os termos claros da declaração de voto do Conselheiro Gonçalo Almeida Ribeiro –, uma vez que o reconhecimento da autonomia se deve traduzir na possibilidade de ser a própria pessoa, pelo menos em grande medida, a definir quando está ou não a ser instrumentalizada, como aliás refere o próprio Tribunal.

Ora, a gestação de substituição tem uma relevância constitucional positiva, enquanto modo de realização de interesses jurídicos fundamentais dos beneficiários, que, por razões de saúde, ficaram prejudicados. Aliás, o próprio acórdão reconheceu a relevância positiva do consentimento como desenvolvimento da personalidade, tendo o Tribunal recordado a necessidade de avaliação da “intenção subjacente”, do “significado social da acção”, da exigência de consentimento e gratuidade e da inexistência de uma relação de subordinação entre as partes envolvidas.

E esta circunstância foi ainda considerada na análise feita a propósito da inconstitucionalidade da não punição da maternidade de substituição a título gratuito,¹¹ ainda que no Acórdão n.º 225/2018 o Tribunal tenha considerado a dependência económica um argumento fraco.

¹⁰ O Tribunal invocou a fórmula do objecto por exemplo nos Acórdãos n.ºs 426/91, 89/2000 e 144/04.

¹¹ No prévio Acórdão n.º 101/09, aquilo que estava em causa era apenas a constitucionalidade da não criminalização da maternidade de substituição a título gratuito.

4. Consentimento e arrependimento

Na redação originária da Lei n.º 32/2006, e apesar da admissibilidade de procriação medicamente assistida heteróloga, as técnicas de procriação medicamente assistida eram um método subsidiário, e não alternativo, de procriação, com um desenho estrito dos âmbitos subjectivo e objectivo do conjunto de beneficiários que poderia abranger. Percebe-se que a procriação medicamente assistida devesse começar por ser primordialmente garantida aos sujeitos para quem é a única forma de reprodução possível, e não àqueles que, podendo constituir família de outro modo, pretendam o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida com objectivos mais problemáticos, quer do ponto de vista médico, quer do ponto de vista ético. Tratava-se, enfim, de concretizar – quanto ao escopo da constituição de família – o princípio da igualdade vertido no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa. Como se sabe, é esta uma igualdade material, que implica tratar de forma desigual as situações que na sua base se apresentem como desiguais.

A alteração de paradigma resultante das modificações operadas pela Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, e pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, foi evidente: enquanto a primeira alargou a possibilidade de recurso a técnicas de procriação medicamente assistida a todas as mulheres, prescindindo assim de intenção terapêutica no recurso ao procedimento, também regulando, pois, a questão da doação heteróloga com consequências revistas quanto à parentalidade, a segunda das leis referidas veio *ope legis* permitir a gestação de substituição no ordenamento jurídico português enquanto contrato nominado, com especificidades reconhecidas quanto ao objecto, prestações e legitimidade dos sujeitos envolvidos e até quanto à relação com as previsões do artigo 280.º e do n.º 1 do artigo 81.º do Código Civil, que outrora considerou nulos os negócios relativos a órgãos e outras partes destacáveis do corpo humano, com fundamento na contrariedade à ordem pública.¹²

A consideração da protecção das expectativas das partes face, em especial, à (ir)revogabilidade do consentimento foi salientada no Acórdão n.º 225/2018 (v.g. pontos 47 e ss.) para concluir pela desproporção manifesta à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Como refere o Conselheiro Gonçalo Almeida Ribeiro (ponto 8 da sua declaração): “[P]arece-me, com efeito, que a mesma liberdade com fundamento na qual a gestante deve poder celebrar

negócios de gestação de substituição impõe que não fique amarrada a uma gravidez que se lhe tornou insuportável. (...) Do que se trata não é de determinar se, ou em que condições, a gestante pode pôr fim à gravidez – matéria regulada no artigo 142.º do Código Penal –, mas das consequências desse facto na relação jurídica constituída pelo negócio de gestação de substituição. A gestante pode, assim, revogar tacitamente o consentimento dado.”

Em sentido igualmente relevante, a declaração da Conselheira Mariana Canotilho: “A questão do consentimento, nos termos em que agora se coloca, tem tido escassa relevância prática, como demonstram os trabalhos de direito comparado. Contudo, a sua solução, além de ter inegável importância autónoma, é também ponto de partida para a indispensável concordância prática entre direitos e valores em conflito que se colocarão, no futuro, em situações intermédias, e que exigirão soluções novas e ponderadas, quer do legislador, quer dos tribunais. (...) A mulher só pode ser sujeito – e o sujeito central – da gestação de substituição. Por isso, e ainda que a gestação de substituição tenha, inelutavelmente, de ser uma vivência partilhada entre gestante e beneficiários, um percurso interpessoal, mais do que a execução de um contrato jurídico ou a aplicação de uma técnica médica, parece-me inaceitável, do ponto de vista constitucional, uma solução que não reconheça a total liberdade e autonomia da gestante durante todo o processo. O seu consentimento – para ser, a todo o tempo, livre – não pode deixar de ser um consentimento permanentemente renovado, em cada momento, dando-lhe direito ‘ao arrependimento’, ou seja, à revogação do consentimento até à entrega da criança aos beneficiários.”

Será o reconhecimento dos filhos assim gerados – já designados por “filhos convencionais” ou “negociais”, por assentarem numa declaração de vontade a que o direito reconhece efeitos jurídicos – mais um sinal da propalada contratualização ou privatização do direito da família que vem dando protagonismo à autonomia privada nas matérias familiares?¹³ É uma outra dimensão de cidadania que irrompe na vida privada.

5. *Chassez le naturel, il revient à galope*

Chassez le naturel, il revient à galope era um brocardo que se lia sobre a compaginação entre o direito positivo e o direito natural. Numa leitura revisitada não atávica, noutras palavras, tem o dever ser um limite inultrapassável na realidade do ser, nessa outra reserva do possível – a do

¹² Sobre a aplicação das regras civis ao contrato *sub judice* vejam-se, *passim*, as contribuições de André Dias Pereira, Maria Raquel Guimarães, Vera Lúcia Raposo, Rute Teixeira Pedro, in LUISA NETO / RUTE TEIXEIRA PEDRO (coord.), *Debatendo a procriação medicamente assistida*, Porto: Centro de Investigação Jurídico-Económica / Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018.

¹³ Desconsideremos, por não ser o nosso tema *hoc casu*, o estabelecimento das relações de filiação, a consideração do superior interesse da criança – do “melhor interesse da criança” – ou ainda outras possíveis questões específicas de justiça e equidade (v.g. a do destino dos embriões excedentários).

naturalmente possível, que emerge neste caso na impossibilidade de uma execução específica contratual que a todos chocaria.

Sabemos que a discussão do fundamento sustentado da moderna *societas* e do seu *ius* é, porventura, a mais esgotada e esgotante das questões implicadas no pensar do jurista.

Mas: “[O] acordo consigo mesmo não é um caso particular do acordo estabelecido com outros. De igual modo, do nosso ponto de vista, é a análise da argumentação dirigida a outro que nos fará compreender melhor a deliberação para connosco, e não o inverso”.¹⁴ Ou, como escrevia Pascal: “[O] nosso consentimento para connosco é a voz constante da nossa razão”.¹⁵

Assim, não aferiremos das condições de justiça e equidade se neste ponto não burilarmos racionalmente – como Rawls fez, por exemplo – a definição de ‘bem’ nos projetos de vida, sustentando que, para que a respetiva avaliação “possa servir os objetivos da teoria da justiça”,¹⁶ tal projeto de vida é racional se e só se foi escolhido pela pessoa em causa a partir da total consciência dos factos relevantes, fazendo relevar a essência da racionalidade deliberativa.

¹⁴ HERMENEGILDO FERREIRA TORRES, “Retórica, Direito e Democracia: Sobre a Natureza e Função da Retórica”, *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 418 (1992), pp. 179-180.

¹⁵ BLAISE PASCAL, *Oeuvres complètes*: tome 2, Paris: Bibliothèque de la Pléiade, 2013, p. 249.

¹⁶ JOHN RAWLS, *Uma teoria da Justiça* (trad. Carlos Pinto Correia), Lisboa: Editorial Presença, 1993, p. 314.

Gestação de Substituição e Dignidade da Pessoa Humana: A Difícil Saída de uma Encruzilhada – Anotação ao Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional em vista do subsequente processo legislativo*

António Cortês

*Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa
ac@ucp.pt*

1. O problema jurídico da gestação de substituição

A gestação de substituição consiste num acordo, sujeito a diversas condições, em que uma mulher aceita suportar uma gravidez e um parto, em benefício de outrem, a quem entregará a criança. Esta possibilidade tecnicamente exequível, através dos métodos específicos da procriação medicamente assistida, levanta, todavia, questões jurídicas e constitucionais de elevada complexidade, sendo as possíveis soluções normativas discutíveis nos seus pressupostos e problemáticas no seu sentido. Por essa razão, existe diversidade de regimes a nível mundial ou global e diversidade de opiniões, mesmo entre as pessoas que mais a fundo se têm debruçado sobre a matéria.

* Siglas utilizadas: LPMA – Lei da Procriação Medicamente Assistida, Lei n.º 32/2006 e subsequentes alterações; CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida; CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida.

Todo o processo de discussão pública em torno da gestação de substituição é um exemplo paradigmático do facto do “pluralismo razoável” de que fala Rawls, ou seja, da existência nas sociedades democráticas duma pluralidade de mundividências ou doutrinas filosóficas, religiosas e morais que, sendo racionais ou razoáveis, correspondem a diferentes conceções abrangentes do bem, que podem entrar em colisão não apenas nos seus pressupostos abstratos, mas também na solução de problemas concretos. Com efeito, em matéria de gestação de substituição, as opiniões variam em função das diferentes convicções filosóficas, religiosas e morais que as sustentam, e que podem ter influência nos processos legislativos, restando, no entanto, saber que *limites especificamente jurídicos* decorrem do *sistema de direitos e princípios* que – devidamente interpretado e harmonizado pela ciência jurídica (não obstante a interferência de inevitáveis “pré-compreensões” no sentido de J. Esser) – *define a normatividade constitucional*.

Por seu turno, o Acórdão n.º 225/2018, que aqui comentamos e interpretamos, é, com os seus diversos votos de vencido, a prova cabal de que as decisões judiciais em matéria de constitucionalidade e de direitos fundamentais – embora pressuponham uma específica normatividade constitucional e tenham de partir da “ideia regulativa” identificada por autores como Canaris ou Alexy, na linha de Dworkin, de que existe “uma só resposta correta” que se deverá procurar atingir através da fundamentação e da ponderação de argumentos – não têm, em especial nos casos mais complexos, nos *hard cases*, um conteúdo prévio à discussão jurisprudencial, nem são isentas da hipótese do dissenso, nem correspondem necessariamente a uma solução ideal que satisfaça todas as partes (aliás, a margem de insatisfação gerada por uma decisão judicial num *hard case* pode ser minimizada através da fundamentação, mas é, na prática, impossível de evitar). E mesmo após a tomada de decisão é possível discutir a fundamentação e questionar se a decisão foi de facto a mais correta, seja através de votos de vencido, seja através da análise crítica da doutrina e da comunidade jurídica.

Além disso, saliente-se que as decisões do Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização abstrata, são, muitas vezes, um ponto de partida para um novo processo legislativo, com margens de livre conformação mais ou menos consideráveis dentro do quadro da normatividade constitucional vigente. Já houve, aliás, na sequência do Acórdão n.º 225/2018, alterações à Lei da Procriação Medicamente Assistida e está pendente na Assembleia da República, na sequência do Acórdão n.º 465/2019 que confirmou a anterior jurisprudência do acima mencionado Acórdão, um novo processo

legislativo, iniciado pelos Projetos de Lei n.º 71/XIV/1^a e n.º 247/XIV/1^a. Esta anotação pretende dar também algumas indicações para esse processo legislativo, sendo certo que o Acórdão n.º 225/2018 não poderá deixar de ser tido em consideração como um “incontornável ponto de referência no contexto da redefinição (ainda em curso) do nosso regime legal” nesta matéria.¹

A nível global ou mundial, encontramos soluções diversas a respeito da gestação de substituição nos diferentes sistemas jurídicos, de que o Acórdão n.º 225/2018 dá um quadro bastante completo, que aqui resumimos no essencial, avançando sinteticamente, a respeito de cada modelo de base, qual terá sido a razão justificativa fundamental das opções legislativas.

Na generalidade dos países com uma cultura jurídica mais próxima da nossa, como sejam a Alemanha, a França, a Itália e a Espanha, a gestação de substituição é proibida. Tal proibição resultará, no essencial, de se entender que este modo de procriação assistida implica uma inadmissível instrumentalização da gestante, bem como riscos, incertezas e complexidades no que respeita à situação da criança a nascer.

Na grande maioria dos Estados federados dos Estados Unidos da América, como muito paradigmaticamente sucede na Califórnia ou em Nova Iorque, e em Estados do Leste Europeu, como a Rússia ou a Ucrânia, a gestação de substituição é admitida com grande amplitude, podendo mesmo corresponder a uma verdadeira prestação de serviços mediante o pagamento de uma quantia pecuniária. Prepondera a ideia de que a própria liberdade reprodutiva pode ficar sujeita às leis do mercado, podendo as pessoas, por via contratual, disponibilizar livremente o seu corpo, mediante um preço, para gerar uma criança em benefício de terceiros.

Nos únicos dois países da Europa ocidental em que a gestação de substituição está legalmente autorizada, o Reino Unido e a Grécia,² apenas se admite a gestação de substituição gratuita ou altruísta, de modo a evitar o risco de mercantilização do corpo ou de exploração económica da gestante. Na Grécia, o contrato fica sujeito a autorização judicial prévia e a paternidade dos beneficiários ou pais intencionais é reconhecida logo após o nascimento. No Reino Unido, a gestante é mãe da criança até à formalização

¹ RUI MOURA RAMOS, “Apresentação”, in *Gestação de Substituição e Anonimato dos Dadores. Problemas de Legitimidade, Dignidade, Autonomia e Identidade – Acórdão n.º 225/2018*, Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 9.

² V. MIGUEL OLIVEIRA E SILVA, “Que Futuro para a Gestação de Substituição em Portugal? Um olhar bioético”, in *Colóquio Internacional: Que Futuro para a gestação de substituição em Portugal?*, Maria João Antunes / Margarida Silvestre (coord.), Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 49.

da entrega da criança aos pais intencionais num processo judicial especial, que permite certificar uma série requisitos, incluindo o consentimento da gestante quanto à entrega da criança.

Em Portugal, a primeira vez que o sistema jurídico fez menção expressa aos contratos de gestação de substituição foi com a Lei n.º 32/2006 (Lei da Procriação Medicamente Assistida – LPMA), que, na sua versão originária, proibia tais contratos. Esta proibição manteve-se, no essencial, com a declaração com força obrigatória geral das normas que regulam o instituto da gestação de substituição pelo Acórdão n.º 225/2018. Com efeito, apesar de o Tribunal concluir que os contratos não eram constitucionalmente proibidos, só por si, invalidou normas essenciais à definição do regime legal de tais contratos, que ficou assim desprovido de um enquadramento normativo que sustente a legalidade dos procedimentos administrativos perante o CNPMA.

Antes disso, a matéria era regulada pelo Código Civil de 1966, nos termos gerais do direito contratual e do direito da família. Assim, à luz da cláusula geral do artigo 280.º do Código Civil que parametriza a validade dos negócios jurídicos pelos bons costumes e pela ordem pública, concluía Guilherme de Oliveira: “a gestação e entrega do filho, a troca de dinheiro, afecta a dignidade da mulher que vende a sua capacidade reprodutora; e a dignidade do filho que é avaliado em dinheiro e trocado por certa quantia”, sendo certo que “o valor primeiro em que assenta a nossa ordem jurídica é o valor da dignidade humana”.³ No caso de o contrato de gestação de substituição ser gratuito, não haveria porém, só por si, ofensa da dignidade da gestante e da criança, sendo apenas afetado “o princípio da taxatividade dos meios de regular o destino de menores”, que seria, ainda assim, de “ordem pública”. Ora de acordo com a lei, só haveria duas possibilidades para definir a maternidade de uma criança: ou a mãe é a mulher que dá à luz a criança (artigo 1796.º do Código Civil) ou a mãe é a mulher que adota a criança nos termos de um específico processo com intervenção de um tribunal (artigo 1986.º do Código Civil). Além disso, defendia o Autor, mesmo que se admitisse a validade do contrato de gestação, seria sempre de “respeitar o arrependimento da mulher que a seguir ao parto não quer entregar o filho”, fosse porque a renúncia ao estatuto de mãe significa uma limitação dos direitos de personalidade que é revogável, nos termos do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil, fosse por aplicação analógica do artigo 1982.º, n.º 3, do

³ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só (uma) duas! O Contrato de Gestação*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 45.

mesmo Código que determinava que “a mulher que pretende ceder o seu filho para adoção só dá um consentimento válido quando tiver decorrido um mês após o parto”⁴ (atualmente, a lei prevê “seis semanas”).

Com grandes cautelas, não excluía o mencionado Autor, totalmente, que, com uma mudança de mentalidades e através duma solene intervenção legislativa, o sistema jurídico viesse a autorizar a gestação de substituição, mas, naquela época, há cerca de três décadas, essa gestação de substituição parecia-lhe ser “um fenómeno perturbante demais para ser bem aceite”⁵.

A Lei n.º 25/2016, que alterou a LPMA, passou a permitir expressamente os contratos de gestação de substituição gratuitos, verificados determinados pressupostos num específico procedimento de formação do contrato. Podemos descrever o modelo português de gestação de substituição assim legislativamente criado como “*um modelo de admissibilidade limitada (mesmo excecional [...]), assente no espírito de dádiva ou de dom, no altruísmo, baseada em indicações, sujeitas a controlo procedimental*”⁶.

Segundo este modelo o contrato de gestação só é válido em situações médicas de ausência, lesão ou doença de útero que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez, devendo a criança a gerar ser fruto de gâmetas de pelo menos um dos pais intencionais ou beneficiários e não o podendo ser de gâmetas da gestante. Garante-se, assim, o carácter subsidiário, com indicação médica, do processo, e a natureza meramente gestacional do contrato. O contrato tem, além disso, de ser escrito e autorizado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) no quadro de um procedimento de autorização prévia em que se certifique o respeito pelos pressupostos substantivos de validade do contrato, incluindo a gratuidade.

Foi sobre este modelo legalmente resultante da acima mencionada LPMA, a Lei n.º 32/2006, na redação introduzida pela Lei n.º 25/2016, que o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se no Acórdão n.º 225/2018 (e, mais tarde, no Acórdão n.º 465/2019, que o confirmou).

Pretendemos aqui analisar, tão-somente, dois pontos específicos decididos pelo Acórdão: (i) a questão da constitucionalidade da norma do artigo 8.º, n.º 1, da LPMA, que admite a válida celebração dos contratos de

⁴ *Ibidem* 60-65.

⁵ *Ibidem* 98-99.

⁶ V. JOÃO LOUREIRO, “Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação – Tópicos de um roteiro em torno da maternidade de substituição”, in *Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 1400. Note-se, porém, que o Autor é contra a gestação de substituição e considera que, neste específico contexto, o dom ou o altruísmo não produzem bons resultados.

gestação de substituição, e (ii) a questão da constitucionalidade da norma do artigo 8.º, n.º 8, em conjugação com o artigo 14.º, n.º 5, da mesma LPMA, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários.

A questão que aqui levantamos é a de saber se o Tribunal ao aceitar a validade dos contratos de gestação de substituição, mas ao excluir a solução legal de apenas se permitir a revogação do consentimento da gestante até ao início dos processos terapêuticos de PMA não terá colocado a figura legal da gestação de substituição numa encruzilhada mais complexa ainda do que a que poderia resultar, só por si, da consagração legal da gestação de substituição com a Lei n.º 25/2016. Questionamos se o Tribunal terá decidido bem e o que deverá, em consequência, fazer o legislador parlamentar.

Antes de responder às duas questões acima identificadas e à questão de saber se é possível sair da encruzilhada a que o regime da gestação de substituição parece votado, vamos determinar quais os parâmetros normativos a considerar nesta sede problemática e especificar um pouco mais o seu conteúdo ou significado.

2. O significado constitucional da dignidade da pessoa humana no contexto da procriação medicamente assistida

A Constituição da República Portuguesa estabelece no seu artigo 67.º, n.º 2, alínea e), que “incumbe ao Estado, para proteção da família [...] regulamentar a procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”.

A texto constitucional admite, pois, expressamente, a procriação medicamente assistida, estabelecendo um dever de legislar sobre a matéria para proteção de todas as pessoas concretamente envolvidas em processos dessa natureza. Assim, a Constituição não só admite expressamente a procriação medicamente assistida como forma legítima de constituir família, como impõe um dever de legislar sobre a matéria. Simultaneamente, define o parâmetro fundamental a salvaguardar na regulamentação dessa mesma procriação assistida: “a dignidade da pessoa humana”. Com efeito, considerando alguma imprevisibilidade nos desenvolvimentos das técnicas de procriação assistida, a complexidade da matéria e a própria evolução da consciência social, a Constituição optou por se limitar a remeter a parametrização constitucional da procriação assistida para o princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas resta saber o que significa dignidade da pessoa humana para efeitos de regulamentação da procriação assistida. A literatura sobre a dignidade

humana é inabarcável e não cabe na economia de uma anotação jurisprudencial discutir em pormenor essa questão crucial da teoria constitucional e da filosofia do direito. A questão que nos deve ocupar tem, pois, um significado prático específico que é o de saber como é que se salvaguarda a dignidade da pessoa humana na procriação medicamente assistida. Assim, avançamos apenas algumas indicações que podem ser úteis neste domínio e, muito em especial, no que respeita à gestação de substituição.

O Acórdão n.º 101/2009 dá uma indicação que nos pode servir de ponto de partida: “Ao remeter para a dignidade da pessoa humana, o artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição da República, pretende, por conseguinte, primariamente, salvaguardar os direitos das pessoas que mais diretamente poderão estar em causa por efeito da aplicação de técnicas de procriação assistida, e, em especial, o direito à integridade física e moral (artigo 25.º), o direito à identidade pessoal, à identidade genética, ao desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º), [...], e, ainda, o direito à saúde [na sua dimensão negativa] (artigo 64.º)”. A dignidade humana começa por surgir, pois, no artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição, cujo escopo é a *proteção da família*, como um conceito-quadro, para designar a generalidade dos *direitos de personalidade*. Acrescente-se que a dignidade da pessoa humana pode ainda, neste contexto, ser fonte – como reconhece o mesmo Acórdão n.º 101/2009 – de “*direitos não escritos*”, como porventura sucederá com o “direito ao arrependimento” da gestante de que falaremos adiante. Estes direitos de personalidade são todavia – nos termos gerais, isto é, com respeito pelo princípio da proporcionalidade e pelo seu conteúdo essencial – suscetíveis de restrição.

Devido à relevância que teve no Acórdão, merece aqui menção especial o “direito ao desenvolvimento da personalidade”. Em nosso entender, este direito tem essencialmente uma função de tutela geral da personalidade numa perspetiva *dinâmica*, possuindo *duas dimensões essenciais* estreitamente ligadas entre si embora com sentidos diferenciados. Por um lado, protege-se o desenvolvimento das *capacidades ou potencialidades físicas, intelectuais, emocionais e relacionais* de cada pessoa (Martha Nussbaum falaria aqui em “capacidades ou potencialidades centrais”). Por outro lado, protege-se a *autonomia ou autodeterminação responsável* da pessoa na conformação da sua vida, seja em opções triviais do quotidiano seja em opções estruturantes do seu projeto de vida (Isaiah Berlin falaria aqui em “liberdade positiva”).

Deste modo, a forma como o direito ao desenvolvimento da personalidade pode ser afetado na infância ou na vida adulta é diverso, isto

é, acentua de modo *tendencialmente* diferente as duas dimensões essenciais do direito. Assim, as crianças desenvolvem a sua personalidade – isto é, as suas capacidades ou potencialidades físicas, intelectuais, emocionais e relacionais – beneficiando de um processo educativo e de um ambiente familiar adequados. Os adultos desenvolvem a sua personalidade através das opções fundamentais correspondentes ao seu projeto de vida pessoal, que melhor expressão dê às suas capacidades ou potencialidades físicas, intelectuais, emocionais e relacionais. No caso das crianças o direito ao desenvolvimento da sua personalidade realiza-se em ampla medida através dos deveres de cuidado e educação que incumbem prioritariamente aos pais. No caso dos adultos, o direito ao desenvolvimento da personalidade realiza-se essencialmente através da concretização de projetos de vida pessoal e do exercício da sua autodeterminação responsável.

Além disso, é importante também determinar o sentido específico da dignidade da pessoa humana no contexto do biodireito. É aqui decisiva a chamada “fórmula do objeto” de Dürig (formalmente inspirada na filosofia prática kantiana) que o Acórdão n.º 225/2018 invoca. Eis a fórmula: “A dignidade humana é atingida quando o ser humano em concreto é degradado a objeto, a simples meio, a uma realidade substituível”. Esta fórmula, se devidamente entendida, exprime, em nosso entender e pelo menos no contexto do biodireito, a chave de compreensão do sentido constitucionalmente autónomo ou específico, isto é, diferenciado de concretos direitos fundamentais expressamente consagrados, que possamos atribuir ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

A fórmula de Dürig tem, porém, essencialmente, e nas palavras certas do Tribunal Constitucional, um “valor heurístico”. Como esclarece Jorge Reis Novais, “a fórmula do objeto não pode reivindicar uma aplicação mecânica ou meramente subsuntiva das várias dimensões e requisitos que propõe e em que assenta, sem atender à subjetividade e à necessidade de contextualização”.⁷

Mas qual é então o sentido que podemos atribuir à fórmula?

Desde a sua origem, em Dürig, ela significava que a pessoa tem “valor intrínseco”, que os direitos da pessoa e a sua liberdade são algo de “inalienável” e “indisponível”. Dürig salientava que esse “valor intrínseco” implicava respeito pelo “ser humano” que se caracterizaria “pela força do seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e o torna capaz, por sua

própria decisão, de tornar-se consciente de si próprio, autodeterminar-se e projetar-se a si mesmo e ao seu ambiente”.⁸ E acrescentava que o respeito pelo “valor intrínseco” da dignidade não era afastado, nomeadamente, pelo facto de a capacidade de autodeterminação só existir muito diminutamente, nem pelo facto de alguém ter consentido na afetação da sua capacidade de decidir livremente.⁹ É neste contexto que se compreende que ele saliente – em consonância aliás com os termos expressos do artigo 1.º, n.º 1, da Constituição alemã – que a dignidade humana implica não apenas deveres de respeito, mas também deveres de proteção.¹⁰ E é também neste contexto que se compreende a afirmação de que o ser humano não pode ser degradado a “objeto”, “a mero meio”, isto é, não pode ser destituído do valor intrínseco próprio da humanidade ou privado da capacidade ou potencialidade de autodeterminação.

Em oposição ao personalismo abstrato de Dürig, tendeu a dominar a ideia de que “mais do que teorizar sobre a personalidade moral do ser humano”, se devia antes “concordar numa casuística de claras violações da dignidade humana”.¹¹ É este o método tipológico defendido por autores como Badura e H. Dreier e desenvolvido, entre nós, por Jorge Reis Novais para fixar o que designa como o “conteúdo normativamente autónomo” e “absoluto” do princípio da dignidade humana.

Parece-nos, todavia, que, se é certo que a fixação de uma tipologia correspondente ao conteúdo normativamente autónomo e absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana não poderá deixar de pressupor algum gradualismo (o que não significa relativismo) na aplicação prática do mesmo (isto é, na definição do que, em concreto, atinge o *núcleo intangível, imponderável ou absoluto* da dignidade humana), não haverá razão para diminuir o nuclear significado “heurístico” da fórmula de Dürig na determinação desse conteúdo específico ou normativamente autónomo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, podemos dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana deve significar, antes de mais, que a pessoa não pode ser degradada ou anulada no núcleo irredutível da sua autonomia e da sua personalidade física

⁸ V. GÜNTHER DÜRIG, “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde”, in F. Wetz (hrsg.), *Texte zur Menschenwürde*, Stuttgart: Reclam, 2011, p. 214-215.

⁹ *Ibidem*, 216-217.

¹⁰ *Ibidem*, p. 215.

¹¹ CHRISTOPH GOSS, “Würde des Menschen: Restoring Human Dignity in Post-Nazi Germany”, in Christopher McCrudden (ed.), *Understanding Human Dignity*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 82.

⁷ JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2018, p. 122.

e moral. Há, pois, algo de indisponível, inviolável e até irrenunciável, na pessoa: a pessoa, enquanto ser autónomo, sensível e relacional, tem “valor intrínseco”, ou seja, não pode ser tratada apenas como um objeto ou um mero meio útil para fins de terceiros ou do Estado. Deste modo, a pessoa é certamente titular de um “direito à autorresponsável conformação da sua vida”,¹² e a sua personalidade física e moral tem, também, um valor objetivo intrínseco. Além disso, o princípio da dignidade humana implica “não apenas que as pessoas sejam respeitadas na sua autonomia, mas também que haja uma preocupação efetiva pela sua vulnerabilidade”.¹³ Por isso, o princípio da dignidade humana implica uma “especial proteção” ou consideração dos mais frágeis, daqueles que possuem “menor autonomia factual” como sejam nomeadamente as pessoas que vivem na miséria, os doentes ou, ainda, as crianças.¹⁴ Deste modo, quanto mais frágil ou vulnerável for ou se encontrar concretamente a pessoa, quanto mais diminuída estiver na sua autonomia ou mais dependente da assistência alheia para satisfação das suas necessidades ou aspirações humanas básicas, maior deve ser a proteção ou consideração que lhe é concedida pelo Direito.

Assim, no caso da gestação de substituição, a proteção do desenvolvimento da personalidade da criança, que tem valor intrínseco e se encontra numa situação de especial vulnerabilidade, deve ser especialmente forte, sem prejuízo da necessária compreensão da criança como ser em relação com os pais. Além disso, é necessário ponderar a posição dos adultos envolvidos neste processo, cujos direitos de personalidade – incluindo a sua identidade pessoal e o desenvolvimento da sua personalidade que resultam da sua relação efetiva com a criança –, poderão entrar em colisão, caso, após o parto, a gestante, que não pode ser reduzida a “mero meio” ao serviço de outrem, não queira entregar da criança.

Como, porém, conciliar tudo isto na complexa *rede intersubjetiva de vulnerabilidades* – a da criança, a da gestante e da mulher medicamente incapacitada de suportar a gravidez – que estão ou podem estar em causa na gestação de substituição?

¹² ERNST BENDA, “Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht”, in E. Benda / W. Maihofer / H.-J. Vogel, (hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts* (1), 2. Aufl., Berlin / New York: Walter de Gruyter, 1995, p. 186.

¹³ ANTÓNIO CORTÊS, *Jurisprudência dos Princípios: Ensaio sobre os Fundamentos da Decisão Jurisdicional*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 258.

¹⁴ Ver JORGE MIRANDA / ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação ao Artigo 1.º”, in Jorge Miranda / Rui Medeiros (org.), *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 66.

3. A questão da admissibilidade do contrato de gestação de substituição

O Tribunal concluiu que a gestação de substituição, permitindo dar expressão ao direito a procriar ou a ter filhos por parte de mulheres que estão medicamente impossibilitadas de levar a bom termo uma gravidez, não viola, só por si, a dignidade e os direitos da gestante nem a dignidade e os direitos da criança. No entender do Tribunal, não há, pois, na permissão legal do contrato, só por si e em si, violação do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto parâmetro de constitucionalidade da PMA, nos termos expressos do artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição.

O Tribunal começou por reconhecer, na linha da doutrina constitucional mais autorizada, que existe um direito a procriar, como forma fundamental do direito a constituir família – a par do casamento, das uniões de facto e da adoção. Embora o Tribunal não o tenha dito, parece claro que esse direito a procriar, dado que a criança crescerá junto dos pais que a educarão em convívio efetivo, tem uma dimensão prospetiva, permitindo realizar o direito ao desenvolvimento da personalidade dos pais que, ao concretizarem o seu projeto parental e ao cuidarem da criança, estarão a dar, com o misto de dom, altruísmo e afetividade próprio do amor, expressão prática às suas capacidades ou potencialidades físicas, intelectuais, emocionais e relacionais.

O Tribunal considerou, também, que não haveria necessariamente violação da dignidade da gestante. Com efeito, no Acórdão (ponto 24), o Tribunal salientou que a natureza gratuita do contrato é “uma garantia de que a atuação da gestante é verdadeiramente livre e, como tal, expressão da sua autonomia”, não procedendo o argumento da “exploração económica da gestante”. Assim, no modelo português, o contrato de gestação de substituição pressuporia que a gestante age motivada por um “louvável espírito altruísta e de solidariedade”. Não estava, pois, em apreciação no Acórdão, uma vez que as normas objeto de fiscalização não o previam, a gestação de substituição onerosa, tal como é defendida, por exemplo, por Fernando Araújo, em crítica ao modelo de gestação altruísta.¹⁵

O sistema da lei portuguesa, que esteve em apreciação, pressuporá é verdade, em geral, embora não necessariamente, uma prévia relação de proximidade ou de confiança pessoal entre a gestante e o casal beneficiário,

¹⁵ FERNANDO ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 30. O Autor explica que este modelo, em vez da gestação onerosa, “não raro redundará no recurso a «mães portadoras» que são parentes da mãe biológica – da dadora de ovócitos – com todas as complicações de ordem familiar que esse expediente pode acarretar”.

podendo a gestante ser uma familiar ou uma amiga dos membros do casal cuja mulher se encontra definitivamente incapacitada por motivos médicos de suportar uma gravidez. Mas a existência dessa relação de proximidade não coloca certamente em causa a autonomia da gestante, que aceita suportar a gravidez, não por vulnerabilidade económica, mas por espírito de entrega voluntária à felicidade de alguém cujo bem deseja, através da capacidade de gerar vida, e da correspondente autorrealização pessoal aí implicada. Além disso, também não coloca em causa a salutar relação entre a criança e os pais a quem competirá de forma exclusiva o exercício das responsabilidades parentais, no qual a gestante – caso tenha interesse em manter a relação com os pais e com a criança – certamente não quererá interferir.

Deste modo, com o modelo da gestação de substituição altruísta, podemos dizer que se exclui o risco de o motivo principal do acordo e consentimento da mulher gestante, em dispor do seu corpo para suportar uma gravidez por outrem, seja apenas fazer face a uma situação de vulnerabilidade económica, o que implicaria uma grave afetação da sua autonomia física e do livre desenvolvimento da sua personalidade. Tal corresponderia a uma excessiva instrumentalização da sua autonomia corporal e volitiva, o que poria em cheque a dignidade da gestante. Com efeito, no contrato de gestação de substituição há algo que extravasa uma simples relação de trabalho ou de prestação de serviços: há a disposição do próprio corpo nas suas dimensões mais íntimas e há o envolvimento afetivo com uma criança, o que, ao contrário do que geralmente sucederá com um contrato de trabalho ou uma prestação de serviços, não deve, pela natureza pessoalíssima dos bens em causa, ter como motivo determinante o recebimento de um preço.

De qualquer forma, como salientou o Tribunal, a gestação de substituição não constitui só por si uma afetação intolerável da autonomia, dado que a gravidez não é de forma alguma incapacitante no que respeita à generalidade das atividades quotidianas da gestante. Além disso, o regime legal dá garantias de salvaguarda da autonomia da gestante. Muito em especial, o artigo 8.º da Lei da PMA determina que: “não é permitida a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas” (n.º 6), e “o contrato [...] não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade” (n.º 11). Além disso, a gestante deve, antes de dar

o seu consentimento, nos termos do artigo 14.º, ser informada, por escrito, “de todos os benefícios e riscos resultantes das técnicas de PMA [em causa na gestação de substituição], bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas” (n.º 2) e, ainda, “do significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal” (n.º 6). Talvez estas garantias não sejam suficientes. Mas então a discussão já não vai situar no plano da admissibilidade do contrato de gestação de substituição em si mesmo, mas na questão de saber se não serão deficitárias as garantias de autonomia da gestante, nomeadamente, como se verá adiante, no que respeita ao regime do consentimento informado.

Mais crítica, sem dúvida, será a questão da dignidade da criança e do seu direito ao desenvolvimento da personalidade. Com efeito, a gestante é uma pessoa responsável e adulta e age por sua vontade, ainda que por solicitação de terceiros. Já a criança não tem qualquer liberdade de escolha e haverá certamente uma instrumentação da criança, que não se poderá admitir, caso a gestação de substituição implique alguma lesão dos seus direitos de personalidade.

Quanto à dignidade e aos direitos da criança, diga-se que o Tribunal não olhou para a criança isolada, mas antes – e bem – como *ser em relação*, não apenas com a gestante, mas também com o casal beneficiário, os pais intencionais. Com efeito, por muita influência que possa ter a gestante, será essencialmente na sua relação efetiva com os pais que vierem a cuidar da criança que ela construirá a sua identidade pessoal e desenvolverá a sua personalidade. Partiu o Tribunal, no ponto 35 do Acórdão, da premissa factual, obtida por interpretação do Parecer n.º 63/CNECV/2012, de que “o perigo inerente à gestação de substituição para o desenvolvimento da criança reveste um grau de abstração elevado e de significativa incerteza” e acrescentou que de todo o modo “também não se exclui que eventuais impactos negativos não possam ser compensados por uma experiência de parentalidade mais intensa, porque muito desejada e alcançada após a superação de enorme sofrimento”.

Nos votos de vencido do Acórdão houve a alusão a um *princípio de precaução* que não teria sido devidamente considerado. Com efeito, o Acórdão menciona a ideia de precaução, mas não lhe dá porventura a relevância que deveria ter dado. A invocação deste princípio da razão prática é plenamente justificada. Ele nasceu no direito do ambiente – onde surge nos instrumentos internacionais de *soft law* e tem sido crescentemente reconhecido pelas diferentes ordens jurídicas, a nível legal, doutrinal e

jurisprudencial, como um princípio normativamente vinculativo – mas tem maior justificação no domínio da procriação medicamente assistida. Se, apesar da falta de certeza científica sobre a ocorrência de um dano ecológico grave e irreversível, devemos evitar o risco da sua consumação, por maioria de razão e com maior preocupação, devemos, em semelhante circunstância de incerteza científica, evitar os riscos de danos pessoais decorrentes da medicina reprodutiva. Assim, perante a incerteza sobre os riscos envolvidos para a criança na gestação de substituição, esta deveria ser proscrita. Sucede, porém, que o princípio da precaução não impõe, ao contrário do que parece resultar dos mencionados votos de vencido, a abstenção de todo e qualquer risco. Em situação de incerteza científica, dado que o risco é muito abstrato, só se impõe a obrigação de evitar os riscos de um hipotético dano com um grau mínimo de gravidade. Se o dano – que por definição é abstrato ou meramente hipotético (dado que não há certeza científica) – for pouco significativo e/ou facilmente reversível, então o risco da sua ocorrência não obsta à ação arriscada. Ora o Tribunal respondeu, como vimos, que os riscos para o desenvolvimento da criança revestem um elevado grau de abstração, e que, mesmo que se verificasse alguma possível perturbação, não teria gravidade, nem teria efeitos irreversíveis pois poderia ser “compensado”. Note-se que, neste ponto, o Tribunal já não se moveu apenas no domínio da delimitação do princípio da precaução, mas antes da simultânea invocação de um *princípio de compensação*. Ou seja, o Tribunal não excluiu totalmente que possa haver algum risco remoto de perturbação, mas fez prevalecer a ideia de que a criança é um *ser em relação*, que se desenvolverá no *cuidado* e no *afeto* da relação com os pais e que, nesse cuidado e afeto, ficará salvaguardado o bem maior do salutar desenvolvimento da criança.

O Tribunal admitiu, portanto, a validade constitucional da figura dos contratos de gestação de substituição. Porém, como veremos já de seguida, colocou uma condição – a do *direito ao arrependimento da gestante* – que, independentemente da sua justificação, implica não apenas a sua *consagração na legislação*, mas também *outras necessárias e relevantes alterações* ao modelo traçado pelo legislador de 2016, de modo a respeitar o equilíbrio de direitos ou interesses subjacente ao Acórdão.

Em suma, o Acórdão admitiu a validade dos contratos de gestação de substituição, mas, ao colocar como condição o direito ao arrependimento da gestante, sem deixar ao mesmo tempo de reconhecer relevância à posição do casal beneficiário, vai implicar que sejam introduzidas *alterações significativas* ao modelo traçado pela Lei n.º 25/2016.

4. A questão da livre revogabilidade do consentimento da gestante até à entrega da criança

Gostaria de me pronunciar agora sobre a *fundamentação* do Acórdão no que diz respeito ao chamado direito ao “arrependimento” da gestante – isto é, a livre revogabilidade do consentimento da gestante subjacente ao contrato de gestação de substituição até ao momento da entrega da criança. E gostaria também, sem contestar o acerto da decisão final do Acórdão, de dar algumas indicações ao legislador, a fim de que este possa – caso pretenda manter o contrato de gestação de substituição como com toda a probabilidade quererá – sair da encruzilhada que resulta do facto de se admitir, simultaneamente e com fundamento no mesmíssimo princípio (o princípio da dignidade da pessoa humana), a validade do contrato de gestação de substituição e o direito ao arrependimento da gestante.

Nos termos do artigo 8.º, n.º 8, conjugado com o artigo 14.º, n.º 5, da LPMA, o consentimento da gestante só poderia ser revogado até ao início dos processos terapêuticos de PMA. Ou seja, depois de implantado o embrião na gestante já não lhe seria possível revogar o seu consentimento, sendo assim irreversível a renúncia aos deveres e poderes próprios da maternidade que o contrato de gestação de substituição implica (ver artigo 8.º, n.º 1, da LPMA).

Sem contestar, como vimos, que seja constitucionalmente admissível o contrato de gestação de substituição, segundo o entendimento de que este não viola só por si o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, o Tribunal entendeu, porém, que o que poderia violar essa dignidade da gestante e o direito ao desenvolvimento da sua personalidade, por consubstanciar uma excessiva instrumentalização da mesma, comprometendo a sua dignidade, seria não lhe conceder um direito ao arrependimento ou à livre revogação do consentimento, subjacente ao contrato, até à entrega da criança.

Segundo o Tribunal: “Para a gestante o seu consentimento cobre um significativo período de tempo, durante o qual o seu corpo e a sua saúde psicológica e emocional vão sofrendo alterações várias [...] Por isso, o consentimento traduz o exercício do seu direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade com referência a cada uma das fases do processo de gestação de substituição”.

Ora o Tribunal partiu aqui de um pressuposto de que “a gestação é um processo dinâmico e único, em que se cria uma relação entre a grávida e o feto que se vai desenvolvendo no seu seio”. Apoiando-se no Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida, elaborado pelo então presidente do

CNECV, Miguel Oliveira e Silva, em vista do Parecer n.º 63/CNECV/2012, o Tribunal fundou-se em determinados dados de facto, que se podem enumerar: (i) “O recém nascido não é a mesma pessoa de acordo com o útero em que foi gerado: há uma diferente identidade (até epigénica)”; (ii) “A mulher grávida altera a expressão genética de cada embrião”; (iii) “E inversamente o embrião/feto altera a mãe gestatória, para sempre (até no simples plano biológico, já para não falar nos aspetos emocional e espiritual) – nenhuma mulher é a mesma (considerando apenas a biologia, já sem falar na vida psíquica e espiritual) depois de cada gravidez, dado o DNA fetal em circulação materna”; (iv) “A grávida de substituição pode entregar a criança após o parto à “mãe legal-social”, mas terá toda a sua vida na respetiva circulação DNA desse ser humano, possivelmente com consequências na respetiva saúde e comportamento”; (v) “A grávida não se limita a alimentar o feto, altera-lhe a expressão dos genes; o microambiente uterino dá-lhe muito mais do que nutrientes e oxigénio: dá-lhe anticorpos, emoções, reprograma-lhe os genes”. Além disso, acrescenta o Tribunal que o processo de gestação é “um fenómeno dinâmico e imprevisível quanto a uma série de vicissitudes possíveis”.

Entendeu também o Tribunal que, dada a “natureza pessoalíssima” das obrigações decorrentes do contrato de gestação de substituição, “as mesmas só são compatíveis com a dignidade da gestante, na medida em que o seu cumprimento corresponda a uma atuação por si voluntariamente assumida”. Assim, “caso a gestante se venha a opor à execução do contrato de gestação de substituição, é de concluir que uma execução forçada do mesmo, ou uma penalização pecuniária pelo seu incumprimento, devem ser consideradas como uma afetação não realmente consentida da sua personalidade”.

O Tribunal considerou que o direito ao desenvolvimento da personalidade, que subjaz ao livre consentimento da gestante, teria de ser salvaguardado ao longo de todo o processo de gestação até à entrega da criança. Assim, não só “a insuficiência de informação eventualmente viciante do consentimento inicial”, mas também “a alteração posterior e imprevisível da sua vontade em razão das vicissitudes ocorridas durante a gestação ou parto”, implicariam que a sua participação no processo deixaria de corresponder à “afirmação livre e responsável da sua personalidade” e, logo, ao exercício do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, passando assim a verificar-se uma instrumentalização involuntária da gestante, num domínio pessoalíssimo, que compromete a sua dignidade.

Conclui, em suma, o Tribunal que a vontade da gestante, o seu consentimento, tem de se manter “atual” ao longo de todo o processo de gestação e após o parto, sob pena de, perante a ausência de vontade positiva atual, nomeadamente no momento da entrega da criança, a sua participação no processo a degradar a mero instrumento ao serviço da vontade dos beneficiários. Tanto mais que, segundo o Tribunal, o consentimento prestado antes da transferência do embrião não se poderia ter como “totalmente esclarecido – dada a imprevisibilidade de todas as vicissitudes que podem ocorrer durante o período de gestação e durante o próprio parto”.

Por aqui, poderia parecer que o Tribunal entenderia que, na gestação de substituição, seria constitucionalmente exigida uma solução similar à que se verifica na adoção consentida pela mãe biológica, em que esta é totalmente livre de entregar ou não entregar a criança até que haja decisão judicial que opere a alteração dos vínculos de maternidade e/ou paternidade. É neste sentido que vão os Projetos de Lei n.º 71/XIV/1ª e n.º 247/XIV/1ª atualmente em discussão no Parlamento. Estes Projetos tiveram, contudo, parecer negativo do CNECV, por se considerar que a possibilidade da gestante se recusar a cumprir o contrato com uma *decisão de vontade imotivada* não concilia num justo equilíbrio todos os direitos potencialmente em conflito.¹⁶

Ora, a verdade é que o Tribunal, na fundamentação do Acórdão, não teve em vista essa solução, agora apresentada nos Projetos de Lei referidos e contestada pelo CNECV.

Com efeito, o Tribunal terá tido consciência de que, segundo a lei, a criança nunca pode ter origem em gâmetas da gestante e, pelo contrário, tem necessariamente o património genético de um ou de ambos os pais intencionais, acrescendo que não terá sido insensível à situação de especial vulnerabilidade da mulher medicamente incapacitada de suportar uma gravidez. Além disso, também não excluiu que o direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante pudesse ser restringido, desde que de forma que não se afigure desproporcional, ou seja, admitiu que o direito da gestante pudesse ser sujeito à ponderação de outros direitos ou interesses constitucionalmente relevantes.

Por isso, conclui o Tribunal, no ponto 47 do Acórdão, que, em caso de conflito positivo de pretensões parentais, se devem “ponderar, em cada caso”, as razões dos beneficiários e da gestante, no “quadro de uma avaliação casuística” que tenha como “critério principal [...] o superior interesse da criança”.

¹⁶ Parecer n.º 111/CNECV/2020.

Que pensar de tudo isto?

É de questionar se a solução encontrada no Acórdão não inviabilizará, na prática, a gestação de substituição. Com efeito, as pessoas terão mais receio de recorrer à gestação de substituição, pelo facto de a sua situação ficar dependente da vontade da gestante, e de, mesmo existindo provavelmente uma relação de confiança pessoal entre a gestante e o casal beneficiário, se poderem estes ver eventualmente envolvidos num conflito penoso e prejudicial à criança. E de facto, seria assim se a legislação que vier a ser aprovada se limitasse a consagrar um direito ao arrependimento da gestante, sem outras precauções legais que previnam o risco desse arrependimento.

A solução do Acórdão está certa no sentido em que o regime resultante da alteração de 2016 à LPMA – que estatui como efeito imediato do contrato a *renúncia antecipada e automática* ao estatuto de mãe, antes da implantação do embrião, da gestação e do parto, ou sob o efeito imediato deste, e nos termos em que estava previsto na lei a prestação do consentimento inicial no artigo 14.º da lei – pode configurar uma instrumentalização excessiva da gestante, degradando-a a mero meio ao serviço de outrem, mesmo tendo em consideração o seu consentimento voluntário inicial. Com efeito, os efeitos relacionais da gravidez, podem porventura implicar uma transformação psicológica profunda da gestante, de uma forma que não será totalmente previsível no momento em que assina o contrato.

O Tribunal salientou a transformação física e as interferências genéticas que a gravidez implica, mas veio também dizer – como vimos – que, ao longo da gravidez, a “saúde psicológica e emocional [da gestante vai] sofrendo alterações várias” e reconheceu, em consonância com o CNECV, que “nenhuma mulher é a mesma [do ponto de vista não só da sua biologia mas também da sua] vida psíquica e espiritual, depois de cada gravidez”. É certo que a experiência britânica, baseada num modelo de gestação de substituição altruísta tal como o português, demonstra que a generalidade das mulheres gestantes lida bem com a entrega da criança e não se verificam impactos psicológicos negativos futuros.¹⁷ Mas podem ocorrer casos em que a gestante não consiga, sem grave risco para o seu equilíbrio emocional, entregar a criança.

De qualquer forma, cumpre aqui dizer que o que pode justificar e consequentemente traçar os limites do direito ao arrependimento é precisamente a acima mencionada transformação psicológica da gestante e os riscos que daí podem decorrer para a sua saúde interior, no caso de entrega a criança. Não

¹⁷ ANNIE YAU et al., “Medical and Mental Health Implications of Gestational Surrogacy”, in *American Journal of Obstetrics & Gynecology*, Sept. 2020, p. 267.

é a possibilidade, a que o Tribunal chegou a aludir de passagem, da gestante, por sua livre vontade, assumir um “projeto parental próprio”. Parece-nos evidente que a correta leitura do Acórdão leva à conclusão de que são razões ponderosas, nomeadamente razões do foro psicológico intersubjetivamente avaliáveis – e não apenas a vontade subjetiva súbita de assumir, contra um compromisso contratualizado, um projeto parental que era de outros – que, a verificar-se em termos radicais e imprevisíveis, poderá justificar o exercício do direito ao arrependimento e, consequentemente, definir os seus limites.

O Acórdão devia, todavia, ter ponderado mais explicitamente a posição dos pais intencionais e genéticos. Com efeito, foram eles que estiveram na origem do projeto parental de que resulta a criança, que disponibilizaram o embrião com o património genético de pelo menos um deles ou de ambos e que, certamente, terão dificuldade em repetir um novo processo de gestação de substituição, dado que a mulher padece de ausência, lesão ou doença de útero que impede de forma absoluta e definitiva a gravidez e ambos ficarão por certo fortemente vulnerabilizados pela situação conflitual criada com a gestante que se recusar a entregar a criança (a perda de chance do casal beneficiário é, com grande probabilidade, definitiva). Acresce que a genética está muito longe de ser o único ou mesmo o decisivo elemento definidor da identidade pessoal e da personalidade, seja da criança, seja da gestante, seja dos pais intencionais. Mas se o Acórdão invocou a relevância da genética para firmar a posição da gestante não poderia deixar de fazer o mesmo quanto à posição dos pais. Finalmente, em todo este processo, estão também em causa direitos de personalidade dos pais intencionais, que também não podem, sob pena de instrumentalização da sua autonomia, ser tratados como mero objeto do arbítrio da gestante, resultante da denúncia imotivada do contrato.

Com efeito, não se pode esquecer que a situação criada com a eventual não entrega da criança é de *colisão de direitos de personalidade*. Como diz Sousa Ribeiro: “Em todo o processo está presente, como marca identificadora, o exercício do direito dos beneficiários ao *desenvolvimento da personalidade* e a *constituir família*, em vista de integrar na sua *identidade pessoal* a condição de pais, de acordo com a sua conceção de vida com sentido”.¹⁸

Não pretendemos com isto, porém, tirar a conclusão de que o Acórdão decidiu mal. Tanto mais que, apesar de não o ter feito claramente, é evidente que – como dissemos – teve em consideração a posição dos pais intencionais.

¹⁸ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Breve Análise de Duas Questões Problemáticas: O Direito ao Arrependimento da Gestante de Substituição e o Anonimato dos Dadores”, in *Colóquio Internacional: Que Futuro para a gestação de substituição em Portugal?*, cit., p. 32.

Só isso explica que o Tribunal tenha admitido (no já citado ponto 47 do Acórdão) que, no caso de arrependimento, a colisão de pretensões parentais fosse resolvida no quadro de uma *ponderação “em cada caso”*. Ora, assim sendo, o direito ao arrependimento da gestante não pode ser tido como um direito absoluto.

A solução dada pelo Acórdão implica, porém, alterações legislativas consideráveis. Com efeito, o arrependimento – pondo em causa o projeto parental dos pais intencionais e genéticos, e gerando, portanto, uma situação de conflito – não é desejável, devendo ser prevenido ou evitado pela lei. Acresce que, para a hipótese de haver arrependimento, deverá a lei gizar um critério normativo para definir a sua relevância e os seus limites.

5. A execução legislativa do Acórdão e a difícil saída da encruzilhada

Passamos de seguida a dar algumas sugestões para que o legislador parlamentar possa, respeitando os pressupostos do Acórdão, sair da encruzilhada que resulta da simultânea admissão (à luz do princípio da dignidade da pessoa humana) dos contratos de gestação de substituição e do direito ao arrependimento da gestante até à entrega da criança.

Comece por se dizer que é indiscutível que, dentro dos pressupostos do Acórdão, o legislador deverá fixar um *prazo máximo* (porventura, e sem prejuízo de melhor reflexão, entre 6 e 12 semanas) *dentro do qual deverá ser formalizada a entrega da criança*. A não fixação de um prazo gerará uma situação de incerteza a todos os títulos nociva. Deverá, portanto, haver no procedimento uma *formalização da entrega da criança*, a operar dentro de determinado limite temporal.

Depois, como dissemos, a lei deverá *prevenir o risco de conflito positivo de pretensões parentais*. É claro que este risco será reduzido no caso da existência de uma prévia relação de proximidade e confiança pessoal entre a gestante e os pais intencionais. Mas os *contornos dramáticos* que um conflito da natureza do que pode estar aqui em causa pode assumir, impõem que a lei tome a seu cargo medidas mínimas de prevenção dos danos de bens de personalidade que podem ocorrer.

Desde logo, a lei deverá estabelecer uma nova condição procedimental e uma nova condição substantiva do contrato de gestação de substituição, de modo a garantir o caráter plenamente informado do consentimento inicial da gestante.

Assim, as exigências procedimentais do *consentimento informado inicial* da gestante têm de ser reforçadas. A LPMA deverá estabelecer expressamente,

no seu artigo 14.º, que *a consistência das motivações altruístas da gestante, a sua determinação em entregar a criança após o parto e a ausência de riscos para a sua saúde decorrentes dessa entrega*, deverão ser psicologicamente avaliadas, por profissionais qualificados para o efeito, no processo de autorização do contrato junto do CNPMA, e mais exatamente no momento do consentimento inicial.¹⁹ De modo a prevenir adequadamente o dramático conflito que resultará dum possível arrependimento da gestante, esta *avaliação do impacto psicológico* do processo de gestação de substituição deverá ser *levada a sério (não podendo ser uma mera formalidade)*, segundo o elementar princípio da razão prática de que mais vale prevenir do que remediar. Esta avaliação de impacto psicológico deve ser feita em diálogo com profissionais qualificados para o efeito, mas não em conjunto com os pais intencionais, de modo a garantir a total liberdade de reflexão e comunicação da gestante antes de se iniciarem os processos terapêuticos.

Além disso, para “minimizar” a imprevisibilidade dos efeitos da gestação na gestante, e, conseqüentemente, “o sentimento de perda e o risco de arrependimento aquando da entrega da criança após o parto”, a LPMA deveria prever – como propõe Margarida Silvestre – que *a gestante já tenha filhos*.²⁰ O Projeto n.º 71/XIV/1ª prevê esta condição a título meramente preferencial, nos termos seguintes: “*Sem prejuízo das concretas circunstâncias do caso o poderem impedir, a gestante de substituição deve ser, preferencialmente, uma mulher que já tenha sido mãe*”. O Parecer do CNPMA de 18 de outubro de 2020, que se pronunciou sobre este projeto, é mais categórico e prevê esta condição como essencial ou necessária, da forma que se segue: “*Apenas pode ser gestante de substituição a mulher que seja mãe de pelo menos uma criança por si gerada e que sempre tenha mantido quanto a esse ou esses seus descendentes, sem qualquer limitação, todos os direitos e deveres de responsabilidade parental*”.

Tendemos a concordar com a posição do CNPMA, pelo menos na parte em que exige a obrigatoriedade do requisito de a gestante já ter filhos. Na verdade, a experiência da gestação e do nascimento será menos surpreendente e imprevisível se não se tratar da primeira gravidez e parto, o que aumenta consideravelmente o pleno esclarecimento da gestante, como pressuposto da sua autodeterminação responsável, no momento do consentimento inicial

¹⁹ Recorde-se que já o Parecer n.º 63/CNECV/2012 exigia como condição de admissibilidade da gestação de substituição que: “As motivações altruístas da gestante devem ser previamente avaliadas por equipa de saúde multidisciplinar, não envolvida no processo de PMA”.

²⁰ MARGARIDA SILVESTRE, “Que Futuro para a Gestação de Substituição em Portugal? Um Comentário”, in *Colóquio Internacional: Que Futuro para a Gestação de Substituição em Portugal?*, cit., p. 47 s.

no processo de gestação de substituição. Não excluimos totalmente que, em situações de impossibilidade, se possa admitir excepcionalmente que uma mulher que não tem filhos seja gestante para outrem, tanto mais que uma mulher já com filhos poderá porventura ter algum tipo de enquadramento familiar que possa dificultar a sua disponibilidade. No entanto, abdicando desta condição, o risco de arrependimento da gestante obviamente aumenta e o seu direito ao arrependimento ganha peso num eventual conflito de pretensões parentais. Com efeito, se a gestante nunca tiver tido a experiência da maternidade torna-se mais difícil – em consonância com os termos em que o Acórdão justifica o direito ao arrependimento – presumir a prevalência da posição do casal beneficiário em caso de conflito (tal como adiante propomos, no pressuposto de que, para além da mulher beneficiária se encontrar definitivamente incapacitada de levar a cabo uma gravidez, a gestante já tenha filhos e tenha sido devidamente levada a sério a avaliação de impacto psicológico acima defendida para o momento do consentimento inicial).

Por fim, a LPMA deveria, ainda, prever que seja assegurada no procedimento, isto é, desde o início dos processos terapêuticos até à entrega da criança, não só o *necessário apoio psicológico da gestante ao longo de todo o processo*,²¹ mas ainda, a possibilidade de, *nesse quadro profissionalmente assistido, poder haver, eventualmente, alguma forma de encontro periódico entre a gestante e os pais intencionais*. O Projeto de Lei n.º 71/XIV/1ª prevê esse apoio psicológico continuado, mas como direito subjetivo da gestante, ou seja, a título meramente facultativo, e o Projeto de Lei n.º 247/XIV/1ª prevê o eventual acompanhamento da gestante pelos pais intencionais, mas sem qualquer mediação profissional. Defendemos, diferentemente, que a lei consagre um *adequado modelo dialógico de acompanhamento da gestante*, que se processe deontologicamente sem pôr em causa a autonomia e autorresponsabilidade da gestante, mas que, ao mesmo tempo, tenha em consideração a complexidade humano-relacional e interativa que a gestação de substituição implica e reduza o risco de arrependimento e de um consequente penoso conflito.

Parece-nos que com as condições procedimentais e a condição substantiva acima elencadas, a que acrescerá a relação de confiança pessoal provavelmente existente entre a gestante e os pais intencionais, serão *muitíssimo raros os casos em que a gestante se oponha à entrega da criança*. A verdade, porém, é que mesmo o altamente improvável não é impossível.

²¹ *Ibidem*, p. 48. Aí se propõe que o apoio psicológico à gestante durante a gravidez e após o parto seja obrigatório.

Para esses casos, que, como dissemos, se esperam que sejam raríssimos, mas não são impossíveis, seria conveniente *criar um novo processo especial de cariz jurisdicional*, destinado especificamente à resolução de eventuais conflitos no quadro dos contratos de gestação de substituição, que garanta uma adequada *tentativa de conciliação com intervenção pericial* de profissionais qualificados para o efeito. De qualquer modo, a tramitação desse processo não deverá afastar-se muito da estabelecida para o *processo especial de tutela da personalidade*, tal como está regulado, com a sua *tramitação urgente* e incluindo a *tentativa de conciliação*, nos artigos 878.º a 880.º do Código de Processo Civil. Aliás, é evidente que a definição dos vínculos de filiação envolve interesses pessoalíssimos que – como atrás dissemos – não podem deixar de se considerar como integrantes do cerne dos direitos de personalidade dos envolvidos, desde logo, da criança, mas também da gestante e dos pais intencionais e genéticos.

Além disso, a lei deverá dar alguma diretiva para resolver a colisão de direitos de personalidade que pode decorrer do conflito positivo de pretensões parentais.

Segundo o Tribunal Constitucional, a resolução casuística da situação de conflito deve ter como *critério principal (mas não único) o superior interesse da criança*. Deve aqui acrescentar-se que terá de se tratar do superior interesse da criança não em termos imediatos, mas sim *durante toda a infância e juventude*. A lei deverá pois ter como parâmetro geral, a *densificar um pouco mais especificamente, aquilo que típica e objetivamente é melhor para a criança*, tendo naturalmente em conta aquilo que é o normal *exercício das responsabilidades parentais*, isto é, terá de se verificar quem tem melhores condições para educar, cuidar e dar afeto à criança, em vista da *construção da sua identidade pessoal e do desenvolvimento da sua personalidade durante a infância e juventude*.

Mas, além disso, é necessário, *em simultâneo, ponderar a posição dos adultos*, pois a criança só existirá como *ser em relação* com eles e é com eles que construirá a sua identidade pessoal e desenvolverá a sua personalidade. Aqui deverá ter-se em consideração que se, no procedimento, *for reforçada a avaliação psicológica da consistência do consentimento inicial* da gestante e se ela *já tiver alguma criança* – como propomos que deva suceder – a balança da equidade deverá tender, como regra, para o casal beneficiário, que, por *infortúnio médico*, não tem nenhuma criança, tanto mais que o consentimento da gestante será especialmente bem informado, dado que a experiência da gravidez e parto, sendo sempre singular, não terá sido totalmente nova. Não se exclui, porém, que a gestante possa invocar *alguma razão ponderosa* que torne *intersubjetivamente compreensível* a sua mudança de atitude e a recusa em

cumprir o contrato que celebrou. Considera-se como uma razão ponderosa, nomeadamente, uma transformação psicológica profunda ocorrida durante a gestação e parto, que implique, no caso de entrega da criança, risco sério, concreto e duradouro para a estabilidade ou equilíbrio psíquico da gestante – um perigo que, com forte probabilidade, será remoto, todavia, se forem cumpridas e verificadas no procedimento as condições acima elencadas para reduzir o risco de arrependimento.

Em suma, respeitando o equilíbrio de posições subjacente ao Acórdão, a LPMA poderá – *no pressuposto de que tenha havido uma rigorosa prévia avaliação do impacto psicológico da gestação de substituição e da entrega da criança e de que a gestante já tenha filhos* – estabelecer uma presunção de que a criança deve ser entregue ao casal beneficiário, ficando a livre revogabilidade do consentimento da gestante simultaneamente condicionada pela sua igual ou maior capacidade de exercício das responsabilidades parentais e pela existência de um risco sério e duradouro para a sua estabilidade psicológica em caso de entrega da criança.

6. Conclusão

Como vimos de início, é impossível uma decisão judicial numa matéria como a gestação de substituição que permita satisfazer todas as partes. O Acórdão procurou, na sua decisão e na sua fundamentação, chegar a uma solução de equilíbrio. Mas, mesmo as soluções de equilíbrio implicam sempre alguma dose de frustração. Haverá certamente quem pretenda que a gestação de substituição gera uma rede tão complexa de interferências intersubjetivas que deveria ser pura e simplesmente proibida; haverá quem entenda que o direito ao arrependimento da gestante deve ser absoluto; e haverá também quem entenda que, pelo contrário, uma vez assumido o compromisso pela gestante, nenhuma razão possível poderá implicar a quebra do mesmo, devendo ela entregar em qualquer caso a criança, mesmo que forçada. O sentido geral do Acórdão é o de que a regulamentação da gestação de substituição deverá tentar encontrar um fino equilíbrio de concordância prática entre todas estas posições. É neste sentido que deve ser interpretado o Acórdão e é esta a bitola que deve orientar o legislador na reformulação que intenciona do conteúdo normativo da lei.

A gestação de substituição, permitindo atender ao legítimo desejo de ter filhos por parte de mulheres que, por razões médicas, estão incapacitadas de o fazer, não implica, só por si, uma violação da dignidade da gestante, nem da criança. Com efeito, por um lado, a gestante age de forma autorresponsável ao decidir generosamente ajudar, fazer o bem, a alguém desfavorecido pela

sorte, e, por outro lado, os riscos de perturbação para a criança não só são remotos como, em última análise, serão absorvidos no cuidado e no afeto da sua relação com os pais. No entanto, o facto de se admitir a gestação de substituição cria uma complexa rede de interferência de diferentes direitos de personalidade e polos de autonomia. E a admissão do chamado direito ao arrependimento da gestante e da consequente não entrega da criança, embora exigido pela dignidade da gestante, adensa, ainda mais, essa complexidade, pois podem gerar-se conflitos de pretensões parentais.

A solução que propomos para resolver o problema consubstancia-se na seguinte ideia-chave: a lei deverá prevenir adequadamente o risco de arrependimento e, se o fizer, o direito ao arrependimento perde “peso” numa eventual colisão de pretensões parentais. Para prevenir o arrependimento, a lei deverá, entre outras medidas, prever uma adequada avaliação do impacto psicológico da gestação e da entrega da criança no momento do consentimento inicial da gestante e esta deverá, por regra, já ter filhos. Verificados estes pressupostos, se ocorrer um conflito positivo de pretensões parentais, a lei presumirá a prevalência da posição do casal beneficiário, salvo se a gestante tiver igual ou maior capacidade de exercício das responsabilidades parentais e, além disso, existir, em concreto, perigo sério e duradouro para a estabilidade ou equilíbrio psíquico da gestante decorrente da entrega da criança (um perigo que será todavia relativamente remoto, se forem cumpridas no procedimento as condições necessárias para prevenir o risco de arrependimento).

Para o legislador parlamentar, a saída da encruzilhada – resultante de, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, se permitir a gestação de substituição, mas ter também, ao mesmo tempo, que se admitir o direito ao arrependimento da gestante – é pois possível. É, todavia, uma saída que implica um fino e delicado equilíbrio a lograr através de um cuidadoso trabalho de reconstrução legislativa.

*A lei-travão revisitada e a lei do orçamento valorizada – Comentário ao Acórdão n.º 545/2021 do Tribunal Constitucional**

Tiago Duarte

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
tiago.duarte@plmj.pt*

Resumo: O Acórdão n.º 545/2021 versa sobre o tema da “lei-travão”, raramente tratado pela jurisprudência constitucional, mas muito relevante para a compreensão da separação de poderes entre Parlamento e Governo. Nele o Tribunal adoptou, implicitamente, a tese de que o n.º 2 do artigo 167.º da Constituição consagra uma regra (e não um princípio), que pode ser infringida em sede de apreciação parlamentar de actos legislativos e admitiu que esta pode abranger seja os aumentos directos, seja os aumentos indirectos de despesa. Divergindo de decisões anteriores (v.g. do Acórdão n.º 297/86) decidiu não limitar, *ratione temporis*, a declaração de inconstitucionalidade ao ano económico em curso; mas optou por salvaguardar os efeitos já produzidos pelas normas declaradas inconstitucionais, por razões de equidade e segurança jurídica. Esta opção, ainda que *in casu* justa, merecerá reflexão se for reiteradamente adoptada pelo Tribunal.

Abstract: Ruling no. 545/2021 focuses on the rule according to which the Parliament must refrain from adopting legislation that incurs additional expenditure for the State Budget, a subject seldom dealt with by the Constitutional Court, but very relevant in what regards the separation of powers between Parliament and Government. The Court implicitly stated that article 167 (2) of the Constitution enshrines a rule (not a principle),

* Por opção do Autor, o presente texto segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico em vigor desde 2009.

which may be infringed in the context of parliamentary assessment of legislative acts of the Government and either by direct or indirect increases of budgetary expenses. Diverging from previous decisions (*e.g.* Ruling no. 297/86), the Court decided not to limit the declaration of unconstitutionality *ratione temporis* to the ongoing economic year; but on grounds of equity and legal certainty, chose to safeguard the effects already produced by the rules deemed unconstitutional, an option that may deserve further reflection if repeatedly adopted by the Court.

Palavras-chave: Orçamento do Estado; «lei-travão»; separação de poderes; regras e princípios; apreciação parlamentar; inconstitucionalidade parcial; efeitos *ex nunc*.

Keywords: State Budget; additional expenditure; separation of powers; rules and principles; parliamentary assessment; partial unconstitutionality; *ex nunc* effects.

I - Introdução

Há 18 anos, numa intervenção a propósito dos 20 anos do Tribunal Constitucional, Gomes Canotilho criticava a “*jurisprudência precedentista*” do Tribunal Constitucional, qualificando-a como “*aquela que recorre sistematicamente a remissões e reenvios para sentenças anteriores onde foram discutidas as mesmas questões ou questões semelhantes*”.¹

Segundo Gomes Canotilho, o Tribunal Constitucional não estava imune ao risco e ao perigo da muito frequente “*remissão de «sentenças para sentenças», o «reenvio de acórdãos para acórdãos»*” que, segundo este Autor, “*pode transformar-se também na morte da própria jurisprudência. Se o teoreticismo jurisprudencial corre o risco de uma scientia sem prudentia, o positivismo precedentista coloca-nos perante os perigos de uma prudentia sem scientia*”.²

Vem isto a propósito do recente acórdão do Tribunal Constitucional n.º 545/2021, de 14 de julho de 2021, que resistiu à tentação do precedentismo jurisprudencial, afastando-se, num tema relevante, de anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional provinda dos anos oitenta.

Também por isso, o acórdão n.º 545/2021 merece um comentário crítico favorável, seja porque, ao analisar a aplicação da chamada “lei-

¹ J.J. GOMES CANOTILHO, “Tribunal Constitucional, Jurisprudências e Políticas Públicas”, *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. III (2003), pp. 81-82.

² *Ibidem*, p. 82.

travão”³, analisa um tema muito relevante no contexto constitucional relativo à separação de poderes entre Parlamento e Governo, seja porque a jurisprudência constitucional sobre esse tema é escassa e antiga, seja, ainda, porque o Tribunal Constitucional se afastou, em parte, dessa mesma jurisprudência constitucional, caminhando num sentido que nos parece ser o correcto.

II – O contexto factual do acórdão

O presente acórdão surge no seguimento de um requerimento apresentado pelo Primeiro-Ministro, relativamente a uma alteração de um Decreto-Lei efectuada pelo Parlamento, no âmbito do poder de apreciação parlamentar dos actos legislativos, previsto no artigo 169.º da Constituição.

Com efeito, perante um Decreto-Lei do Governo que concedia um conjunto de apoios a famílias de trabalhadores independentes, e a famílias em teletrabalho, por causa da suspensão das atividades lectivas presenciais dos filhos em idade escolar, no contexto das medidas de mitigação dos efeitos da Pandemia motivada pela COVID 19, os Deputados da oposição reuniram-se para aumentarem esses mesmos apoios face ao já aprovado pelo Governo, o que implicaria, naturalmente, um aumento das despesas face ao previsto no Orçamento do Estado para 2021, já em execução.

Realmente, segundo as estimativas do Governo, apresentadas no requerimento em que suscitou a fiscalização abstracta da constitucionalidade das normas legais de origem parlamentar, “*as alterações introduzidas sob forma de lei, no Decreto-Lei n.º 8-B/2021, de 22 de janeiro, e no Decreto-Lei n.º 6-E/2021, de 15 de janeiro, com efeito da aprovação de iniciativas oriundas de grupos de deputados, ao abrigo do art. 169.º da CRP, implicam um aumento adicional efetivo da despesa pública, orçamentada para o ano de 2021, estimada provisoriamente em 250 milhões de euros anuais*”.

O Tribunal Constitucional foi, assim, chamado a confrontar esta alteração legislativa com o disposto no n.º 2 do artigo 167.º da Constituição, quando o mesmo refere que, “*os Deputados, os grupos parlamentares, as*

³ A expressão “lei-travão”, ainda hoje muito usada na prática, tem na sua origem o facto de o limite aos poderes orçamentais dos Deputados ter inicialmente sido estabelecido por lei parlamentar, tendo, apenas mais tarde, tal limitação sido transposta para a própria Constituição, que é o local próprio onde deve constar, tendo em conta que visa travar iniciativas legislativas parlamentares. Sobre o assunto, TIAGO DUARTE, *A Lei por detrás do Orçamento, A questão constitucional da lei do orçamento*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 104 e ss. No presente artigo usaremos, de modo indistinto, a expressão lei-travão e norma-travão. Sobre as origens da norma-travão na Constituição Portuguesa, com base nos projetos de Constituição apresentados pelos partidos políticos, TIAGO DUARTE, *op. cit.*, pp. 150 e ss.

Assembleias Legislativas das regiões autónomas e os grupos de cidadãos eleitores não podem apresentar projectos de lei, propostas de lei ou propostas de alteração que envolvam, no ano económico em curso, aumento das despesas ou diminuição das receitas do Estado previstas no Orçamento”.⁴

Para a decisão em causa, seria necessário reflectir sobre os seguintes pontos: (i) saber se a norma-travão contém uma regra ou um princípio jurídico, (ii) saber se a norma-travão pode ser violada através de uma actuação parlamentar, aprovada em sede do instituto da apreciação parlamentar dos actos legislativos, (iii) saber se a norma-travão apenas impede um aumento directo ou também um aumento indirecto das despesas orçamentadas, (iv) saber se a norma-travão é igualmente violada no caso de propostas de aumento de despesas que sejam compensadas por propostas de diminuição de outras despesas ou de aumento de receitas, (iv) saber qual a consequência de um acto legislativo que viole a norma-travão e (vi) saber se o Tribunal Constitucional deveria, *in casu*, restringir os efeitos de eventual decisão de inconstitucionalidade, nos termos permitidos pelo n.º 4 do artigo 282.º da Constituição.

III – A jurisprudência constitucional relativa à lei-travão

Não obstante a temática da lei-travão tenha sido objecto, como se encontra reflectido no acórdão em análise, de relevante análise doutrinal desde há vários anos, o certo é que a jurisprudência constitucional sobre o tema continua a ser muito escassa.⁵

⁴ O Tribunal Constitucional analisou ainda a questão à luz do prazo que os Deputados têm para exercer o direito de apreciação parlamentar dos actos legislativos. Com efeito, não havendo dúvidas de que o requerimento apresentado pelos Deputados para efeitos de apreciação parlamentar tinha sido apresentado no prazo constitucional previsto no artigo 169.º da Constituição, o certo é que esse requerimento visava alterar não apenas alterar o Decreto-Lei aprovado pelo Governo (que, por sua vez, alterava dois Decretos-Leis anteriores), como implicou, também, a alteração de algumas normas desses mesmos Decretos-Leis anteriores, em segmentos que não tinham sido modificados pelo mais recente Decreto-Lei sobre o qual incidia o pedido de apreciação parlamentar. O Tribunal Constitucional considerou, e bem a nosso ver, inconstitucionais, por violação do prazo previsto no artigo 169.º da Constituição, as alterações parlamentares que incidiam sobre segmentos de Decretos-Leis que não tinham sido modificados pelo mais recente Decreto-Lei do Governo e que, assim, visavam reformular normas já há muito consolidadas no ordenamento jurídico, através do recurso a um instrumento constitucional que tem de ser convocado no prazo de 30 dias contados da publicação do Decreto-Lei. Nesse caso, se o Parlamento pretender modificar essas normas depois de transcorrido o prazo de 30 dias, terá de lançar mão da iniciativa legislativa comum e legislar nesse sentido, sem poder usar o mecanismo urgente da apreciação parlamentar dos actos legislativos. Assim, segundo o Tribunal Constitucional, “o Parlamento utilizou um processo legislativo simplificado e expedito para modificar uma disciplina consolidada no tempo e que não mais poderia ser submetida a apreciação parlamentar, por exaurido o seu prazo constitucional”, o que foi declarado inconstitucional.

⁵ Para uma resenha bibliográfica e jurisprudencial, TIAGO DUARTE, *op. cit.* Posteriormente à referida obra,

Assim, o primeiro acórdão que se debruçou sobre esta questão foi o acórdão n.º 297/86, em que estava em causa – também num governo minoritário – uma lei que visava, durante o ano económico em curso, estabelecer um conjunto de medidas favoráveis aos trabalhadores com salários em atraso. Entre as referidas medidas, contava-se a possibilidade de rescisão do contrato de trabalho com justa causa e consequente acesso ao subsídio de desemprego, a suspensão de execuções fiscais em curso contra os trabalhadores com salários em atraso, bem como a possibilidade de os referidos trabalhadores deixarem de pagar as rendas dos imóveis onde residissem, enquanto se mantivesse a situação de salários em atraso, devendo o Fundo de Desemprego pagar essas mesmas rendas, por conta dos trabalhadores.

No seguimento de pedido de fiscalização abstracta sucessiva apresentado pelo Primeiro-Ministro, o Tribunal Constitucional decidiu no sentido de que as referidas normas legais violavam a chamada lei-travão, por serem geradoras de aumento de despesas face ao previsto na Lei do Orçamento em execução, seja pelo aumento das prestações sociais com o subsídio de desemprego, seja pelo aumento de despesas do Fundo de Desemprego.

Posteriormente, veio o Tribunal Constitucional a ser confrontado com nova análise da lei-travão, através do acórdão n.º 317/86, novamente no contexto de um governo minoritário e novamente a requerimento do Primeiro-Ministro.⁶ Estava aí em causa, dessa vez, uma alteração à proposta de lei de orçamento rectificativo apresentado pelo Governo, tendo o Tribunal Constitucional considerado que a lei-travão se aplicava também nestes casos e não apenas naqueles – como o decidido pelo acórdão n.º 297/86 – em que estava em causa a aprovação de legislação avulsa durante a vigência do Orçamento.

Com efeito, segundo o Tribunal Constitucional, “*não está impedida a apresentação e a aprovação de propostas que envolvam aumentos de despesas ou diminuição de receitas públicas, desde que se trate de propostas de alteração à proposta do Orçamento, que, embora sendo da exclusiva iniciativa legislativa*

NAZARÉ DA COSTA CABRAL, «A “Lei-Travão” e o Direito de Emenda Parlamentar no Domínio Orçamental: Relações entre estas duas matérias», *Publicação Ocasional* [publicação electrónica], n.º 1/2020, Conselho de Finanças Públicas, 2020. Disponível em: <https://www.cfp.pt/pt/publicacoes/outras-publicacoes/a-lei-travao-e-o-direito-de-emenda-parlamentar-no-dominio-orcamental-relacoes-entre-estas-duas-materias> [data de consulta: 6-12-2021].

⁶ J. J. TEIXEIRA RIBEIRO, “Anotação ao acórdão n.º 317/86, de 19 de Novembro de 1986”, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 119.º, n.º 3752 (1987).

originária do Governo, pode ser aprovada com alterações. Mas, uma vez votado o Orçamento, não podem os deputados, por sua iniciativa, aprovar normas que por qualquer daquelas formas o afectem”.

Neste caso, os Deputados tinham aprovado uma alteração à proposta de lei do orçamento que visava isentar do pagamento de taxas moderadoras os utentes das urgências do Serviço Nacional de Saúde, o que implicaria um aumento de despesas com a saúde, associado a uma diminuição da receita com as taxas moderadoras, o que foi declarado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional

Finalmente, o Tribunal Constitucional ainda haveria de analisar a matéria da lei-travão no acórdão n.º 426/2018, mas acabaria por não tomar conhecimento do objecto do recurso. Mais uma vez, o pedido tinha sido apresentado pelo Primeiro-Ministro, no contexto de um governo minoritário, desta vez relativamente a uma norma legal acrescentada pelo Parlamento a um Decreto-Lei, em sede de apreciação parlamentar dos actos legislativos.

De acordo com a alteração legislativa, aprovada pelo Parlamento, passaria a ser possível que determinados docentes do ensino artístico especializado da música e da dança, com horário completo e salário completo, pudessem candidatar-se a ocupar vagas noutros estabelecimentos de ensino, mesmo que apenas estivessem disponíveis horários incompletos, o que implicaria um aumento de despesa com a contratação de novos professores para os horários completos deixados pelos professores que transitassem, ao abrigo da mobilidade interna, para horários incompletos (mantendo o salário completo que já possuíam).

O Tribunal Constitucional começou por concluir – antes ainda de analisar se se estaria perante uma violação da norma-travão – que a norma legal em apreço se destinava a vigorar só em 2018, já que apenas regulava o concurso de mobilidade interna a realizar nesse ano. Assim, segundo o Tribunal Constitucional, *“não obstante o diploma não determinar a data da cessação da sua vigência, não se pode inferir daí o carácter definitivo da vigência de todas as suas normas”.*

Ora, o Tribunal Constitucional entendeu que, na data em que era chamado a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade da norma legal em causa, tal como aditada por lei parlamentar, o concurso de mobilidade já tinha ocorrido, tendo já sido aplicada a referida norma legal, que, assim, havia caducado, por ter esgotado os seus efeitos. O Tribunal Constitucional reconheceu que a caducidade de uma norma (como a sua revogação) não

impedem, em abstracto, uma declaração de inconstitucionalidade, com o intuito de declarar a inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, assim destruindo os efeitos produzidos pela referida norma até à sua caducidade ou revogação.

Não obstante tal reconhecimento, o Tribunal Constitucional entendeu, porém, que, *in casu*, mesmo que viesse a declarar a inconstitucionalidade da norma, lançaria mão da possibilidade que lhe é conferida pelo n.º 4 do artigo 282.º da Constituição e afastaria, por interesse público de excepcional relevo, os efeitos retroactivos da decisão de inconstitucionalidade, de modo a não ter de “desfazer” o concurso de colocação de docentes, que estava já terminado e onde tal norma legal tinha sido aplicada.

Com efeito, segundo o Tribunal Constitucional, *“o regular funcionamento do ano escolar é, pois, um interesse público susceptível de ser qualificado como interesse público relevante, a justificar a restrição temporal dos efeitos da eventual declaração de inconstitucionalidade da norma sindicada. (...) assim, não se verifica interesse em declarar a sua inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, pois, tendo em conta que a produção de efeitos retroativos seria suscetível de pôr em causa um interesse público de excepcional relevo, sempre o Tribunal limitaria estes efeitos, conforme o artigo 284.º, n.º 4, da CRP.”*

Face ao exposto, o Tribunal Constitucional acabou por não chegar a decidir sobre se a alteração legislativa violava ou não a chamada lei-travão, não tomando conhecimento do pedido apresentado, o que não deixou de representar, a nosso ver, uma inversão da sequência lógica do processo decisório do Tribunal Constitucional, já que, primeiro, deveria o Tribunal Constitucional ter decidido se a norma legal em apreço era ou não inconstitucional, porquanto, apenas no caso de considerar que a mesma violava a Constituição se colocaria, logicamente, a necessidade de proceder à ponderação sobre a utilização ou não do mecanismo de limitação dos efeitos da inconstitucionalidade previsto no n.º 4 do artigo 284.º da Constituição.

IV – As várias decisões contidas do Acórdão n.º 545/2021

Tendo por base a situação factual e a jurisprudência acima sumariadas, confrontou-se o Tribunal Constitucional com a necessidade de dar resposta a várias questões jurídico-constitucionais convocadas pelo requerimento apresentado pelo Primeiro-Ministro, sendo que houve ainda algumas questões que ficaram por responder, até uma próxima oportunidade.

1. A norma-travão como regra e não como princípio

No requerimento apresentado pelo Primeiro-Ministro, é referido que, *“como regra jurídica, a norma-travão conforma um comando determinado e imperativo, não se reconduzindo, por consequência, à natureza de um princípio constitucional, (...) cuja aplicação se sujeite a operações de ponderação com princípios concorrentes, passíveis de o afastarem, caso exibam maior «peso» em situações concretas de conflito”*.

Para sustentar a sua tese, o Governo chegou mesmo a equacionar quais seriam, potencialmente, os princípios que poderiam colidir com o “princípio” da lei-travão, elencando os princípios da solidariedade ou da democracia social como os principais candidatos.

O Tribunal Constitucional não se pronunciou, *ex professo*, sobre esta questão, mas deve considerar-se que adoptou, implicitamente, a tese de que o n.º 2 do artigo 167.º da Constituição consagra uma regra e não um princípio, razão pela qual se dispensou de ponderar a proibição contida no artigo 167.º da Constituição com qualquer princípio constitucional. Nesse sentido, pronuncia-se, aliás, a Conselheira Mariana Canotilho, quando refere – sem indicar que se está, nesse segmento, a afastar do acórdão – que, *“o n.º 2 do artigo 167.º da CRP consagra uma regra constitucional, cuja aplicação não pode ficar dependente de juízos de ponderação com outras normas ou princípios constitucionais, sob pena de erosão da força normativa da Constituição”*.

Com efeito, a norma-travão tem sido considerada, no contexto da Constituição Portuguesa, como uma regra proibitiva, imune ao tipo de despesa que se pretende aumentar ou ao tipo de receita que se pretende diminuir. Tal regra tem sido inclusivamente imune ao facto de saber se a efectiva cobrança das receitas que se pretendem diminuir ultrapassou já o valor inicialmente orçamentado ou se a execução das despesas que se visam aumentar está aquém do valor orçamentado.⁷

Na verdade, como já se escreveu, *“o objectivo da norma prevista no número 2 do art. 167.º da Constituição é, desde logo, a protecção do conteúdo orçamental (...) Na verdade, a preocupação evidenciada pela norma prevista no número 2 do art. 167.º da Constituição acaba por se resumir à protecção do equilíbrio orçamental alcançado, não permitindo que este seja modificado sempre que, com essa mudança, se agravem as condições desse mesmo equilíbrio”*.⁸

⁷ TIAGO DUARTE, *op. cit.*, p. 605, nota 1261.

⁸ *Ibidem*, pp. 609 e 610.

Em qualquer caso, sempre se poderia equacionar uma solução, que nos parece ter de passar por uma revisão constitucional, que permitisse iniciativas legislativas parlamentares, com aplicação durante o ano económico em curso, que, preservando embora o equilíbrio orçamental, implicassem um aumento de despesas ou uma diminuição de receitas orçamentadas, desde que fossem efectivamente compensadas com o aumento de outras receitas ou a diminuição de outras despesas orçamentadas. Nesse caso, a lei-travão deveria proibir o aumento da “despesa” ou a diminuição da “receita” e não o aumento das “despesas” ou a diminuição das “receitas”, como actualmente acontece.

Não se desconhece, no entanto, que uma solução deste tipo poderia ser de difícil avaliação, sobretudo no lado das receitas, em que o valor orçamentado é apenas uma estimativa que pode não se concretizar,⁹ abrindo-se a porta a desfigurações qualitativas da lei do orçamento, sendo ainda necessário apurar se a alteração legislativa de iniciativa parlamentar não estaria a aumentar despesas efetivas, por exemplo, compensando-as com aumento de receitas não efetivas, desta forma agravando o *deficit* orçamental e a dívida pública.

2. A violação da norma-travão através do mecanismo de apreciação parlamentar

A questão de saber se a norma-travão pode ser violada através da aprovação de normas legais em sede de apreciação parlamentar de actos legislativos ainda não tinha sido decidida pelo Tribunal Constitucional. Com efeito, apesar de tal situação ter ocorrido no caso que motivou o acórdão n.º 426/2018, tal questão não chegou a ser decidida pelo Tribunal Constitucional nesse acórdão, como já se referiu.

Em qualquer caso, a resposta a esta questão afigura-se evidente, atendendo à letra e ao espírito do n.º 2 do artigo 167.º da Constituição. Efectivamente, se o objetivo da norma constitucional é o de evitar que os Deputados aprovem, à margem do Governo, aumentos de despesas ou diminuições de receitas, face ao que se encontra previsto na lei do orçamento em execução, é forçoso concluir que tais aumentos de despesas ou diminuições de receitas relativamente aos valores orçamentados tanto podem ocorrer através de iniciativa legislativa parlamentar originária,

⁹ Neste sentido, J.J. TEIXEIRA RIBEIRO, “Os Poderes Orçamentais da Assembleia da República”, *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. XXX (1987), pp. 16 e ss.

como através da utilização do instituto da apreciação parlamentar dos actos legislativos, como sucedeu no caso que motivou o acórdão aqui em análise.

Sobre esse tema, tínhamos já sustentado que, *“a ratificação com emendas pode ser inconstitucional sempre que os parlamentares se aproveitem desse mecanismo para promoverem alterações que vão para lá do proposto pelo Governo. Assim sendo, não poderá a emenda levar a um aumento de despesas de montante superior ao aprovado pelo Governo, nem uma diminuição de receitas de montante também superior ao constante no Decreto-Lei”*.¹⁰

A questão que se coloca a propósito do funcionamento da lei-travão no contexto de uma apreciação parlamentar de actos do legislativos do Governo é outra e prende-se com o padrão de referência para se apurar se houve ou não violação efectiva da lei-travão. Com efeito, se o Governo propuser um aumento de despesas através de um Decreto-Lei, os Deputados poderão, através do mecanismo da apreciação parlamentar, aprovar um aumento menor das despesas face ao proposto pelo Governo, tal como se o Governo aprovar uma diminuição de receitas, os Deputados poderão modificar o referido Decreto-Lei, no sentido de consagrarem uma diminuição não tão acentuada das receitas. Estes são casos em que o referencial limitador da actuação dos Deputados não é, assim, o valor previsto no orçamento em execução, mas o valor proposto pelo Governo no Decreto-Lei aprovado, já que a intervenção parlamentar incide sobre um diploma do Governo não sujeito à lei-travão e visa apenas modificá-lo, num sentido menos intenso do que o proposto pelo próprio Governo.¹¹ Por conseguinte, parece ser de aplicar aqui a mesma lógica que se aplica aos casos de leis da iniciativa governamental que são alteradas durante a sua discussão no Parlamento por iniciativa dos Deputados.

Sucede que não foi isso que aconteceu no caso apreciado pelo acórdão aqui em análise, em que a alteração legislativa introduzida pelo Parlamento aumentava as despesas orçamentadas para lá do proposto pelo Governo no Decreto-Lei sujeito a apreciação parlamentar, deste modo ficando tal alteração legislativa sujeita à aplicação do disposto no n.º 2 do artigo 167.º da Constituição, tal como foi correctamente decidido pelo Tribunal Constitucional.

¹⁰ TIAGO DUARTE, *op. cit.*, 2007, p. 620.

¹¹ *Ibid.*, p. 605.

3. A violação da norma-travão através de aumentos indirectos de despesa

Segundo o Tribunal Constitucional *“a jurisprudência e a doutrina convergem no entendimento de que os efeitos financeiros indirectos se encontram abrangidos pelo n.º 2 do art. 167.º da Constituição”*. O Tribunal recordou, para o efeito, especificamente, o caso do acórdão n.º 297/86 que consubstanciava um caso claro de aumento indirecto das despesas, por aumento de prestações com o subsídio de desemprego, em consequência indirecta do alargamento dos casos de rescisão do contrato de trabalho.

O Tribunal recorreu ainda ao elemento histórico quanto à interpretação do disposto no n.º 2 do artigo 167.º da Constituição, ao recordar que a versão inicial da referida norma, tal como apresentada pela 5.ª comissão da Assembleia Constituinte, continha uma referência ao aumento directo das despesas, qualificativo que acabou por ser retirado da versão final que consta da Constituição em vigor.

Com efeito, na proposta apresentada pela 5.ª comissão podia ler-se que *“os deputados não podem apresentar projectos de lei ou propostas de alteração que envolvam directamente aumento de despesas ou diminuição de receitas do Estado criadas por leis anteriores”*.¹² Ora, não obstante o advérbio “directamente” tivesse sido considerado por Jorge Miranda e por José Luís Nunes, durante os debates da Assembleia Constituinte, como a garantia de que a aplicação da lei-travão não iria ser tão rigorosa, na vigência da Constituição de 1976, como fora no contexto da Constituição de 1933,¹³ tal advérbio desapareceu da versão final da Constituição, sem grandes explicações para o sucedido, o que terá, assim, de ser tomado em consideração no momento da interpretação da norma constitucional, como de resto fez o Tribunal Constitucional, desta forma evitando ignorar a alteração do texto final da Constituição face à proposta inicialmente apresentada.¹⁴

A interpretação de que, quer os aumentos directos, quer os aumentos indirectos de despesa se encontram abrangidos pela lei-travão, o mesmo se

¹² A expressão “directamente” provinha do projecto de Constituição apresentado pelo CDS, único que se referia à lei-travão, prevendo, no n.º 2 do artigo 94.º, que, *“os deputados não podem apresentar projectos de lei nem propostas de alteração que envolvam directamente aumento de despesas ou diminuição de receitas do Estado criadas por leis anteriores”*.

¹³ O artigo 97.º da Constituição de 1933 previa que, *“a iniciativa da lei compete indistintamente ao Governo ou a qualquer dos membros da Assembleia Nacional; não poderão, porém, estes apresentar projectos de lei ou propostas de alteração que envolvam aumento de despesa ou diminuição de receita do Estado criada por leis anteriores”*.

¹⁴ TIAGO DUARTE, *op. cit.*, 2007, p. 153, nota 339.

passando com as diminuições directas e indirectas de receitas, torna mais simples a aplicação do disposto no n.º 2 do artigo 167.º da Constituição, eliminando incertezas sobre se uma determinada modificação legal tem efeitos directos ou apenas indirectos nas verbas orçamentadas. Em qualquer caso, crê-se que os efeitos indirectos da legislação parlamentar no equilíbrio orçamental não poderão ser levados ao extremo, caso contrário poderia praticamente eliminar-se a iniciativa legislativa parlamentar para o ano económico em curso, no caso de repercussões financeiras muito indirectas face à legislação aprovada.

Com efeito, uma legislação, de iniciativa parlamentar, que elimine a determinação de uma velocidade máxima nas auto-estradas poderá potenciar um aumento da sinistralidade automóvel, mas só muito indirectamente se poderá dizer que tal lei implicará um aumento de despesa nos Hospitais do Serviço Nacional de Saúde, associada a um aumento de acidentes de viação. Note-se, porém, que o caso decidido pelo Tribunal Constitucional no acórdão em apreço não se encontrava, a nosso ver, numa situação de fronteira, já que o aumento da despesa seria uma consequência directa da alteração legislativa de origem parlamentar relativa aos apoios sociais.

4. A violação da norma-travão mesmo perante propostas “compensadas” de despesas e de receitas

O Tribunal Constitucional entendeu, face aos contornos da alteração legislativa em apreciação, que não tinha de tomar posição sobre se *“é permitido aos deputados apresentar iniciativas que aumentem certa despesa ou diminuam outra, de modo que a despesa total fique idêntica”*.

Conforme já se escreveu, somos do entendimento de que a proibição prevista no n.º 2 do artigo 167.º não permite a existência de leis de iniciativa parlamentar que pretendam compensar um aumento de despesas, com a diminuição de outras despesas ou com um aumento de receitas. Do mesmo modo, também não será aceitável, à luz do disposto na lei-travão, uma lei de iniciativa parlamentar que pretenda compensar uma diminuição de receitas, com o aumento de outras receitas ou com a diminuição de determinadas despesas.

Assim, entendemos que, *“para além da não admissão de propostas compensadas, seja entre diversas receitas ou diversas despesas, seja entre umas e outras, a norma prevista no artigo 167.º da Constituição é insensível ao facto de, por vezes, uma diminuição de determinadas receitas poder ter um efeito positivo na cobrança das mesmas, podendo, eventualmente, provocar um aumento das*

receitas efectivamente cobradas. Do mesmo modo, a lei-travão prevista no texto constitucional português manifesta a sua indiferença perante o facto de se proporem despesas altamente reprodutivas ou apenas se pretender aumentar a despesa corrente, sendo incapaz de compreender a diferença entre um mero aumento de despesas ou diminuição de receitas e uma diminuição de uma receita tendo em consideração o excesso de cobrança de outra, ou o aumento de uma despesa atendendo ao facto de outra se ter mostrado inviável, ou menos onerosa do que o julgado inicialmente”.¹⁵

Naturalmente, no reverso da medalha, sempre se poderá argumentar com a simplicidade no modo de funcionamento da lei-travão, tal como constitucionalmente prevista, o que, de resto, levou a que em todos os casos em que tal questão foi levada ao Tribunal Constitucional, este tenha declarado a inconstitucionalidade das normas legais que, inequivocamente, aumentavam despesas face aos valores orçamentados, dispensando-se o Tribunal Constitucional – nos termos da Constituição – de proceder a mais detalhadas e demoradas análises sobre o efectivo impacto da referida lei no equilíbrio e na execução orçamental.

É em qualquer caso interessante notar como a Conselheira Mariana Canotilho não deixou de assinalar, na declaração de voto que juntou ao acórdão, o facto de ser dever do Governo apresentar *“elementos mínimos de ponderação que permitam sustentar a verificação de um «aumento das despesas ou diminuição das receitas do Estado previstas no Orçamento»*”, o que pode nem sempre ser evidente ocorrer, cabendo ao Governo fazer essa demonstração.

5. As consequências da violação da norma-travão no ano posterior ao ano económico em curso

Onde o Tribunal Constitucional se afastou decididamente da jurisprudência constitucional passada foi na determinação dos efeitos jurídicos decorrentes da violação do n.º 2 do artigo 167.º da Constituição pela lei parlamentar em causa.

Com efeito, sabendo que as normas legais que aumentam as despesas ou diminuem as receitas apenas são inconstitucionais por terem efeitos no ano económico em curso, coloca-se a questão de saber se será possível que a declaração de inconstitucionalidade “salve” parcialmente as referidas normas, eliminando apenas os efeitos produzidos no ano em curso, mas permitindo que as mesmas possam ser aplicadas no próximo ano económico, no contexto da lei do orçamento do ano seguinte.

¹⁵ TIAGO DUARTE, *op. cit.*, 2007, p. 608.

O Tribunal Constitucional começou por recordar a jurisprudência do acórdão n.º 297/86, onde o Tribunal entendeu, tomando por base a doutrina maioritária, que, “*não interessa discutir agora quais sejam em geral, os efeitos da inconstitucionalidade. Uma coisa é certa: - a violação do n.º 2 do art. 170.º da Constituição não pode conduzir à inaplicabilidade para todo o sempre, da norma que infringe esse preceito. Isto porque ele só impede que os deputados apresentem projectos de lei que envolvam aumento de despesas no ano económico em curso. Por outras palavras: - a apresentação de projectos de lei envolvendo aumento de despesas nos anos seguintes não é proibida.*”

O Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 297/86 viria, então, a declarar a inconstitucionalidade parcial (*ratione temporis*) das normas legais em causa, entendendo que “*as normas em questão só são inconstitucionais na medida em que são aplicáveis ao ano económico em curso*”. Em termos análogos, mas sem grandes explicações, e remetendo para o acórdão n.º 297/86, também o acórdão n.º 317/86 tinha reconhecido a possibilidade de as normas legais violadoras da lei-travão se poderem aplicar no ano económico seguinte.

Assim, no referido acórdão, considerou o Tribunal, de modo lapidar e sem aduzir qualquer fundamentação, que, “*a inconstitucionalidade daí resultante [por violação da lei-travão] só releva no ano económico em curso, isto é, nas suas incidências financeiras sobre o ano económico de 1986*”. Note-se, porém, que esta limitação temporal não consta sequer da decisão final do acórdão, que não limita de qualquer forma os efeitos da inconstitucionalidade declarada, ao contrário do que sucedera no acórdão n.º 297/86, em que tal declaração de inconstitucionalidade parcial *ratione temporis* era mencionada no segmento decisório do acórdão.

Pela nossa parte, discordámos desta jurisprudência, tendo considerado inadequada uma decisão de inconstitucionalidade limitada *ratione temporis*. Assim, entendemos que, “*o juízo do Tribunal Constitucional é um juízo sobre normas e sobre a sua compatibilização com a Constituição no momento da sua apreciação, sendo que, no momento da apreciação jurisdicional (tal como no momento da sua discussão parlamentar), a lei em causa violava a Constituição por pretender aplicar-se no ano económico em curso, pelo que era essa vontade legislativa que o Tribunal deveria apreciar e não substituir*”.¹⁶

Com efeito, uma decisão de inconstitucionalidade *ratione temporis*, como foi decidido no acórdão n.º 297/86, acarreta o risco real de

intromissão da jurisdição constitucional no poder legislativo, criando ainda questões insanáveis quanto à repriminção das normas revogadas, nos termos da parte final do n.º 1 do artigo 282.º da Constituição. De facto, ao manter a vigência da norma, mas apenas para o ano económico seguinte, está o Tribunal Constitucional a substituir-se ao legislador, quanto à data da entrada em vigor dessa mesma norma, em termos diversos do aprovado parlamentarmente.

Ora, como já se escreveu, “*não pode o Tribunal Constitucional saber qual seria a opção legislativa (ainda que esta deva ser uma vontade objectivada) quando confrontada com a inconstitucionalidade da entrada imediata em vigor, sendo equacionável que o legislador preferisse reformular a norma, fazendo-a aprovar pelo Governo, ou determinar, alternativamente, uma qualquer outra data de entrada em vigor*”.¹⁷

Do mesmo modo, quanto ao relacionamento entre uma declaração de inconstitucionalidade *ratione temporis* e a repriminção automática das normas revogadas pela norma considerada inconstitucional já se escreveu que, “*sendo declarada inconstitucional (ainda que só por alguns meses) dever-se-ia entender que, durante esse tempo, se promoveria a repriminção das leis eventualmente revogadas, sendo que estas normas seriam, depois, aparentemente novamente consideradas revogadas, já não por decisão legislativa, mas por determinação do Tribunal Constitucional, na medida em que este órgão concedia como que uma segunda vida à referida lei (temporalmente) inconstitucional*”.¹⁸

Bem andou, assim, no nosso entendimento, o Tribunal Constitucional no presente acórdão, na medida em que se afastou da jurisprudência constitucional passada e da maioria da doutrina, considerando que, “*a resposta constitucionalmente adequada para a violação da norma-travão radica na eliminação definitiva das normas legais que a hajam transgredido, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 282.º da Constituição*”.

O Tribunal Constitucional sustentou esta conclusão em quatro argumentos: em primeiro lugar, porque se uma proposta de lei que viole a lei-travão não deveria sequer ser admitida, não faria sentido que a mesma acabasse por ser considerada válida, ainda que apenas para o ano económico seguinte. Em segundo lugar, porque os poderes do Tribunal Constitucional não admitem “*a modelação das normas fiscalizadas, nem a atestação da sua conformidade constitucional para o futuro*”. O Tribunal estaria, por um lado, a alterar a data da entrada em vigor da norma, opção que segundo o Tribunal

¹⁶ TIAGO DUARTE, *op. cit.*, p. 618.

¹⁷ TIAGO DUARTE, *op. cit.*, p. 619.

¹⁸ *Ibidem*, p. 619.

Constitucional cabe ao legislador, e, por outro, lado a “asseverar a conformidade constitucional de uma norma cuja declaração de inconstitucionalidade não lhe foi pedida, (a norma que existiria caso o legislador tivesse previsto a aplicação desse regime a partir de 2022)”. Em terceiro lugar, porque “a declaração pelo Tribunal Constitucional de que as normas com repercussões orçamentais passam a ser eficazes no próximo ano económico sempre dependerá da sua previsão na lei do orçamento para 2022” permanecendo, a “possibilidade de a lei do orçamento [de cada ano] reponderar as opções financeiras de leis anteriores”, como, aliás, resulta da jurisprudência do acórdão n.º 303/90. Em quarto e último lugar, referiu o Tribunal que “a declaração de inconstitucionalidade das regras fiscalizadas por violação da norma-travão comporta a produção dos efeitos previstos no n.º 1 do art. 282 da Constituição implicando a nulidade ipso iure de tal norma”, o que não seria possível acontecer com uma situação de reprimenda apenas “*ratione temporis*” das normas revogadas pela lei inconstitucional por violação da lei-travão.¹⁹

6. A possibilidade de restringir os efeitos da inconstitucionalidade por violação da norma-travão

Tendo sido declarada a inconstitucionalidade das normas legais, por violação da lei-travão, confrontou-se, então, o Tribunal Constitucional – em momento lógico e cronologicamente subsequente – com a opção de saber se deveria restringir ou não os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, de acordo com a possibilidade prevista no n.º 4 do artigo 284.º da Constituição. Afastou-se, assim, o Tribunal Constitucional – e bem, do nosso ponto de vista – da jurisprudência do acórdão n.º 426/2018, que tinha, como se viu, decidido, numa inversão lógica, restringir os efeitos de uma potencial inconstitucionalidade que não chegou assim a declarar.

Note-se, aliás, que, no caso aqui em apreço, tinha sido o próprio Primeiro-Ministro a solicitar ao Tribunal Constitucional que declarasse a inconstitucionalidade das normas legais, mas que, posteriormente, restringisse os efeitos dessa decisão, para não prejudicar os beneficiários dos apoios (ainda que inconstitucionais) que, de boa-fé, já tinham recebido as verbas tal como aprovadas pelo Parlamento.

¹⁹ A decisão do Tribunal Constitucional não foi unânime neste particular, merecendo um voto de vencido do Conselheiro Pedro Machete, preferindo este autor a opção pela invalidade parcial qualitativa (*ratione temporis*) considerando que, “de acordo com o princípio da conformidade funcional, a lei não deve ser declarada in toto inválida, nos casos em que a garantia da Constituição não exija que se vá tão longe”.

O Tribunal Constitucional decidiu, assim, “por razões de segurança jurídica e de equidade” restringir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade das normas, salvaguardando desta forma os efeitos que estas já tivessem produzido até à publicação do acórdão. Não obstante a justeza da decisão do Tribunal Constitucional no caso em apreço, não pode deixar de se reconhecer razão à argumentação do Governo (esgrimida em termos gerais), no sentido de que a repetição de situações em que, através de lei parlamentar, se viole a lei-travão (através, sobretudo, de aumento de despesas sociais) associada a repetidas decisões do Tribunal Constitucional conferindo apenas efeitos *ex nunc* às sentenças declarativas da inconstitucionalidade dessas normas legais, pode gerar um efeito pernicioso, no sentido de que os objectivos pretendidos pelas normas parlamentares acabem por produzir os seus frutos, independentemente da inconstitucionalidade de tais normas.

Na verdade, e como bem refere o requerimento do Primeiro-Ministro, “uma dinâmica reiterada [por parte do Tribunal Constitucional] de preservação de factos consumados converteria, futuramente, o art. 167.º n.º 2 da CRP, em termos jurídicos, num «tigre de papel» desprovido de qualquer consequentialidade sancionatória relevante”.

Essa é, no entanto, uma preocupação mais genérica que cabe ao Tribunal Constitucional, enquanto guardião da Constituição, em cada momento acautelar, de modo a evitar que esta se transforme num conjunto de meras folhas de papel.²⁰

²⁰ FERDINAND LASSALLE, *¿Qué es una Constitución?*, 2001.

*A Modificação das Regras de Competência dos Órgãos de Soberania em Estado de Excepção: o Caso Exemplar da Aprovação de Normas sem Autorização Parlamentar em Matéria Penal**

Pedro Fernández Sánchez

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
pedrofsanchez@fd.ulisboa.pt*

Resumo: A Constituição Portuguesa adoptou uma solução muito peculiar para a regulação cautelosa dos poderes normativos do Governo em momentos de excepção. Num impressionante contraste com a opção singular que levou à atribuição de amplos poderes legislativos ordinários ao Executivo, foi significativo o cuidado com que se limitou a competência de aprovação de normas primárias do Governo em situações de excepcionalidade constitucional. É justamente em face desta exemplar cautela constitucional que se considera muitíssimo preocupante a circunstância de a normatividade constitucional ter sido reiteradamente derrogada logo no primeiro episódio do nosso constitucionalismo democrático em que se revelou necessário o recurso ao estado de excepção. A gravidade da crise pandémica iniciada em 2020 criou a crença de que seria aceitável pagar o *preço* de renunciar temporariamente à normatividade constitucional para repor a sua vigência com a maior celeridade

* Por opção do Autor, o presente texto segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico em vigor desde 2009.

possível. Sob pena de supressão da força normativa da Constituição, urge recuperar a sua efectividade, dentro ou fora de situações de excepionalidade constitucional. Os méritos na consagração de um modelo garantístico como o acolhido na Constituição Portuguesa, em consequência das lições colhidas da tradição anterior, mostram-se seguramente superiores aos de um modelo de ditadura comissarial que – embora apelativo a curto prazo para o combate a situações de calamidade pública – abre brechas irreparáveis na tutela da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito.

Abstract: The Portuguese Constitution adopted a very peculiar solution for the cautious regulation of the Government's normative powers to times of exception. In a striking contrast with the singular option that led to the attribution of broad ordinary legislative powers to the Executive, significant care was taken to limit the Government's power to approve primary legislation in situations of constitutional exceptionality. In view of this laudable constitutional caution, it must be considered extremely worrying that constitutional rules were repeatedly derogated in the first episode of our democratic constitutionalism in which the recourse to a state of exception proved to be necessary. The seriousness of the pandemic crisis that began in 2020 created the belief that it would be acceptable to pay the price of temporarily renouncing constitutional normativity in order to restore its validity as quickly as possible. In the face of a risk of suppressing the normative force of the Constitution, it is urgent to recover its effectiveness, whether inside or outside of situations of constitutional exceptionality. The merits of a guarantee model such as the one accepted in the Portuguese Constitution, as a consequence of the lessons learned from the previous tradition, are surely greater than those of a model of commissioner dictatorship which – although attractive in the short term to combat situations of public calamity – opens irreparable gaps in the protection of human dignity and the rule of law.

Palavras-chave: estado de excepção; ditadura comissarial; separação de poderes; regras e princípios; normas sancionatórias; inconstitucionalidade; *common good constitutionalism*

Keywords: state of exception; commissarial dictatorship; separation of powers; rules and principles; sanctionary rules; unconstitutionality; *common good constitutionalism*

I – Enquadramento

1. Num escrito recente,¹ teve-se oportunidade de sublinhar a muito peculiar solução adoptada pela Constituição Portuguesa para a regulação cautelosa dos poderes normativos do Governo em momentos de estado de excepção. Se é bem conhecida a “singularidade”² da opção que levou à atribuição de poderes legislativos ordinários ao Executivo,³ a verdade é que impressiona o *contraste* com o cuidado com que o legislador constituinte limitou a competência de aprovação de normas primárias ou inovadoras do Governo em situações de excepionalidade constitucional. No âmbito de um notável sistema de freios e contrapesos entre Presidente da República, Assembleia da República e Governo, assegurou-se que nenhum deles assumiria competências unilaterais de disciplina das situações jurídicas afectadas pelo estado de excepção; mas assegurou-se, sobretudo, que o mesmo Executivo que obtém a centralidade da condução da vida política em normalidade constitucional se encontra especialmente subordinado, no âmbito de casos de excepção, às opções primárias dos dois órgãos dotados de legitimidade eleitoral directa⁴ e, em particular, a uma verdadeira “proeminência presidencial”.⁵

Com efeito, por aprender das lições da História Portuguesa que revelaram uma tradição de amputação de garantias constitucionais em situação de excepção,⁶ a Constituição democrática de 1976 – ao proceder à incorporação da “legalidade alternativa” nas suas próprias estruturas

¹ PEDRO F. SÁNCHEZ, “Sobre os Poderes Normativos do Presidente da República e do Governo em Estado de Excepção”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 81, n.ºs III-IV (2021), pp. 1 ss.

² JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Lições de Direito Constitucional – II*, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2017, p. 251.

³ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 129-135; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Sistema Político*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 719-723.

⁴ Pode afirmar-se que o Governo foi expropriado do “papel decisório primário” que poderia ter recebido tanto à luz dos precedentes históricos quanto à luz do Direito Comparado (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1107).

⁵ JAIME VALLE, *O Poder de Exteriorização do Pensamento Político do Presidente da República*, Lisboa: AAFDL, 2013, pp. 441-442; CATARINA BOTELHO, “Os Estados de Excepção Constitucional: Estado de Sítio e Estado de Emergência”, in Carla Gomes / Ricardo Pedro (coord.), *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*, Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 68-71; RUI LANCEIRO, “Breves Notas sobre a Resposta Normativa Portuguesa à Crise da Covid-19”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa [RFDUL]*, LXI, n.º 1 (2020), pp. 739-741; GONÇALO BARGADO, “O Estado de Excepção Constitucional – Teoria e Prática”, *O Direito*, 152, II (2020), p. 269.

⁶ Para as necessárias referências, PEDRO F. SÁNCHEZ, “Sobre os Poderes...”, *op. cit.*, pp. 4-6; com desenvolvimento adicional sobre o tratamento de cada Constituição nacional, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: Entre a Eficiência e a Normatividade das Estruturas de Defesa Extraordinária da Constituição – Vol. I*, Coimbra: Almedina, 1998, pp. 305 ss.

normativas⁷ – optou por sujeitar os procedimentos de aprovação de actos normativos em estado de excepção a apertados travões resultantes de um sistema de freios e contrapesos⁸ entre três órgãos de soberania,⁹ exigindo a sujeição a uma *competência tripartida* em cujos termos as declarações de estado de sítio ou de emergência só podem ser emitidas pelo Presidente da República (artigo 134.º, alínea d)), após audição (não vinculativa) do Governo e autorização da Assembleia da República (artigo 138.º, n.º 1), sendo ainda submetidas a referenda ministerial (artigo 140.º, n.º 1).¹⁰

Nem é de surpreender essa solução, compreendendo-se que os momentos em que o Estado de Direito democrático pode ser sujeito às suas maiores crises – aliás, os únicos momentos suficientemente graves para permitir a *suspensão*, e não a comum restrição, dos direitos, liberdades e garantias (n.º 1 do artigo 19.º) – seriam aqueles em que também seria mais poderosa a tentação para a supressão dos bens jurídicos mais preciosos para o sistema jurídico, sendo também então mais convincente um eventual apelo *salvífico* a um Executivo dotado de plenos poderes para a restauração da ordem constitucional.¹¹

Ademais, a importância dessa limitação competencial conduziu a Constituição a limitar o alcance potencial da declaração de excepção, vedando a sua utilização para afastar as regras constitucionais relativas à *competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo regional e aos direitos e imunidades dos respectivos titulares* (artigo 19.º, n.º 7).¹²

⁷ PAULO OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I/2, Lisboa: Pedro Ferreira, 1999, pp. 362-363; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...* op. cit., pp. 1086 e 1099; MELO ALEXANDRINO, *Conceito e Modelo Constitucional do Estado de Excepção – Apontamentos*, Lisboa: ICJP, 2021, no prelo, pp. 1-2.

⁸ CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O Estado de Excepção*, Lisboa: Cognition, 1984, p. 64.

⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 402/2008 (Proc. 572/08). Criticando mesmo os perigos de um excesso de garantias para a efectividade deste regime, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional – I*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 84.

¹⁰ Artigos 10.º a 16.º e 23.º a 27.º da Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro (Lei do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência – LRESEE, na versão dada pela Lei Orgânica n.º 1/2012, de 11 de Maio); JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...* op. cit., I, pp. 576-577; II, pp. 1025 ss. e 1081; *idem*, *Estado de Excepção no Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 225 ss.; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional – I*, pp. 84-85; *idem*, *Curso de Direito Constitucional – I*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 119-124; J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., 2 vols., 2007-2010, Coimbra: Coimbra Editora, II, pp. 210-211.

¹¹ Porque é então que mais facilmente um “dictator” procede à manipulação a favor de uma qualquer razão de Estado (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...* op. cit., p. 1086; igualmente quanto a esta necessidade mais premente de intervenção da Constituição em casos de crise, JORGE REIS NOVAIS, “Direitos Fundamentais e Inconstitucionalidade em Situação de Crise – a Propósito da Epidemia COVID-19”, *E-Pública*, 7, n.º 1 (2020), pp. 87 ss.; RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, “Direito Constitucional em Tempos de Pandemia: Pode a Constituição Sobreviver a Crises Sanitárias?”, *RFDUL*, LXI, n.º 1 (2020), pp. 651 ss.).

¹² Para desenvolvimento, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...* op. cit., II, pp. 950 ss.; *idem*, *Estado...* pp.

2. É justamente em face desta exemplar cautela constitucional com a protecção das estruturas básicas do Estado de Direito que se tem de considerar muitíssimo preocupante a circunstância, já devidamente notada por uma importante parte da nossa doutrina,¹³ de a normatividade constitucional ter sido reiteradamente derogada logo no primeiro episódio do nosso constitucionalismo democrático em que se revelou necessário o recurso ao estado de excepção.¹⁴ A gravidade dos factos que motivaram a declaração do estado de emergência a partir de Março de 2020 conduziu um significativo leque de intérpretes, embora bem-intencionados, a julgar, de forma precipitada, que seria aceitável pagar o *preço* de renunciar temporariamente à normatividade constitucional para repor a sua vigência com a maior celeridade possível.

Como já se escreveu antes,¹⁵ podem apontar-se, numa síntese rápida e não exaustiva, os exemplos segundo os quais os órgãos de soberania entenderam que:

- (i) A competência atribuída ao Presidente da República para a declaração do estado de excepção e para a especificação dos efeitos das normas de direitos fundamentais por ela afectados (artigos 19.º, n.ºs 1 e 5, e 134.º, alínea d), da Constituição) poderia ser transferida para a esfera do Governo, que havia sido constitucionalmente projectado como órgão executor das normas de excepção mas que passou a ser transformado em órgão normador primário, definindo inovatoriamente os termos da suspensão do exercício de direitos mesmo quando estes, nalguns casos, nem sequer foram previstos nos Decretos presidenciais;
- (ii) Essa transferência seria admitida ainda que o Governo actuasse sob a forma regulamentar e invocasse expressamente a competência administrativa prevista na alínea g) do artigo 199.º da Constituição para regular matérias jusfundamentais que os Decretos presidenciais nunca abordaram e, portanto, nunca deixaram de obter a protecção das correspondentes normas de direito fundamental e de ser abrangidas pela consequente reserva de lei prevista nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º;

197 ss.; *infra*, § 3.º.

¹³ Sem exaustividade, e sob distintas perspectivas, JORGE REIS NOVAIS, “Direitos...” op. cit., pp. 87 ss.; LUÍS FÁBRICA, “Os Decretos de Declaração e de Execução do Estado de Emergência – Aspectos Constitucionais e Administrativos”, *Revista do Ministério Público*, 41, número especial Covid-19 (2020), p. 31; PEDRO GONÇALVES, “Abdicação Parlamentar na Emergência e Continuação da Abdicação na Calamidade”, *Observatório Almedina*, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/05/21/abdicacao-parlamentar-na-emergencia-e-continuacao-da-abdicacao-na-calamidade/>; RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, “Direito...” op. cit., pp. 651 ss.; TIAGO F. FREITAS, “A Execução do Estado de Emergência e da Situação de Calamidade nas Regiões Autónomas – o Caso da Pandemia COVID-19”, *E-Pública*, 7, n.º 1 (2020), pp. 44 ss.; RUI LANCEIRO, “Breves Notas...” op. cit., pp. 734-735, 737 e ss.; LUÍS TERRINHA, “Estado de Excepção Biopolítico e Suspensão de Direitos Fundamentais”, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=3592726, pp. 30-31.

(iii) A cominação da invalidade de qualquer acto jurídico-público desconforme com a Constituição (artigos 3.º, n.º 3, e 277.º da Constituição), não obstante prejudicar a sua capacidade de produção de efeitos jurídicos sem prejuízo dos casos constitucionalmente autorizados de ressalva de efeitos de normas inconstitucionais, não impediria o Decreto de Excepção de proceder à ratificação retroactiva de normas inconstitucionais constantes de decreto-lei, afirmando a sua convalidação e tornando alegadamente conforme com o Direito os actos que nasceram inválidos;

(iv) A definição de um limite temporal de 15 dias para a vigência da declaração de excepção (n.º 5 do artigo 19.º da Constituição) tão-pouco prejudicaria a aprovação de declarações com vigência superior, visto que, precisando de iniciar a sua produção de efeitos em momento anterior de modo a produzir o efeito ratificativo retroactivo, inevitavelmente teriam de vigorar por lapsos temporais maiores.

Esta prática para-constitucional só poderia ser explicada no contexto de uma concepção norteada por um *common good constitutionalism*,¹⁶ que aceita deixar “em quarentena” a própria Constituição¹⁷ em virtude da sua insuficiência para lidar com crises nacionais,¹⁸ supondo-se que a sociedade de intérpretes deveria manter uma margem de avaliação, ainda que reservada para momentos excepcionais, para identificar interesses juridicamente relevantes que, à luz de uma concepção adequada de bem comum, prevaleceriam sobre as normas positivadas pela autoridade constituinte. Essas normas deveriam ser derrotadas nos casos em que se pudesse presumir a *imprevisão* do constituinte – que não poderia ser “mitificado”¹⁹ – para regular desafios desconhecidos na época em que legislou.²⁰

Nesse quadro, supôs-se que qualquer norma (constitucional ou infra-constitucional), dotada de qualquer estrutura (regra ou princípio) e regulando qualquer matéria (direitos fundamentais, procedimentos ou competências), poderia ser derrotada, não apenas por critérios de hierarquia, cronologia,

especialidade ou contradição lógica de resolução de antinomias, mas também por uma ponderação a realizar por um intérprete que estaria autorizado a proceder a juízos de revisão ou substituição de soluções normativas aprovadas por um legislador aparentemente equivocado ou imprevidente.

Esta prática de “excepcionalismo massivo”²¹ adoptada pelos órgãos constituídos esqueceu que é exactamente em face de ameaças mais graves à segurança colectiva que as normas reguladoras do estado de excepção são convocadas para evitar aqueles apelos salvíficos, desconsiderando-se que o modelo português não concebe a suspensão da Constituição²² – nem sequer a suspensão de direitos fundamentais –, mas apenas a suspensão de garantias inerentes ao exercício dos direitos.²³ Desconsiderou-se também que a declaração do estado de excepção afecta certos efeitos das normas de direitos fundamentais sem permitir a suspensão das próprias normas, as quais mantêm a sua aptidão como parâmetro de ordenação de comportamentos.²⁴

Não parece possível aceitar uma tal derrogação de um modelo garantístico português²⁵ que, visando a conservação e não a reformulação da ordem jurídica,²⁶ havia sido justamente pensado para o seu pronto restabelecimento em respeito pelo crivo da proporcionalidade e do controlo mútuo entre órgãos constituídos.²⁷

²¹ VITALINO CANAS, “O Império da Excepção: a Inevitabilidade do Autoritarismo em Democracia?”, *RFDUL*, LXI, 1 (2020), pp. 825-826.

²² J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição... op. cit.*, I, p. 403; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 5.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 431.

²³ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 315; CATARINA BOTELHO, “Os Estados...” *op. cit.*, pp. 58-59.

²⁴ JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, 2 vols., Coimbra: Almedina, 2006, II, pp. 436-437, n. 1840; *idem*, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2.ª ed., Cascais: Principia, 2011, p. 144; *idem*, *Conceito... op. cit.*, p. 4; GONÇALO BARGADO, “O Estado...” *op. cit.*, p. 284.

²⁵ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Commentary on Professor Anna-Bettina Kaiser’s talk *The State of Exception Under German Law and the Current Pandemic: Comparative Models and Constitutional Rights*”, *E-Pública*, Vol. 7, n.º 3 (2020), pp. 32-33; ANA RAQUEL MONIZ, “State of Exception and Covid-19 – Commentary on the Key-Note Speech *The State of Exception under German Law and the Current Pandemic: Comparative Models and Constitutional Rights*, by Professor Anna-Bettina Kaiser”, *idem*, pp. 20-24. Para sistematização dos modelos disponíveis, JOHN FERREJOHN / PASQUALE PASQUINO, “The Law of the Exception: a Typology of Emergency Powers”, *I-CON*, Vol. 2, n.º 2 (2004), pp. 216 ss.; BRUCE ACKERMAN, *Before the Next Attack*, New Haven / London: Yale University Press, 2006, pp. 77 ss.; ANNA-BETTINA KAISER, *Ausnahmeverfassungsrecht*, Tübingen: Mohr-Siebeck, 2020, pp. 184 ss.; entre nós, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Estado... op. cit.*, pp. 111 ss.; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Modelos de Emergência no Direito Constitucional”, in *E-Pública*, Vol. 7, n.º 1 (2020), pp. 7 ss.; JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *O Estado... op. cit.*, pp. 4-6.

²⁶ Sobre este tipo de modelos, JOHN FERREJOHN / PASQUALE PASQUINO, “The Law...” *op. cit.*, p. 223; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Modelos...” *op. cit.*, pp. 7 ss.

²⁷ JORGE MIRANDA, *Manual... op. cit.*, IV, pp. 429 ss.; *idem*, “Artigo 19.º”, in Jorge Miranda / Rui Medeiros

¹⁶ ADRIAN VERMEULE, “Beyond Originalism”, *The Atlantic*, disponível em <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>; para crítica, RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, “Direito...” *op. cit.*, pp. 647-648.

¹⁷ CHIARA TRIPODINA, “La Costituzione al tempo del Coronavirus”, *Costituzionalismo.it*, n.º 1 (2020), p. 83.

¹⁸ OREN GROSS, “Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?”, *Yale Law Journal*, 112 (2003), pp. 1028 ss.

¹⁹ PEDRO MONIZ LOPES, “Significado e Alcance da «Suspensão» do Exercício de Direitos Fundamentais na Declaração de Estado de Emergência”, *E-Pública*, Vol. 7, n.º 1 (2020), p. 149.

²⁰ RÚBEN RAMIÃO, “Lendo a Constituição em Estado de Emergência (3.ª Resposta a Jorge Reis Novais)”, in https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/lendo_a_constituicao_em_estado_de_emergencia_3a_resposta_a_jorge_reis_novais.pdf, pp. 2-3.

II – Modificação das regras de competência dos órgãos de soberania em matéria sancionatória: em especial, o Acórdão n.º 352/2021 do Tribunal Constitucional

3. Contudo, esses preocupantes fenómenos viriam a ser acrescidos por uma nova manifestação da falta de normatividade da Constituição durante o estado de excepção. Esteve agora em causa a utilização da declaração do estado de emergência para a *modificação das regras de competência dos órgãos de soberania*, designadamente em matéria sancionatória. Este novo exemplo dessa crise da normatividade constitucional merece maior ênfase pela circunstância de já ter sido acolhido na jurisprudência constitucional através de pronúncia explícita, e não apenas de adesão implícita.

No âmbito do Acórdão n.º 352/2021, proferido pela 3.ª Secção no âmbito do Processo 397/2020 – embora não sem polémica e incluindo significativos votos de vencido –, o Tribunal Constitucional precisou de responder à questão de saber se a reserva de competência parlamentar consagrada na alínea c) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição (e, implicitamente, a reserva de lei) teria ou não sido violada pela norma constante do n.º 6 do artigo 43.º do Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de Abril, em cujos termos “*a desobediência e a resistência às ordens legítimas das entidades competentes, quando praticadas em violação do disposto no presente decreto, são sancionadas nos termos da lei penal e as respectivas penas são sempre agravadas em um terço, nos seus limites mínimo e máximo, nos termos do n.º 4 do artigo 6.º da Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho*”.

Portanto, na prática, impunha-se apurar se o recurso a um *decreto simples* – que o próprio Governo assumiu como integrado no exercício da *função administrativa*, invocando como habilitação a alínea g) do artigo 199.º da Constituição a par do artigo 17.º da LRESEE – poderia conter uma norma de carácter inovador que pretendia produzir o efeito de agravar a moldura penal de um tipo de crime.

4. Numa decisão aprovada pela margem mínima de três votos favoráveis e dois votos contrários, o Tribunal Constitucional inclinou-se pela não inconstitucionalidade da norma, apoiando-se nos seguintes fundamentos:

(org.), *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 409-414; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...* op. cit., II, pp. 781 ss. e 825 ss.; JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...* op. cit., II, pp. 436-437, n. 1840; idem, *Direitos Fundamentais...* op. cit., pp. 142-146; J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...* op. cit., I, pp. 399-405; CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional: as Instituições do Estado Democrático e Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 346.

(i) A conclusão de inconstitucionalidade só seria “*inexorável*” e “*irrepreensível*” em situações de normalidade constitucional (pontos 7 e 8); ao invés, no Direito de Excepção, o n.º 8 do artigo 19.º da Constituição, que “*confere às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional*”, funda uma competência normativa excepcional do Governo em qualquer matéria relevante para o estado de sítio ou de emergência, independentemente da presença de uma reserva de competência parlamentar (pontos 11 e 12);

(ii) Tal solução não violaria (em geral) o princípio da separação de poderes, que permitiria tal solução à luz das suas vertentes de “*garantia de moderação política*” e de “*imperativo de adequação funcional*”, respeitando a adequação do Governo como órgão de condução da política geral do país e órgão superior da Administração Pública para exercer de modo mais adequado a actividade de execução num contexto de excepção (ponto 11);

(iii) Mas tão-pouco violaria (em especial) a proibição de modificação das regras de competência e funcionamento dos órgãos de soberania prevista no n.º 7 do artigo 19.º da Constituição, porque “*o seu exercício baseia-se num título extraordinário (a declaração do estado de excepção), reveste carácter temporário (a vigência do decreto presidencial) e é orientado a uma finalidade específica (a restauração da normalidade constitucional)*”, sendo presidido pelo princípio da proporcionalidade que afasta o seu uso arbitrário (ponto 12);

(iv) Nem seria problemática a circunstância de o artigo 7.º da LRESEE omitir qualquer referência ao agravamento dos limites da moldura penal do crime de desobediência, limitando-se a cominar esse crime sem precluir a competência do Governo para fixar as consequências jurídicas dessa desobediência (ponto 12);

(v) Do ponto de vista valorativo, o entendimento oposto incorreria numa “*ostensiva contradição axiológica*”, já que se verifica que “*a sanção penal da desobediência a ordens legítimas emitidas pelas autoridades competentes no âmbito de um estado de excepção administrativa é mais severa do que a definida para a desobediência a ordens legítimas emitidas no âmbito de um estado de excepção constitucional, por natureza de gravidade superior*”, não se compreendendo “*a punição mais severa da desobediência a ordens administrativas orientadas a garantir a legalidade normal do que aquelas que se destinam a garantir uma legalidade excepcional que, por circunstâncias e finalidades constitucionalmente reconhecidas, justifica sacrifícios extraordinários*” (ponto 8).

Tem de reconhecer-se que estas linhas argumentativas revelam problemas equivalentes aos que já foram identificados nas sensibilidades doutrinárias acima criticadas, sendo necessário proceder agora a uma avaliação detalhada dos seus pressupostos.

III – Primeiro problema: a congruência entre os n.ºs 7 e 8 do artigo 19.º da Constituição

5. A primeira questão a considerar incide sobre uma dificuldade interpretativa que não se pode negar existir à luz da redacção escolhida pelo constituinte: a de saber como atribuir um conteúdo útil, mas exequível, ao n.º 7 do artigo 19.º da Constituição. Se é verdade que a Constituição pretende que as regras relativas à competência e funcionamento dos órgãos de soberania e de governo das Regiões se mantenham intactas,²⁸ o intérprete tem de determinar o alcance dessa disposição em termos tais que não fique prejudicada “inclusivamente a própria execução do estado de emergência”.²⁹ É evidente que, na execução do Decreto de Excepção (artigo 17.º da LRESEE) e na adopção de providências para o restabelecimento da normalidade constitucional (n.º 8 do artigo 19.º da Constituição), os órgãos da função administrativa têm de aprovar normas que estariam *prima facie* cobertas por reservas parlamentares (a começar pela alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º), sob pena de todo o mecanismo de suspensão referido no artigo 19.º, que incide precisamente sobre direitos de liberdade, ser inutilizado.³⁰

Todavia, isso apenas implica que as providências a aprovar no exercício da função administrativa, sem credencial parlamentar, são aquelas que correspondem às fronteiras delimitadas pela “especificação” formada ao abrigo do n.º 5 do artigo 19.º da Constituição. No fundo, pode afirmar-se, sem que tal corresponda a uma criação do intérprete que ofenda a normatividade constitucional, que a intervenção suspensiva do Presidente sobre uma norma de direito fundamental faz com que certas condutas, que se encontravam previamente protegidas, fiquem agora *fora da cobertura* do aparato material, orgânico e procedimental que lhes seria dada pelo sistema de direitos fundamentais. A limitação competencial prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º é um dos aspectos do regime de protecção jusfundamental. Com a suspensão, a matéria correspondente à norma de direito fundamental deixa,

²⁸ RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, “Direito...” *op. cit.*, pp. 667-668.

²⁹ TIAGO FIDALGO DE FREITAS, “A Execução...” *op. cit.*, p. 62.

³⁰ GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO, “Compreender o Estado de Excepção Constitucional”, *Julgar*, n.º 44 (2021), p. 143; GONÇALO BARGADO, “O Estado...” *op. cit.*, pp. 289-290; LUÍS TERRINHA, “Estado...” *op. cit.*, pp. 18-19.

no plano orgânico, de estar coberta por uma reserva parlamentar, do mesmo modo que, no plano material, a interferência sobre as condutas protegidas deixa temporariamente de estar abrangida pelo programa normativo jusfundamental.³¹

6. Mas é claro que essa conclusão não se mantém para os âmbitos *exteriores* à fronteira da suspensão decretada pelo Presidente. Se a norma de direito fundamental não é atingida pelo único mecanismo constitucional (única “forma prevista na Constituição”) que permite a suspensão (n.º 1 do artigo 19.º), então ela continua a produzir os seus efeitos típicos, mantendo-se também aplicável o restante regime material, orgânico e procedimental que foi concebido para a normalidade constitucional.

Por isso, a mesma conclusão é aplicável à fronteira das competências legislativas parlamentar e governamental: “fora das áreas normativas do estado de excepção, mantêm-se, na sua plenitude, os critérios jurídico-constitucionais determinantes da competência legislativa governamental”.³² É óbvio que, “tanto em situação de normalidade constitucional como em estado de emergência, há inconstitucionalidade quando o Governo, sem a necessária autorização legislativa parlamentar, legisle ou disponha constitutivamente sobre direitos fundamentais que não estejam suspensos”.³³

Nem se compreende como conceber o significado do n.º 7 do artigo 19.º em termos diferentes destes, eliminando-lhe qualquer efeito útil. Como antes se disse, é adquirido que o modelo suspensivo perfilhado na nossa Constituição, evitando o perigo de uma normatividade paralela que proceda à suspensão global da Constituição, é estritamente dirigido à afectação de certos efeitos de certas normas de direitos fundamentais (aquelas abrangidas pela especificação presidencial).³⁴ O restante sistema de normalidade constitucional – não tendo sido afectado pela “forma prevista na Constituição” (n.º 1 do artigo 19.º) – mantém-se intacto como parâmetro vigente de regulação da

³¹ Em termos idênticos, JORGE REIS NOVAIS, “Direitos...”, p. 111 (“não há inconstitucionalidade quando o Governo se limite a executar a declaração do estado de emergência ou quando legisle mantendo-se estritamente no âmbito normativo delimitado pela suspensão de um direito fundamental”); RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, “Direito...” *op. cit.*, p. 668 (nestes domínios, o Parlamento já vê a sua competência reservada salvaguardada porque “assume as suas competências em sede da Resolução parlamentar de autorização da declaração do estado de excepção”).

³² RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, “Direito...” *op. cit.*, pp. 668-669.

³³ JORGE REIS NOVAIS, “Direitos...” *op. cit.*, p. 111.

³⁴ JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...* *op. cit.*, II, pp. 436-437, n. 1840; *idem*, *Direitos Fundamentais...* *op. cit.*, p. 144; ou, noutros termos, são apenas sujeitos a um “enfraquecimento” – JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...* *op. cit.*, p. 315, n. 7.

actividade dos poderes constituídos.³⁵ Noutros termos, se é evidente que a “constitucionalização do estado de necessidade” nunca implica “a suspensão da Constituição”, mas sim “um processo submetido nos seus trâmites à Constituição”, então “não é apenas a garantia dos direitos que deve ser preservada, mas também a garantia do funcionamento dos órgãos de soberania com as suas competências próprias”.³⁶

Assim, o n.º 8 do artigo 19.º da Constituição não faz mais do que atribuir às autoridades (a começar pelo Governo) a competência para adoptarem “providências” – normativas e também materiais³⁷ – que, no âmbito da suspensão já delimitada nos termos dos n.ºs 1 e 5, se revelem “necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional”.

Nada mais decorre do n.º 8 do artigo 19.º da Constituição; e nenhuma outra alteração competencial é autorizada ou sequer imaginada pela Constituição, já que a isso mesmo se opõe a norma-regra prevista no n.º 7 do mesmo artigo.

7. Como é de ver, este quadro normativo é muito distinto daquele que foi sugerido pelo Acórdão n.º 352/2021, que pressupõe que, “uma vez declarado um estado de emergência ou um estado de sítio, o executivo passa a atuar no quadro de uma organização excepcional do poder público”, dispondo de uma “competência normativa alargada, cujo âmbito material é definido em função do necessário e adequado ao «pronto restabelecimento da normalidade constitucional»” – numa palavra, “o executivo opera, neste quadro constitucional especialíssimo, como um legislador extraordinário *ex ratione necessitatis*” (ponto 12).

Na prática, a norma-regra presente no n.º 7 do artigo 19.º da Constituição seria substituída por uma *nova figura para-legislativa* que, no estado de excepção, se somaria às tipologias de actos legislativos previstos no n.º 1 do artigo 112.º, mas também à própria declaração presidencial tipificada no n.º 5 do artigo 19.º: tratar-se-iam das “providências” normativas directamente fundadas no n.º 8 do artigo 19.º da Constituição, que habilitariam o Governo a “decretar normas em matéria normalmente sujeita a reserva de lei parlamentar”.

³⁵ Em sentido paralelo, FERNÁNDEZ SEGADO, “Naturaleza y Régimen Legal de la Suspensión General de los Derechos Fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, 18-19 (1983), p. 32.

³⁶ CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional...* op. cit., p. 357.

³⁷ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...* op. cit., p. 1105.

8. Tem de reconhecer-se que esta figura normativa – com esse âmbito alargado reconhecido a um “legislador extraordinário” – é desconhecida do ordenamento constitucional português. Aliás, a descrição que dela é feita – que não encontra suporte em qualquer norma constitucional, e seguramente não no n.º 8 do artigo 19.º, que tem em vista a actuação de autoridades administrativas³⁸ e cujo âmbito se encontra previamente delimitado pelos n.ºs 1, 5 e 7 do mesmo artigo, nos termos acima referidos –, apresenta uma coloração aproximada (embora naturalmente não o reproduza na sua totalidade) do modelo da *ditadura comissarial romana*³⁹ e não parece, de todo, ser assimilável ao modelo garantístico português.

É que, esclareça-se, se é verdade que aquele modelo ditatorial – ainda *conservando* a ordem estabelecida, sendo um mecanismo de defesa dessa ordem para a sua restauração – se mostra mais benigno do que o modelo de *ditadura soberana* que destrói a ordem estabelecida para a sua substituição por uma nova,⁴⁰ a nossa democracia constitucional não aceita a suspensão genérica da normatividade comum – reitere-se que não aceita sequer a suspensão integral de normas de direitos fundamentais, mas apenas de alguns dos seus efeitos normativos⁴¹ – nem confia a um órgão comissarial uma competência transversal para a intervenção geral em qualquer âmbito do ordenamento, nem mesmo sob o pretexto de auxiliar a sua recuperação. Nesse plano, o modelo português é mais ambicioso na sua vertente garantística do que qualquer modelo clássico, circunscrevendo a actuação de cada um dos

³⁸ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Estado...*, pp. 191-194; ANA RAQUEL MONIZ, “A Crise Sanitária e os Problemas de Excepcionalidade Normativa: Reflexões Juspúblicas”, *Revista do Ministério Público*, 42, n.º 165 (2021), p. 42.

³⁹ CARL SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedanken bis zum proletarischen Klassenkampf*, 7.ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 2006, pp. 1 ss.; CLINTON ROSSITER, *Constitutional Dictatorship*, Princeton: Princeton University Press, 1979. Sublinhe-se que se refere aqui o modelo abstracto concebido por CARL SCHMITT, não cabendo sequer discutir neste texto o impacto político específico da sua teorização sobre o regime de 1933-1945. A perspectiva que aqui se assume – e que se considera a única compatível com uma perspectiva cientificamente adequada –, que incide sobre o contributo juscitífico de um Autor e que não pode ser condicionada por factores não jurídicos, é a que já foi sustentada por CARLOS BLANCO DE MORAIS, *As Leis Reforçadas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 1013-1014, n. 3610; e, novamente, por CARLOS BLANCO DE MORAIS / LUÍS PEREIRA COUTINHO, *Carl Schmitt Revisitado*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, p. 4, disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/icjp_ebook_carlschmittrevisitado.pdf.

⁴⁰ CARL SCHMITT, *Die Diktatur...*, pp. 142-143; OREN GROSS, “The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt’s Theory of Emergency Powers and the «Norm-Exception» Dichotomy”, *Cardozo Law Review*, 21, 2000, pp. 1840-1841; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...* op. cit., I, pp. 116 ss.; GONÇALO BARGADO, “O Estado...” op. cit., p. 263; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Pensar no Estado de Excepção na sua Exigência”, disponível in <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/02/pensar-no-estado-da-excecao-na-sua-exigencia/>.

⁴¹ JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais...* op. cit., p. 144.

poderes constituídos e preservando a efectividade do ordenamento normal em tudo o que não tenha sido abrangido pela declaração de excepção.⁴²

É justamente aí que o n.º 7 do artigo 19.º exerce um papel fulcral: ele assegura que o sistema de competências da Constituição é mantido intacto em todos os âmbitos não afectados pela suspensão, impedindo que qualquer dos órgãos constituídos que participam na declaração ou na execução do estado de excepção assumam aquele perfil comissarial.

Este elogiável quadro garantístico mostra-se totalmente alheio à descrição de um “legislador extraordinário” apresentado na mais recente jurisprudência, tendo o n.º 7 do artigo 19.º o mérito de impedir uma leitura do n.º 8 do mesmo artigo no sentido de instauração da ditadura comissarial (aliás, seja qual for o órgão constituído que por ela pretendesse ser beneficiado).

No fundo, invocando a necessidade de compatibilizar o alcance dos n.ºs 7 e 8 do artigo 19.º, atribui-se um significado à segunda disposição que simplesmente apaga a primeira: não obstante o n.º 7 asseverar que a declaração de excepção não pode “afectar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania”, utilizar-se-ia o n.º 8 para legislar – agora mesmo sob a forma de regulamento – sobre as mesmíssimas matérias que a Constituição reservou à competência de outro órgão de soberania. Tudo se passaria como se as próprias regras que o n.º 7 declarou não poderem ser afectadas também tivessem sido *suspensas*, já que nem sequer se objectaria que uma matéria sujeita a competência legislativa parlamentar fosse regulada inovadoramente por regulamento do Governo.⁴³

A realidade é bem diversa: tal como certamente identificado na declaração de voto da Conselheira Maria José Rangel de Mesquita, “aquele n.º 8 do artigo 19.º não pode ser dissociado dos *limites*, consagrados no precedente número 7 do preceito, à alteração, pela declaração do estado de emergência, da «normalidade constitucional nos termos previstos na Constituição e na lei», *in casu*, os limites atinentes às regras constitucionais relativas à competência da Assembleia da República, enquanto órgão de soberania (artigos 110.º, n.º 1 e 165.º, n.º 1, alínea c), da Constituição) – que por força desse preceito se aplicam, exactamente, também *fora* do quadro das «condições de normalidade constitucional»”.

⁴² No dizer de J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA (*Constituição... op. cit.*, I, p. 403), não existe suspensão da Constituição justamente porque, ressalvados os direitos fundamentais afectados pela suspensão, “nada mais pode ser suspenso”, particularmente a “suspensão dos órgãos de soberania ou das suas atribuições e competências constitucionais”.

⁴³ Precisamente com esta crítica, MARCO CALDEIRA, “A Pandemia e a Jurisprudência: Primeiros Desenvolvimentos”, *Revista Jurídica*, Lisboa, n.º 32-33, 2021.

9. Nem seria possível replicar que as normas sancionatórias se encontram numa relação de “simbiose funcional” em face das normas primárias que visam proteger, permitindo estender a competência do órgão que aprova as normas primárias para abranger também as normas incriminadoras (ponto 12).

Não se tem conhecimento de que em momento algum tenha sido possível sustentar no nosso ordenamento constitucional que a *competência para aprovar uma dada norma de conduta* – que pode ter uma natureza regulamentar – tenha automaticamente associada a *competência para sancionar o infractor dessa norma*. A diferenciação de competências é evidente porque os próprios bens jurídicos afectados são distintos: não é o mesmo prescrever uma conduta que limita o comportamento de um sujeito ou determinar que a violação dessa primeira norma de conduta tem como consequência a privação da sua liberdade ou a imposição de consequências sancionatórias patrimoniais. Nem se imagina qual o sentido a atribuir então, mesmo em situações de normalidade constitucional, à reserva atribuída ao Parlamento pela alínea c) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição.

Na verdade, as preocupações inerentes à legalidade *criminal* impõem precisamente o entendimento oposto: se existe alguma especificidade que distingue aquela alínea c) em face das demais cláusulas de reserva parlamentar, ela consistirá na circunstância de blindar as competências do órgão parlamentar que é responsável pelo cumprimento da garantia *nullum crimen sine lege praevia*.⁴⁴ Por isso, a separação de poderes adquire no domínio penal uma “posição privilegiada” que o torna, não mais poroso, mas sim mais reforçado,⁴⁵ sendo também ela que justifica a proibição de intervenção normativa de regulamentos em matéria penal, nem mesmo mediante autorização legislativa que não pode contornar a proibição de regulamentos penais delegados.⁴⁶

Também essa dimensão jurídico-criminal é surpreendentemente esquecida na referida jurisprudência.

⁴⁴ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Artigo 29.º”, in Jorge Miranda / Rui Medeiros (org.), *Constituição... op. cit.*, I, p. 670; RAQUEL CASTRO, “Direito...”, p. 545.

⁴⁵ JORGE MIRANDA / CATARINA BOTELHO, “Artigo 165.º”, in Jorge Miranda / Rui Medeiros (org.), *Constituição... op. cit.*, II, p. 545.

⁴⁶ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição... op. cit.*, I, p. 494.

IV – Segundo problema: a inaceitabilidade de um “legislador extraordinário” próprio de um modelo comissarial à luz da solução portuguesa

10. Na posição maioritária que fez vencimento no referido aresto, procura-se evitar que esta leitura comissarial dos poderes normativos do Governo seja censurada como incompatível com o modelo constitucional português através do recurso a dois distintos planos.

a) Por um lado, no plano material, recorda-se que toda a disciplina do artigo 19.º da Constituição se encontra sujeita aos limites de necessidade e proporcionalidade já acima considerados, sendo o papel de “legislador extraordinário” reconhecido ao Governo estritamente recortado à “finalidade específica (a restauração da normalidade constitucional)” que justifica o estado de excepção, sem esquecer a limitação “temporária” inerente ao prazo de vigência de cada declaração de excepção.

Esse primeiro argumento de recurso parece, porém, passar ao lado da discussão em curso. É claro que ao modelo de ditadura comissarial tão-pouco repugnaria reconhecer estas balizas impeditivas do arbítrio, já que os plenos poderes conferidos ao ditador também teriam as mesmas limitações finalística (restauração da ordem em crise) e temporal (concessão de poderes pelo estrito tempo necessário à restauração). Mas a Constituição Portuguesa fixou *normas-regra adicionais* nos planos material e competencial justamente porque considerou que a enumeração de princípios gerais como a proporcionalidade *não seria suficiente* para evitar o perigo de arbítrio. Apesar de ser claro que a sujeição de cada medida de excepção ao crivo da proporcionalidade tende precisamente a evitar a adopção de soluções arbitrárias, esse risco não estaria totalmente afastado sem que, por exemplo, se impusesse a delimitação adicional de direitos intocáveis (n.º 6 do artigo 19.º) ou de competências inalteráveis pela declaração de excepção (n.º 7 do artigo 19.º).

Na prática, o Acórdão n.º 352/2021 procura *tranquilizar* os destinatários das interferências governamentais sobre os seus direitos fundamentais por asseverar que, não obstante o disposto no n.º 7 do artigo 19.º, o poder deste “legislador extraordinário” ainda pode ser admitido sem inconstitucionalidade porque ele “está bem longe de ser arbitrário ou absoluto”, visto que, “no plano material, encontra-se vinculado ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo”, “sendo as normas e os actos do poder executivo decretados e praticados neste âmbito sindicáveis pelos tribunais nos termos gerais”.

Porém, como se compreende, esta linha argumentativa seria plenamente utilizável para a derrogação de qualquer das outras normas-regra presentes no

artigo 19.º. Também seria possível alegar que, não obstante o n.º 6 do artigo 19.º, uma interpretação actualista do Direito de Excepção tem de admitir a afectação dos direitos à vida, à integridade física ou à não retroactividade da lei criminal, já que essas são exigências decorrentes de ameaças contemporâneas aos Estados que o estado de excepção tem de poder combater; e que, perante os perigos daí emergentes, os cidadãos poderiam ser *tranquilizados* porquanto nenhuma medida ablativa sobre esses direitos seria admitida sem passar o crivo da proporcionalidade, assim se afastando o arbítrio.

Sucede que o constituinte julgou que esses crivos gerais, embora significativos, seriam insuficientes para a importância de certos bens jurídicos que teriam de ficar excluídos de qualquer avaliação de proporcionalidade; por isso os protegeu com normas-regra que representam ponderações definitivas que o intérprete já não pode rever ou reiniciar. O cidadão só fica tranquilizado com a circunstância de os direitos elencados no n.º 6 do artigo 19.º não estarem em risco de suspensão porque sabe que nenhum Tribunal pode sequer iniciar um *juízo ponderativo* para verificar se uma medida ablativa desses direitos poderia ou não ser justificada à luz da proporcionalidade.

E assim sucede também com a relação entre o disposto nos n.ºs 7 e 8 do artigo 19.º: o constituinte simplesmente *não confia* na suficiência de crivos gerais como a proporcionalidade para a delimitação da competência de órgãos constituídos que poderiam ser atraídos à tentação de alargar a sua área de intervenção sob pretexto de restauração da normalidade constitucional. Por isso determina que a declaração de excepção tem de especificar o exacto alcance da intervenção suspensiva do Presidente; e qualquer outro âmbito constitucional mantém a delimitação de competências dos órgãos de soberania rigorosamente idêntica à que se verifica em normalidade constitucional, sob pena de violação da norma-regra prevista no n.º 7 do artigo 19.º.

b) Como segundo argumento de recurso, o Acórdão n.º 352/2021 também assegura que aquela figura do “legislador extraordinário” não pode descambar no arbítrio porque, agora no plano competencial, o “sistema de freios e contrapesos” decorrente da já estudada conjugação entre o papel dos distintos órgãos de soberania envolvidos na declaração e execução do estado de excepção impede o reconhecimento de um poder “absoluto” a um órgão único, também aqui “recusando os extremos da ditadura comissarial”.

É verdade que, neste segundo plano, o modelo de ditadura comissarial se distingue do modelo constitucional português por pressupor a atribuição de plenos poderes a um comissário único que não fica sujeito a freios e

contrapesos decorrentes da intervenção interdependente entre diferentes centros de poder.⁴⁷ Pelo contrário, o sistema português, mediante a solução consociativa de congregação entre Presidente, Parlamento e Governo (além do papel reconhecido à fiscalização jurisdicional),⁴⁸ tem o exacto efeito de proibição daquele órgão comissário.

O problema da utilização desse argumento para a justificação da nova figura das “providências” normativas directamente fundadas na Constituição, agora proposta neste aresto, reside na sua evidente *circularidade*. Se o sistema português está protegido do nascimento de um comissário que se arroga o exercício de plenos poderes para a restauração da ordem constitucional, tal deve-se à exacta circunstância de cercear o espaço competencial de cada órgão de soberania que fica submetido a uma corrente de interferências mútuas. Sem o respeito pelo sistema competencial do Direito de Excepção – de que o n.º 7 do artigo 19.º é uma pedra angular, embora não única –, é claro que o modelo de freios e contrapesos desaparece e nenhum órgão constituído fica impedido de reclamar o papel de comissário para a salvação nacional.

Porém, é justamente esse modelo de freios e contrapesos que se extingue quando se argumenta que o n.º 7 do artigo 19.º não pode ser aplicável para impedir um “poder normativo absolutamente excepcional”; quando se sustenta que ele é apenas invocável para limitar a modificação de competências para editar *normas de âmbito geral* (usando-se o exemplo de o Governo estar proibido de “agravar a moldura penal do crime de desobediência *em geral*”); mas que não prejudica o nascimento de uma competência de aprovação de quaisquer *normas de âmbito excepcional* – já que, no dizer do referido aresto, está em causa um “poder de emergência *constitucional* que nasce exclusivamente com a declaração de um estado de excepção e que implica uma concentração extraordinária de poder executivo”.

Se o executivo beneficia desta “concentração” de poder e não fica sequer limitado pelo âmbito do Decreto presidencial de excepção – visto que o Tribunal Constitucional sustentou aqui uma norma governamental que o Decreto presidencial não contemplou –, podendo decretar normas em qualquer matéria, incluindo “matéria normalmente sujeita a reserva de lei parlamentar”, então o sistema de freios e contrapesos fica realmente substituído por um sistema comissarial.

⁴⁷ CARL SCHMITT, *Die Diktatur...* op. cit., pp. 1 ss.; SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, I, 4.ª ed., Coimbra, 1984, p. 65, n. 93; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado...* op. cit., I, pp. 123-124; GONÇALO BARGADO, “O Estado...” op. cit., p. 255.

⁴⁸ V. *supra*, § 1.º.

Daí a circularidade do raciocínio: alega-se, em suma, que este alargamento de competências de um “legislador extraordinário” não fere o sistema constitucional porque tal sistema impede um modelo comissarial através dos seus freios e contrapesos; porém, a interpretação a que se procede propõe a derrogação desses freios e contrapesos, com a qual justamente se autoriza o surgimento do órgão comissarial.

Em resultado, o sistema de freios e contrapesos ficaria virtualmente limitado à circunstância de “a aplicação da declaração de estado de sítio ou de estado de emergência” ser “objecto específico de fiscalização parlamentar (alínea b) do artigo 162.º)” (cfr. ponto 12) – não podendo deixar de observar-se que seria realmente surpreendente que o modelo português de *checks and balances* ficasse reduzido a semelhante garantia que a prática mais recente revelou ser virtualmente nula.⁴⁹

11. De resto, os problemas resultantes desta interpretação podem ser igualmente percepcionados pelo contraste com a conhecida jurisprudência através da qual o Tribunal Constitucional – de forma irrepreensível – se pronunciou contra as iniciativas regionais que formaram um verdadeiro ordenamento autónomo, alheio ao Direito de Excepção nacional criado ao abrigo do artigo 19.º da Constituição Portuguesa, comportando-se como se os órgãos de governo das Regiões detivessem competências para conformar um quadro normativo inovador de suspensão do exercício de direitos fundamentais.

É evidente que, mesmo abstraindo dos problemas de proporcionalidade *lato sensu* envolvidos no tipo de medidas aprovadas nas Regiões, a combinação de normas materiais emergentes do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 27.º e de normas competenciais emergentes do n.º 7 do artigo 19.º e da alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição jamais permitiria a afectação negativa do direito de liberdade que foi bem identificada nos Acórdãos n.ºs 424/2020 (Proc. 403/20); 687/2020 (Proc. 726/20), 729/2020 (Proc. 727/2020), 769/2020 (Proc. 857/20) e 173/2021 (Proc. 728/20).

A inconstitucionalidade é flagrante, tendo em conta que (i) semelhante interferência num direito de liberdade fica reservada ao legislador parlamentar nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º, (ii) tendo o n.º 7 do artigo

⁴⁹ Sobre a intervenção parlamentar neste período, RUI LANCEIRO, “Breves Notas...” op. cit., p. 741; TERESA VIOLANTE / RUI LANCEIRO, “The Response to the COVID-19 Pandemic in Portugal: A Success Story Gone Wrong”, in *Verfassungsblog*, disponível em <https://verfassungsblog.de/the-response-to-the-covid-19-pandemic-in-portugal-a-success-story-gone-wrong/>, p. 4.

19.º o efeito de blindar essa regra competencial contra a tentação da sua modificação em situações de excepcionalidade constitucional.⁵⁰

Mas este raciocínio expõe o verdadeiro alcance do percurso argumentativo entretanto formulado no Acórdão n.º 352/2021, que provaria demais e inutilizaria os argumentos usados na jurisprudência que versou sobre aquelas normas regionais. Se o n.º 7 do artigo 19.º deve ser derrotado perante outros interesses jurídicos que assumam peso superior no caso concreto, alegando-se para tanto a existência de *providências normativas directamente fundadas no n.º 8 do artigo 19.º da Constituição* – o que equivale a dizer que podem dispensar a intermediação do artigo 17.º da LRESEE –, essas providências podem ser usadas por qualquer autoridade administrativa, e não apenas pelo Governo, visto que tal distinção não é estabelecida pela Constituição, mas sim por uma lei ordinária que o Tribunal afirmou poder *dispensar*.⁵¹

É evidente que não se adere aqui a tal tese, justamente porque se considera que o dever de obediência do intérprete perante normas-regra positivadas pela autoridade constituinte impõe uma leitura distinta do disposto no n.º 7 do artigo 19.º. Mas essa barreira normativa é demolida por quem subscrever a possibilidade de reponderação das competências constitucionais pelo intérprete com fundamento no n.º 8 do artigo 19.º, que pode ser acenado por qualquer autoridade da Administração Pública.

Naturalmente, se o Tribunal Constitucional procedeu a uma visível inversão da jurisprudência que havia versado sobre as normas de âmbito

⁵⁰ TIAGO FREITAS, “A Execução...” *op. cit.*, pp. 73-75; MARCO CALDEIRA, “A Pandemia...” *op. cit.*, no prelo.

⁵¹ O próprio Governo confirmou que nunca concebeu a hipótese de o n.º 8 do artigo 19.º dever ser interpretado como restringindo o envolvimento das autoridades públicas infra-estatais. Daí que, por um lado, tivesse confiado aos Municípios a decisão constitutiva sobre impedir ou não impedir a circulação de pessoas em certos espaços públicos (cfr. artigo 35.º-A do Decreto n.º 3-A/2021, aditado pelo Decreto n.º 3-B/2021) e, sobretudo, que preferisse manter um quase total silêncio sobre o regime aplicável nas Regiões, forçando, pela sua omissão, os órgãos regionais a assumir o protagonismo decisório na emissão de normas primárias que determinavam o verdadeiro âmbito da intervenção sobre direitos fundamentais, acabando a ignorar a própria solução prevista no n.º 2 do artigo 20.º da LRESEE. Nem é possível alegar que o critério distintivo entre o Governo da República e os Governos Regionais residiria na qualificação do primeiro como órgão de soberania, sendo ele o único que aprovaria normas de excepção, em virtude de se admitir que a declaração do estado de excepção corresponde ao exercício de uma função de soberania (quanto a esta qualificação soberana, cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 402/2008 [Proc. 572/08]), assim afastando o perigo de intervenção inovadora das Regiões. É que, recorde-se, discute-se aqui o alcance de uma norma atinente à *execução* da declaração de excepção, e não à *autorização* ou *aprovação* dessa declaração onde reside a função soberana (única, aliás, que a Constituição entendeu regular expressamente), sendo o n.º 8 do artigo 19.º especificamente vocacionado para a convocação da intervenção da Administração (JORGE BACELAR GOUVEIA, *Estado... op. cit.*, pp. 191-194; ANA RAQUEL MONIZ, “A Crise...” *op. cit.*, p. 42). Por isso, para quem insiste no alargamento da competência meramente executiva de um órgão nacional, tão-pouco se encontrarão barreiras adicionais ao alargamento (territorialmente limitado) da competência dos órgãos infra-estatais.

regional, fê-lo porque a concepção de um Executivo como órgão comissarial dotado de plenos poderes para a assunção de funções como legislador extraordinário obriga a pressupor que esta construção só poderia ser usada em benefício do próprio Governo. Mas, como se vê, isso depende de criar uma distinção entre a “autoridade” do Governo e todas as demais “autoridades” que se inscrevem no âmbito normativo do n.º 8 do artigo 19.º e que este não distinguiu nem autorizou o intérprete a distinguir. Portanto, a porta aberta pelo Acórdão n.º 352/2021, uma vez utilizada, já não pode ser fechada por qualquer intérprete futuro.

E contra os perigos que decorrem dessa abertura a uma Administração-Legisladora, aquele intérprete responderia com a exacta linha argumentativa já exposta neste aresto em benefício do Governo: dir-se-ia que este é um poder (i) sujeito ao princípio da proporcionalidade, (ii) temporariamente limitado pela vigência da declaração do estado de excepção e (iii) finalisticamente orientado à reposição da normalidade constitucional, razão pela qual os destinatários das normas regionais poderiam ficar tranquilizados contra o perigo do *arbitrio* (ponto 12).

Eis a consequência da derrota de uma norma-regra constitucional que o constituinte, com boas razões, havia determinado que não fosse derrotada no âmbito de juízos ponderativos.

V – Idem: aplicação no caso exemplar da norma sancionatória discutida no Acórdão n.º 352/2021

12. A insuficiência dos dois argumentos (material e competencial) apresentados como fundamento para a permissão da legislação comissarial do Governo é patenteada através da *prova dos nove* que é obtida através do exacto objecto fiscalizado no Acórdão n.º 352/2021.

a) Em primeiro lugar, não existe no Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020 qualquer *fundamento suspensivo habilitante* que inclua a definição da moldura penal do crime de desobediência dentro do *âmbito* da declaração de excepção e que autorize outras autoridades – nomeadamente o Governo ao abrigo do poder de execução previsto no artigo 17.º da LRESEE – a adoptar providências, nos termos do n.º 8 do artigo 19.º da Constituição, que possam ser reputadas como concretizando a declaração de emergência. O artigo 5.º do Decreto apenas adverte que os autores de actos de resistência contra as autoridades que executam o estado de emergência incorrem no crime de desobediência, “*nos termos da lei*”, isto é, nos termos das normas vigentes aprovadas pelo órgão constitucionalmente

competente para o efeito. Não se encontra aí qualquer intenção habilitante para que um “legislador de emergência” se encontre dispensado da regra de competência prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 165.º (mas também na alínea b) do mesmo n.º 1), modificando, mesmo transitoriamente e ao abrigo da declaração de emergência, algum dos pressupostos do tipo legal de crime ou a sua moldura penal.

Portanto, visto que essa matéria não obtém a cobertura do Decreto de Excepção, quanto a ela ficam preservadas todas as regras materiais, competenciais e procedimentais aprovadas ao abrigo da normalidade constitucional. Se a Constituição não é suspensa,⁵² antes sendo suspensos somente certos efeitos que decorrem das específicas normas abrangidas pelo Decreto de Excepção,⁵³ o órgão competente para legislar em matéria criminal continua a ser a Assembleia da República.

Porém, na medida em que o Governo entendeu actuar como legislador comissarial e produzir inovadoramente efeitos de direito numa matéria sobre a qual não pode legislar sem credencial parlamentar, o n.º 6 do artigo 43.º do Decreto n.º 2-B/2020 encontrou-se *ferido de inconstitucionalidade por violação da alínea c) (e também b)) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição*.

Dito de forma simples: se não existe suspensão ou se ela não cobre efectivamente os âmbitos normativos objecto de intervenção, então a interferência sobre o direito “redundará sempre noutras modalidades de afectação”, tais como a “restrição” ou a própria “violação” de direitos, liberdades e garantias, as quais, justamente por falta de cobertura constitucional, serão aqui “necessariamente inconstitucionais”.⁵⁴

b) Em segundo lugar, ainda que assim não fosse entendido e se confiasse ao Governo semelhante papel de “legislador extraordinário”, o Tribunal Constitucional não resolveu sequer o vício adicional que resultaria da aplicação desta construção ao presente caso: o Governo insistiu inclusivamente em não assumir o papel de “legislador”, na medida em que recorreu à forma de *decreto simples*, assumindo-o como integrado no exercício da *função administrativa* ao invocar como habilitação a alínea g) do artigo 199.º da Constituição a par do artigo 17.º da LRESEE.⁵⁵ Assim, o Governo encarregou-se de inutilizar a mesmíssima argumentação empreendida

⁵² J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição... op. cit.*, I, p. 403.

⁵³ JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais... op. cit.*, p. 144; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos... op. cit.*, p. 315, n. 7.

⁵⁴ JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais... op. cit.*, p. 146.

⁵⁵ Advertindo este problema, LUÍS TERRINHA, “Estado...” *op. cit.*, pp. 30-31.

pelo Tribunal Constitucional para desenhar a inovadora figura normativa da legislação extraordinária que se diria fundada no n.º 8 do artigo 19.º da Constituição: entendeu aprovar uma norma de carácter inovador que pretendia produzir o efeito de agravar a moldura penal de um tipo de crime sob a forma de decreto da função administrativa.

Ora, como se sabe, o Governo pode incorrer em inconstitucionalidade orgânica ou formal, também durante o estado de excepção, se ultrapassar qualquer destes dois limites: (i) “tanto em situação de normalidade constitucional, como em estado de emergência, há inconstitucionalidade quando o Governo, sem a necessária autorização legislativa parlamentar, legisle ou disponha constitutivamente sobre direitos fundamentais que não estejam suspensos”; (ii) mas também quando – mesmo no domínio afectado pela suspensão – “dispuser constitutiva ou primariamente nesse domínio através de acto regulamentar e não de acto legislativo”.⁵⁶

Ao conseguir desrespeitar simultaneamente qualquer desses dois limites, o n.º 6 do artigo 43.º do Decreto n.º 2-B/2020 – tal como as disposições dos Decretos subsequentes entretanto aprovadas com o mesmo teor – *violou tanto as alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 165.º quanto os n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição*.

VI – O problema mais amplo do alcance da norma-princípio da separação de poderes

13. Mas a linha argumentativa subscrita no Acórdão n.º 352/2021 traz à tona uma segunda dificuldade – justamente onde mais se aproxima da metódica subscrita por alguma doutrina nacional e que acima se criticou. A construção apresentada assenta numa leitura especialmente flexível do sistema constitucional de separação de poderes em vista da natureza principiológica das normas que estabelecem a separação e interdependência de poderes em geral e entre órgãos de soberania (artigos 2.º e 111.º, n.º 1, da Constituição), dando espaço a que o intérprete perscrute qual a melhor forma de realização da separação de poderes à luz do seu “imperativo de adequação funcional” (ponto 11).

Para esta tese, essa natureza principiológica, afinal, é que permite a introdução de um “desvio constitucionalmente legítimo” a esse princípio, quando se detectam bens jurídicos superiores que fazem verificar as “condições

⁵⁶ JORGE REIS NOVAIS, “Direitos...” *op. cit.*, p. 111; também criticamente, JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *O Estado... op. cit.*, p. 7.

negativas de derrota do efeito jurídico da separação de poderes”, sem prejuízo de estarem, “naturalmente, por efeito do princípio da proporcionalidade, restritas ao estritamente necessário para dar cumprimento ao interesse constitucional tutelado pela norma conflituante”.⁵⁷

Aqui se identifica uma nova manifestação dos problemas que esta metódica promove sobre a preservação da normatividade constitucional, quando as características próprias das normas-princípio são utilizadas de modo desconforme com as soluções efectivamente positivadas. Evidentemente, o problema neste ponto não reside numa identificação equivocada de uma norma-princípio onde realmente existiria uma norma-regra; ninguém poderia negar o grau de indeterminação de uma norma de separação de poderes cuja previsão, estruturalmente incompatível com uma norma-regra, abrange “todas as situações hipotizáveis relativas ao exercício de competências, ou seja, *em qualquer caso de exercício de competências estaduais ou infra-estaduais*”.⁵⁸

Na verdade, o autor destas linhas seria o último a recusar essa natureza de norma-princípio depois de, numa monografia dedicada ao tema, ter identificado a natureza *não linear* da fronteira que a Constituição Portuguesa estabeleceu para separação entre distintos poderes do Estado, apontando um amplo leque de casos em que a própria Constituição entendeu afastar a sua solução preferencial de separação de poderes em benefício de outros interesses que, em específicos sectores do ordenamento, considerou assumirem maior peso relativo.⁵⁹ Julga-se que o estudo desses fenómenos terá deixado demonstrada a natureza principiológica da norma da separação de poderes.

No entanto, nem mesmo essa circunstância autoriza extrair a conclusão agora proposta em matéria de estado de excepção. Deve ter-se em mente, com efeito, que o constituinte português mostrou ter noção de que a separação de poderes partilha um traço comum com outros conceitos fundamentais dos ordenamentos que nos estão civilizacionalmente próximos, como os próprios conceitos de democracia ou de Estado de Direito: em todos eles, a sua *plasticidade* permite o seu aproveitamento em benefício de propostas totalmente opostas, não viabilizando, só por si, a identificação de qualquer conteúdo operativo para um dado sistema normativo. Por isso, o

⁵⁷ PEDRO MONIZ LOPES, “Significado...” *op. cit.*, pp. 142-143.

⁵⁸ Assim, certamente, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – o Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, 2 vols., Lisboa: AAFDL, 2019, II, p. 104.

⁵⁹ PEDRO F. SÁNCHEZ, *Lei e Sentença: Separação dos Poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, 2 vols., Lisboa: AAFDL, 2017, II, pp. 655 ss.

constituinte tomou a decisão avisada de, no n.º 1 do artigo 111.º, advertir o intérprete de que, quanto aos “órgãos de soberania”, “a separação e a interdependência” a observar são aquelas que se encontram “*estabelecidas na Constituição*”. Com isso, procedeu a uma distinção decisiva entre a *doutrina da separação de poderes* – que se decompõe em variantes totalmente inimigas que se vêm defrontando durante milénios, com objectivos também opostos (personalistas e estatizantes)⁶⁰ – e o *princípio constitucional da separação de poderes*, que reflecte o conjunto de normas positivadas pelo constituinte em resultado do exercício da sua autoridade normativa,⁶¹ tendo, sobretudo, deixado muitas delas perfeitamente delimitadas de acordo com uma estrutura *deontológica* e não *principiológica*. O princípio acolhido na nossa Constituição não corresponde a um modelo teórico idealizado, mas ao resultado de um *universo agregado de regras de competência* escolhidas por uma autoridade constituinte.

Portanto, pode afirmar-se que a norma da separação de poderes, embora norma-princípio, representa, na sua parte essencial, o *produto de distintas normas-regra* aprovadas pelo constituinte. É claro que esse princípio ainda terá de ser convocado, em não raras ocasiões, para a determinação da solução aplicável em casos que se não encontram respondidos por regras positivadas. Mas essas regras regularão já, de forma definitiva, múltiplos casos que cabem nas respectivas previsões normativas, tendo autonomia própria e dispensando o apelo a um princípio genérico de separação de poderes.

Se, ilustrativamente, o Presidente da República entendesse (em normalidade ou em estado de excepção) atribuir poderes legislativos ao Supremo Tribunal de Justiça, seria convocado um amplo complexo normativo decorrente de regras constantes dos artigos 110.º, n.º 2, 112.º, n.º 1, e 202.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição, que impediria essa iniciativa em termos lógica e dogmaticamente anteriores à invocação de qualquer norma-princípio como as que decorrem dos artigos 2.º e 111.º, n.º 1 (separação de poderes), ou até, mais amplamente, dos artigos 1.º, 2.º, 3.º, 108.º e 109.º (o próprio princípio democrático).

A norma-princípio da separação de poderes – aliás enunciada em conjunto com a norma-princípio da interdependência de poderes (e entre órgãos de soberania), suscitando imediatamente um primeiro

⁶⁰ *Ibidem*, I, pp. 21 ss.

⁶¹ Com essa decisiva distinção, NUNO PICARRA, *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução*, Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 16.

conflito normativo na sua própria génese⁶² –, quando convocada para a determinação do órgão competente para agir, pode ser sujeita a ponderação com outras normas constitucionais que podem conferir razões de peso para a sua derrogação. Porém, a identificação do órgão competente pode resultar imediatamente de uma norma-regra de competência que foi fixada em termos definitivos pelo constituinte – como exemplarmente as que resultam de disposições constantes dos artigos 133.º a 136.º –, não cabendo então qualquer outra ponderação de um princípio da separação de poderes que só mediamente seria aplicável como uma das razões de peso (nem sequer a única, de resto) que subjaz à regra.

É claro que, uma vez mais, também aqui se podem identificar outras regras positivadas na Constituição que obrigam a recortar o alcance real das primeiras, vindo o intérprete a descobrir antinomias que impõem o apelo a critérios juscientíficos de convivência entre regras. Em anterior investigação já se explicou como regras específicas positivadas no n.º 1 do artigo 18.º ou no n.º 4 do artigo 282.º da Constituição obrigam a derogar as regras gerais de delimitação do exercício das funções legislativa e jurisdicional.⁶³ Trata-se ainda, contudo, do respeito por critérios normativos decretados pela autoridade constituinte. Não está em causa a substituição da escolha constituinte por uma reponderação criada artificialmente pelo intérprete para rever uma decisão normativa com a qual não concorda.⁶⁴

14. Sob outra perspectiva, tem de aceitar-se que, no contexto terminológico específico da dualidade que foi estabelecida por alguma doutrina europeia de referência entre *princípios materiais ou substantivos* e

⁶² PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...* op. cit., II, pp. 119-120; igualmente, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso...* op. cit., I, p. 57.

⁶³ PEDRO F. SÁNCHEZ, *Lei e Sentença...* op. cit., II, pp. 676 ss. e 740 ss.

⁶⁴ Ainda sob uma abordagem paralela: o intérprete pode reconhecer que, não obstante o n.º 2 do artigo 110.º e o n.º 2 do artigo 111.º da Constituição incorporarem normas de fixação da imodificabilidade das competências e de proibição de delegação, é a mesmíssima Constituição que autoriza a lei a moldar as competências da generalidade dos órgãos de soberania, com excepção do Presidente, o que relativiza aquelas normas a que se atribui natureza principiológica (JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Lições...*, II, p. 132); contudo, mesmo perante tal reconhecimento, adverte-se que a intervenção legal é travada ali onde a própria Constituição entenda prever normas-regras que fixam definitivamente uma dada competência, pela simples razão de que “nenhuma competência atribuída por uma norma constitucional pode ser modificada por lei” (*ibidem*). E no mesmo sentido: se o princípio geral da imodificabilidade da competência “tem um valor tendencial”, já a norma-regra resultante do n.º 7 do artigo 19.º da Constituição revela que “a sua competência constitucional, revelando sempre um princípio de equilíbrio institucional de poderes, nunca pode sofrer qualquer tipo de alteração ou modificação por via diversa de lei de revisão constitucional”; essa competência “nunca pode ser modificável pela simples vontade do órgão a quem se encontra confiada” e “também não é modificável pela intervenção de um terceiro órgão sobre tais poderes” (PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, II, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 50-52).

princípios formais, a norma da separação de poderes tem de ser arrumada entre estes últimos, uma vez que se mantém neutral quanto à regulação material das condutas por si abrangidas.⁶⁵ Um amplo elenco de princípios substantivos contidos no ordenamento pode ser chamado a comprimir aquele princípio formal.

Mas essa circunstância não prejudica que a autoridade normativa que escolhe incorporar esses princípios no acto por si aprovado (nomeadamente numa Lei Fundamental) proceda precisamente à sua ponderação prévia, informando o seu aplicador sobre os efeitos de direito que pretende que sejam produzidos em cada ocasião em que os pressupostos de uma dada norma-regra se encontrem verificados.

Portanto, a derrogação da norma que já expressa a ponderação definitiva escolhida pelo constituinte só pode ser proposta por quem entenda que também essas regras se encontram reduzidas a um novo juízo de pesagem pelo qual o intérprete revê a decisão constituinte. Essa metódica constitucionalmente desadequada é a responsável pelo equívoco cometido neste ponto.⁶⁶

15. No caso em apreciação, sem dúvida que o princípio da separação de poderes não está afastado da definição dos critérios normativos de fixação de competências dos órgãos constituídos em estado de excepção. No entanto, novamente em razão dos mencionados perigos para bens jurídicos fundamentais que poderiam ser criados pela tentativa de expansão de competências para reagir a situações de crise constitucional, o constituinte português preferiu fixar o essencial das competências aqui discutidas em normas-regra. Através das ponderações que ele próprio realizou de forma definitiva, delimitou essas competências através de um complexo de regras consagradas – na parte que aqui se discute – nos artigos 19.º, n.º 7, e 165.º, n.º 1, alíneas b) e c). Sempre que essas regras não sejam derogadas transitoriamente por estarem abrangidas pelo âmbito da “especificação” a que se refere o n.º 5 do artigo 19.º, elas serão aplicáveis também em estado de excepção. A norma-princípio da separação de poderes não tem de ser convocada para ponderação com qualquer outra norma constitucional à qual

⁶⁵ ROBERT ALEX, *Theorie der Grundrechte*, 3.ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, pp. 87-90; entre nós, a propósito do princípio da legalidade, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade...* op. cit., II, p. 404.

⁶⁶ Obviamente, os problemas envolvidos na delimitação do verdadeiro significado da derrotabilidade de normas-regra suscitam uma discussão incompatível com este texto. Para uma aproximação que, como se compreenderá, ainda assim tem de ser também muito mais sintética do que o tema exigiria, cfr. PEDRO F. SÁNCHEZ, “Sobre os Poderes...” op. cit., pp. 31 ss.

seja alegadamente atribuído um peso concreto superior, servindo de pretexto para a sua compressão, já que esse princípio só é aplicável mediatamente, sendo aqui sujeito a intermediação através de normas-regra cuja previsão já englobou estes casos.

A declaração do estado de excepção não altera essa conclusão: a nossa Constituição não acolhe a tese de que os pressupostos materiais do estado de excepção se convolam em normas de competência que atribuem inovadoramente a autoridades de emergência os poderes que lhes seriam vedados em normalidade constitucional.⁶⁷

Assim, a invocação do princípio da separação de poderes como motivo de recurso a uma (re)ponderação serve de capa argumentativa para a derrogação da solução constitucionalmente devida. Essa ponderação não esconde a *violação directa do disposto nos artigos 19.º, n.º 7, e 165.º, n.º 1, alíneas b) e c), da Constituição*.

VII – *Idem*: o alcance da dimensão positiva (adequação funcional) da separação de poderes

16. Esta invocação da norma-princípio da separação de poderes traz associado um outro vício no seu tratamento dogmático. Desde há muito se consolidou a percepção de que aquele princípio inclui uma vertente positiva que se traduz num “imperativo de adequação funcional”, promovendo uma repartição de competências em razão das características próprias de cada órgão candidato ao seu exercício.⁶⁸ Na terminologia adoptada pelo Tribunal Constitucional (apoiando-se na doutrina de Gomes Canotilho e Vital Moreira), trata-se de uma “ideia de ordenação dos órgãos de soberania pautada pela adequação orgânica, de modo a que as medidas e decisões do poder público para cumprimento das tarefas do Estado sejam preferencialmente adoptadas pelos órgãos que, «segundo a sua organização, função, atribuição e procedimento de actuação, estão em melhor posição para analisar os pressupostos, os juízos e os resultados indispensáveis a medidas ou decisões constitucionalmente ajustadas»”.⁶⁹

⁶⁷ E.-W. BÖCKENFÖRDE, “The Repressed State of Emergency. The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances”, in *Constitutional and Political Theory. Selected Writings, I*, Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 113-114.

⁶⁸ NUNO PIÇARRA, *A Separação...* op. cit., pp. 262-263; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 552; J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...* op. cit., I, p. 209; JORGE REIS NOVAIS, *Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República*, Lisboa: Lex, 1997, pp. 45-46; RICARDO BRANCO, *O Efeito Aditivo da Declaração de Inconstitucionalidade com Força Obrigatória Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 273-274; PEDRO MONIZ LOPES, “Significado...” op. cit., pp. 142-143.

⁶⁹ Acórdão n.º 214/2011 (Proc. 283/11).

Se o desenho dessa dimensão positiva é aceitável, o problema residirá quando se lhe solicita mais do que ela pode oferecer. Tem-se reconhecido, de modo equilibrado, que esta não é uma “teoria auto-suficiente que seja alternativa do modelo de distribuição de competências constitucionalmente determinado”; ela não pode ir além de apontar “para as soluções constitucionalmente mais adequadas para a alocação de competências *não expressamente alocadas pela Constituição*”.⁷⁰

Com efeito, a dimensão positiva da adequação funcional informa o intérprete sobre os “critérios racionais objectivos” que terão conduzido o constituinte a seleccionar uma solução competencial em lugar de outra, demonstrando que tal solução não é arbitrária.⁷¹ Mas essa dimensão positiva só apresenta valia autónoma quando a Constituição não determina o órgão responsável pelo exercício de certa competência, justificando-se então o perscrutamento dos traços próprios de cada órgão potencialmente candidato para que a competência seja alocada àquele que apresenta melhores condições funcionais para o seu exercício. Pelo contrário, tal dimensão tem uma valia reduzida quando a Constituição já predeterminou o órgão competente para o exercício de certa actividade; a adequação funcional pode explicar *por que motivo* a Constituição o escolheu, mas não pode *rever* essa decisão ou propor a sua substituição. Não se duvida, por exemplo, de que o Parlamento não é o órgão mais adequado para o exercício da função administrativa com eficácia externa, o que torna racional a opção constitucional que lhe vedou essa função;⁷² contudo, o fundamento imediato para essa vedação está na proibição constitucional, e não no critério de adequação funcional que serve de motivo para a proibição. Por isso, se a Constituição entendesse atribuir uma competência específica a um órgão que o intérprete julga ser manifestamente impreparado para o seu exercício, a sua discordância não impediria a obrigação de obediência à escolha constituinte. É este, pois, o limite à utilidade da ideia de adequação funcional da norma-princípio da separação de poderes.

17. No caso em estudo, o Tribunal Constitucional, com apoio num sector da doutrina, assenta a solução da atribuição de uma competência comissarial ao Governo à luz do “imperativo de adequação funcional”, apoiando-se nas características específicas da sua organização e funcionamento que se julga que o deixam mais preparado para essa função. Enquanto “órgão

⁷⁰ TIAGO FIDALGO DE FREITAS, “A Execução...” op. cit., p. 58 (destaque acrescentado).

⁷¹ JORGE REIS NOVAIS, *Separação...* op. cit., p. 45.

⁷² CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso...* op. cit., I, p. 58.

de condução da política geral do país e órgão superior da Administração Pública (artigo 182.º)” supõe-se que fará sentido a permissão para “decretar todas as medidas que se revelem apropriadas nas circunstâncias concretas”, sem conhecer os limites que resultariam das fronteiras de competência em normalidade constitucional (ponto 11).⁷³

Mas esse juízo do intérprete só é permitido quando pretenda responder à necessidade de alocação de competências que a Constituição nunca alocou. Se fossem mantidas dúvidas sobre qual o órgão responsável pelo exercício de uma actividade que a Constituição a ninguém confiou, a identificação dos traços distintivos de cada órgão seria adequada como critério de racionalidade e de exclusão do arbítrio na distribuição do poder. Contudo, o intérprete não é convocado para essa tarefa quando a Constituição já exerceu essa escolha. Ainda que tal escolha mereça a discordância do intérprete, ela impõe-se, de novo, como imperativo da vontade constituinte. Pode ser intelectualmente estimulante discutir se o constituinte acertou ou errou na sua distribuição; mas essa questão é *irrelevante* para a determinação do órgão autorizado a exercer uma dada competência.

No caso vertente, os artigos 19.º, n.º 7, e 165.º, n.º 1, alíneas b) e c), da Constituição, blindaram a competência para afectação negativa de direitos fundamentais e para definição da moldura penal de crimes na esfera da Assembleia da República. E essa competência própria da normalidade constitucional é mantida também em estado de excepção enquanto o Presidente da República não exercer o poder confiado pelos artigos 19.º, n.º 5, e 134.º, alínea d), para integrar essa matéria no Decreto de Excepção. Quando tal não suceda – como não sucedeu aqui –, aquelas regras competenciais mantêm-se intactas, independentemente da opinião do intérprete quanto à adequação funcional da escolha constituinte.

Nesse quadro, a convocação da dimensão positiva da norma-princípio da separação de poderes para reponderar a solução constituinte implica a substituição da norma constitucional aplicável pela preferência subjectiva do intérprete.

VIII – A desconsideração adicional da solução imposta pela LRESEE

18. Como problema adicional nesta solução, tão-pouco se tem em conta que o recorte expansivo das competências governamentais em matéria

⁷³ Paralelamente, PEDRO MONIZ LOPES, “Significado...” *op. cit.*, pp. 142-143.

de definição da moldura penal do crime de desobediência, além de colidir com a Constituição, esbarra com o próprio regime densificador da LRESEE.

Desde logo, como bem sublinhou a Conselheira Maria José Rangel de Mesquita, a adequada conjugação dos n.ºs 7 e 8 do artigo 19.º da Constituição já evitaria excessivas dificuldades na interpretação do artigo 7.º da LRESEE. Na medida em que a declaração de excepção não transmuta as fronteiras competenciais previstas na Constituição em qualquer âmbito que não tenha sido especificado pelo Decreto presidencial, não há que discutir sequer a existência de uma putativa distribuição competencial entre Parlamento e Governo em matéria criminal.

No entanto, mesmo para quem perfilhasse a interpretação que aproxima o Governo de um órgão beneficiário de uma ditadura comissarial, o artigo 7.º da LRESEE colocaria então um obstáculo adicional identificado pela Conselheira Joana Fernandes Costa: quando, pela alteração aprovada pela Lei Orgânica n.º 1/2012, fez integrar as condutas desrespeitadoras da declaração de excepção (ou da própria LRESEE) no *tipo legal do crime de desobediência* (previsto e punido pelo artigo 348.º do Código Penal), a LRESEE – pressuposta no n.º 7 do artigo 19.º da Constituição para densificar o Direito Português de Excepção – escolheu atribuir ao legislador parlamentar os termos da punição dos agentes, o que implicou a sua subtracção à competência executiva do Governo.

Nada de anormal existe nessa opção: a LRESEE apresenta-se como verdadeira lei de valor reforçado na medida em que parametriza especificamente tanto “as declarações de estado de sítio ou de estado de emergência” quanto “a autorização e a confirmação parlamentar (actos materialmente legislativos ou, pelo menos actos com força afim da força da lei)”, que “lhe estão vinculadas”⁷⁴. Esse é o resultado da opção constituinte que entendeu a importância de densificar adicionalmente o regime que disciplina uma matéria crucial para a sobrevivência do Estado de Direito e que se manteria excessivamente lacunoso se dependesse apenas do quadro constitucional.

Daí que os órgãos protagonistas da declaração, da execução e da fiscalização do estado de excepção fiquem duplamente vinculados à Constituição e à lei: a sua conduta será inválida tanto se violar as regras constitucionais aplicáveis quanto se violar a LRESEE. Por exemplo, ninguém discutirá que a Assembleia da República incorrerá em ilegalidade por

⁷⁴ JORGE MIRANDA, *Manual... op. cit.*, IV, p. 435; *idem*, “Artigo 19.º”, pp. 409-410; *idem*, “Constituição e Pandemia – Breve Nota”, *RFDUL*, LXI, n.º 1 (2020), p. 49.

violação de lei de valor reforçado se decidir chamar a si a execução do Decreto presidencial: tal sucederá porque o artigo 17.º concretizou a competência de execução no Governo, mesmo perante o silêncio constitucional – aqui sim, procedendo a uma aplicação correcta da vertente positiva da separação de poderes pela simples razão de que precisou de apelar a essa vertente quando se confrontou com uma incompleta alocação de competências na Constituição.

Mas o mesmo sucede neste ponto: o artigo 7.º da LRESEE entende predeterminar as consequências penais da violação da declaração de excepção, escolhendo integrá-las no tipo legal do crime de desobediência. Com isso, ocupa um espaço que já não pode ser reformulado e revisto pela declaração de excepção ou pelos respectivos actos de execução, que lhe devem obediência como lei de valor reforçado.

19. A tese propugnada pela posição maioritária no Acórdão n.º 352/2021, recusando uma tal “preclusão de competência” do Governo, socorre-se de uma decomposição entre a previsão da norma incriminadora – que inevitavelmente se aceita constar do artigo 348.º do Código Penal – e a sua consequência – que se sugere poder ser determinada pelo Governo em substituição daquela definida no Código Penal.

Mas, como adverte a Conselheira Joana Fernandes Costa, fica por explicar onde se encontraria o fundamento para uma tal *cisão entre previsão e estatuição da norma incriminadora*, a qual é promovida, sem apoio em qualquer norma constitucional ou legal, para alargar até ao seu âmbito extremo a competência do “legislador extraordinário” que o mesmo aresto criou. Na prática, como também refere esta Conselheira, através desta revisão das soluções constituintes pôde a maioria que obteve vencimento atribuir ao Governo “a competência para emitir *todas* as normas em *todas* as matérias de competência legislativa reservada da Assembleia da República, desde que funcionalmente subordinadas à restauração da normalidade constitucional” – agora também “independentemente do que dispõe a LRESEE”, além de independentemente do que dispõe a Constituição.

Eis uma nova manifestação do modelo comissarial romano que foi rejeitado pelo ordenamento constitucional português.

IX – O recurso a juízos de oportunidade para a reformulação do sistema constitucional de competências

20. Por fim, o exemplo adicional do alcance que pode resultar desta metódica criativa é trazido pelo argumento complementar que o Acórdão n.º

352/2021 apresenta para apoiar este exercício de uma competência legislativa excepcional do Governo, situando-se agora num plano *axiológico*.

Observa-se que, sem a intervenção do Governo, a sanção prevista para “a desobediência a ordens legítimas no âmbito de um estado de excepção constitucional”, que é “por natureza de gravidade superior”, é excessivamente branda se for comparada com a correspondente sanção aplicável num “estado de excepção administrativa”, que se mostra “mais severa”. E essa distinta consequência sancionatória causa uma “*ostensiva contradição axiológica*”, visto que faria sentido atribuir maior severidade à sanção que responde ao comportamento de um cidadão que desrespeita “uma legalidade excepcional que, por circunstâncias e finalidades constitucionalmente reconhecidas, justifica sacrifícios extraordinários” (ponto 8).

Aqui se identifica, pois, uma razão axiológica para autorizar a intervenção governamental para corrigir aquela que aparenta ser uma flagrante omissão do Parlamento, porquanto – como observa o Tribunal – o texto da LRESEE “foi revisto duas vezes, a segunda das quais pela Lei Orgânica n.º 1/2012, de 11 de maio, vários anos após a aprovação da versão originária da Lei de Bases da Protecção Civil, da qual já constava o agravamento especial da moldura penal do crime de desobediência”, pelo que se tem de censurar “o legislador parlamentar [que] teve, assim, ampla oportunidade para fazer concordar as valorações penais subjacentes aos dois regimes”.

21. Supõe-se ser consensualmente reconhecido que semelhantes considerações de política legislativa não podem fundamentar um acto da função jurisdicional do Estado. Mesmo no contexto de uma actividade dotada de um superior grau de politicidade em razão do perfil singular da jurisdição constitucional,⁷⁵ a tarefa confiada ao “*tribunal* ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional” (artigo 221.º da Constituição) ainda é a da colocação perante um conflito entre fontes, assumindo uma posição funcionalmente subordinada e própria da *iurisdictio* para a resolução de uma controvérsia jurídica (artigo 202.º da Constituição), por referência a um fundamento de validade normativa e não a um fundamento

⁷⁵ MAURO CAPPELLETTI, “Nécessité et Légitimité de la Justice Constitutionnelle”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 33, n.º 2 (1981), pp. 627 ss.; LOUIS FAVOREU, “La Légitimité de la Justice Constitutionnelle et la Composition des Juridictions Constitutionnelles”, in AAVV., *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 231 ss.; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional... op. cit.*, II, 2.ª ed., 2011, p. 998.

de oportunidade que se determina “pontualmente pela eficácia possível” e pela consideração da “repercussão dos seus efeitos no contexto em que actua”.⁷⁶

Inclusivamente nos casos em que os ordenamentos que nos servem de referência consolidam o recurso a *decisões apelativas* ou a outros mecanismos de pressão sobre órgãos político-legislativos,⁷⁷ a iniciativa da justiça constitucional redundará em métodos que visam impulsionar uma mudança nas soluções positivadas e que se julgam desconformes com a Constituição. Nem mesmo tal fenómeno é equiparável à identificação de uma discordância com a solução positivada pelo legislador competente como *fundamento para atribuir a um órgão terceiro* a autorização para invadir a esfera de competências do primeiro e exercê-las em sua substituição.

Este juízo opinativo não pode, seja sob que perspectiva for, neutralizar o juízo de inconstitucionalidade já fundado na violação dos artigos 19.º, n.º 7, e 165.º, n.º 1, alíneas b) e c), da Constituição.⁷⁸

22. Tem de admitir-se, de modo realista, que esse fenómeno apenas representa um exemplo adicional do alcance da advertência observada antes: normas-princípio que foram consagradas no ordenamento são apresentadas como fundamento para uma (re)ponderação das decisões definitivas aprovadas pela autoridade legítima, nos casos em que o intérprete discorda pessoalmente do constituinte e necessita de substituir a solução positivada pela sua solução preferencial.

Desde Março de 2020, essa metodologia própria da actividade político-legislativa – mas seguramente não da actividade interpretativa juscientífica – foi utilizada, reiteradamente, por distintos sectores doutrinários e jurisprudenciais para derrogar as soluções que, sendo determinadas pela Constituição, foram imputadas a um legislador constituinte censurado como imprevidente ou utópico, preferindo-se a sua substituição por uma visão

⁷⁶ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1983, pp. 438-442 e 463-464.

⁷⁷ RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, pp. 674 ss.; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional...* op. cit., II, pp. 271 ss.

⁷⁸ Como evidentemente notou a Conselheira JOANA FERNANDES COSTA, se o intérprete que analisa um complexo e de actos legislativos que o leva a encontrar uma “consequência, como se afirma no Acórdão, «perturbadora», isso apenas pode significar que o ordenamento jurídico encerra, neste caso como em outros, uma contradição que só ao legislador cumpre solucionar”. O que seria ininteligível seria em que termos daí “se retira qualquer argumento válido que possa ajudar a construir uma resposta afirmativa à questão de saber se [...] o Governo exerceu uma competência que a Constituição lhe atribui quando confere «às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional»”.

do *common good constitutionalism* que julga necessária a adopção do modelo comissarial de fonte romana,⁷⁹ nomeadamente à luz da capacidade salvífica dos Executivos para a preservação do Estado.⁸⁰

Além do evidente potencial lesivo que tal fenómeno produz para a tutela de bens jurídicos fundamentais, o seu efeito é igualmente grave no plano da normatividade constitucional. Basta recordar, a título meramente ilustrativo, que, quando se divulgou aquela que porventura constituiu a proposta metodológica mais impactante das últimas décadas para a racionalização das operações de aplicação das normas de direitos fundamentais,⁸¹ uma das mais conhecidas críticas que lhe foram dirigidas residiu no seu potencial de degradação da força normativa de direitos que se converteriam em pontos de vista suportados por juízos carentes de racionalidade.⁸² Ora, abstraindo aqui de todos os méritos e insuficiências da réplica provida a essa crítica⁸³ – que seria despropositado considerar neste texto⁸⁴ –, julga-se que os esforços de racionalização dos métodos de ponderação criaram um património importante para a doutrina constitucional contemporânea, neutralizando – quando correctamente aplicados – os principais temores que lhe haviam sido apontados.⁸⁵

Porém, os distintos exercícios criativos sustentados desde o início de 2020 podem fazer ressuscitar a inteira pertinência dessa crítica. A (inevitável em qualquer sistema constitucional) teia de princípios jurídicos construída pelo constituinte português foi, desde então, transmutada em fundamento argumentativo para confiar às normas-princípio da Constituição a função que elas nunca poderiam exercer: o seu recrutamento como argumentos opinativos para justificar a substituição das soluções aprovadas pela autoridade normativa constituinte pelas preferências de um intérprete que discorda do Direito

⁷⁹ Criticamente, DAVID DYZENHAUS, “Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?”, *Cardozo Law Review*, 27 (2006), pp. 2005 ss.

⁸⁰ ERIC POSNER / ADRIAN VERMEULE, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 113 ss.; OREN GROSS, “Chaos...” op. cit., pp. 1029-1030.

⁸¹ ROBERT ALEXI, *Theorie...* op. cit., pp. 71 ss. e 249 ss.

⁸² Trata-se, obviamente, da crítica de JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 4.ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, pp. 312 ss.

⁸³ ROBERT ALEXI, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris*, 16, n.º 2 (2003), pp. 131 ss.

⁸⁴ Em todo o caso, é incontornável, entre nós, a referência de DAVID DUARTE, “From Constitutional Discretion to the Positivist Weight Formula”, in Jan-R. Sieckmann (ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights*, Cham: Springer, 2021, pp. 11 ss.; mais amplamente, a obra colectiva DAVID DUARTE / JORGE S. SAMPAIO (coord.), *Proportionality in Law: an Analytical Perspective*, Cham: Springer, 2018.

⁸⁵ Para aquela que é hoje a principal referência entre nós, VITALINO CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Actos Legislativos*, Coimbra: Almedina, 2019.

posto, alegando que as decisões constituintes carecem de revisão porque não respondem à concepção de *bem comum* própria do intérprete.

Em resultado dessa redescisão constituinte, foi possível sustentar, sucessivamente:

- (i) A transferência da competência presidencial de especificação dos efeitos das normas de direitos fundamentais afectados pela declaração do estado de excepção (artigos 19.º, n.ºs 1 e 5, e 134.º, alínea d), da Constituição) para a esfera de um Governo transformado em órgão normador primário, ainda quando actue sob a forma regulamentar e invoque expressamente a competência administrativa prevista na alínea g) do artigo 199.º da Constituição;
- (ii) A própria susceptibilidade de os Decretos de Excepção procederem à ratificação retroactiva de normas inconstitucionais constantes de decreto-lei, afirmando a sua convalidação e tornando alegadamente conforme com o Direito os actos que nasceram inválidos (artigo 7.º do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, reiterado nos dois Decretos presidenciais seguintes), derogando as regras de cominação da invalidade de qualquer acto jurídico-público inconstitucional decorrentes dos artigos 3.º, n.º 3, e 277.º da Constituição;
- (iii) Não obstante a proibição de modificação das regras de competência dos órgãos de soberania pela declaração de excepção (n.º 7 do artigo 19.º) – já submetida a uma interpretação flexível que visa assegurar a sua exequibilidade, limitando-a aos âmbitos normativos não abrangidos pelo Decreto presidencial –, o reconhecimento ao Governo do papel de “legislador extraordinário” competente para aprovar, durante o período de excepção, mesmo sob forma regulamentar, quaisquer normas em quaisquer matérias que sejam orientadas à finalidade específica de restauração da normalidade constitucional, podendo reconhecer-se no n.º 8 do artigo 19.º uma nova figura normativa consistente nas “providências” normativas directamente fundadas na Constituição;
- (iv) A integração, nessa competência governamental alargada, da aprovação de normas inovadoras em matéria penal, reservadas pela alínea c) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição à Assembleia da República, não obstante tais normas não terem qualquer cobertura na declaração presidencial do estado de excepção e terem consequentemente intacta a sua vigência.

23. Julga-se que a apresentação destas soluções como resultado do labor jurídico-constitucional provoca a erosão da confiança que a comunidade jurídica deposita na sua Constituição, criando a convicção de que as suas normas não devem continuar a ser aplicadas como parâmetros de validade em

momentos de crise constitucional, ficando transfiguradas em meros critérios indicativos que os órgãos constituídos podem ou não acolher.

Não é possível menosprezar aquelas lições da História que ensinam que a formação de uma situação de emergência origina uma tendência irresistível dos poderes subordinados à Constituição para “actualizar e redefinir o que é a normalidade”; e muito menos se deve menosprezar a circunstância de essa tendência ser “essencialmente obra do poder executivo”, pois que “através dela este último cumpre o seu destino no Estado moderno, que consiste na sua tendência para se expandir e sobrepor aos demais poderes”.⁸⁶ Tão-pouco se pode branquear o poder da convicção, geralmente disseminada em momentos de crise constitucional, de que a capacidade do Executivo para agir “rápida, secreta e decisivamente contra uma ameaça à vida da nação se torna superior aos princípios comuns da limitação dos poderes do governo e aos direitos individuais”.⁸⁷ Nem pode esquecer-se que esse constitui o primeiro passo que abre a porta para o modelo anti-constitucional que destrói a ordem estabelecida para propor a sua *substituição* por uma nova.⁸⁸

Sob pena de supressão da força normativa da Constituição, urge recuperar a sua efectividade, dentro ou fora de situações de excepionalidade constitucional. Independentemente das dificuldades conjunturais que possam ser criadas aos órgãos constituídos, os méritos na consagração de um modelo garantístico como o acolhido na Constituição Portuguesa, em consequência das importantes lições colhidas da tradição anterior, mostram-se seguramente superiores aos de um modelo comissarial que, embora apelativo a curto prazo para o combate a situações de calamidade pública, cria precedentes que abrem brechas irreparáveis na tutela da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito.

⁸⁶ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Modelos...” *op. cit.*, p. 8.

⁸⁷ OREN GROSS, “Chaos...” *op. cit.*, p. 1029; ERIC POSNER / ADRIAN VERMEULE, *The Executive Unbound...* *op. cit.*, pp. 113 ss.

⁸⁸ CARL SCHMITT, *Die Diktatur...* *op. cit.*, pp. 142-143.

*A apreensão de correio electrónico após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 687/2021: do juiz das liberdades ao juiz purificador investigador?**

Rui Cardoso

*Procurador da República; Docente no Centro de Estudos Judiciários
rui-cardoso@outlook.pt*

Resumo: No Acórdão n.º 687/2021, o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela primeira vez sobre o regime de apreensão do correio electrónico. Embora sendo em sede de fiscalização preventiva, as posições que assumiu – que extravasam o regime de apreensão de correio electrónico e implicam directamente com todo o regime de pesquisa e apreensão de dados informáticos – e as consequências que poderão ter para a interpretação da lei vigente e para qualquer alteração que a esse regime venha a ser feita exigem análise, reflexão e comentário imediatos, o que neste artigo se tenta fazer. De entre os vários possíveis regimes legais para a delimitação recíproca da competência de Ministério Público e juiz de instrução na pesquisa e apreensão de dados informáticos, alguns devem ser afastados por desconformidade constitucional: ou por não preverem qualquer intervenção do juiz de instrução, ou por preverem demasiada intervenção do mesmo, ofendendo a estrutura acusatória do processo, o exercício da acção penal pelo Ministério Público e até a função do juiz de instrução no sistema de garantias de defesa. Quer o regime vigente, interpretado no sentido de que a intervenção do juiz de instrução é apenas para decidir da utilização

* Por opção do Autor, o presente texto segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico em vigor desde 2009.

probatória dos dados, quer um outro (dependente de alteração legislativa), em que seja dele a autorização para a pesquisa e apreensão (sem qualquer intervenção posterior) são conformes à Constituição.

Abstract: In the Ruling no. 687/2021, the Constitutional Court addressed for the first time the legal regime of seizure of electronic correspondence. Although the Ruling was delivered in a context of preventive constitutionality control, the positions upheld therein – which go beyond the seizure of electronic correspondence and touch directly upon the whole regime of search and seizure of informatic data –, and the consequences that they may have upon the interpretation of the law as it currently stands and as it may come to be amended, require immediate analysis and commentary. From the several possible legal solutions of reciprocal delimitation of competences between the Public Prosecution and the judge of instruction in the search and seizure of informatic data, some must be set aside due to disconformity with the Constitution: whether because they do not involve any intervention whatsoever or because they involve excessive intervention by the judge, thus hampering upon the accusatorial structure of the criminal procedure, the exercise of penal action by the Public Prosecution and even the function of the judge of instruction in the system of defence guarantees. Both the legal regime currently in place, if interpreted in the sense that the intervention of the judge is limited to deciding on the use of the data as evidence, and any other legal regime that may come to be enacted whereby the judge is competent for authorizing the search and seizure of the data (with no further intervention on his/her part) comply with the Constitution.

Palavras-chave: prova digital; pesquisa e apreensão de dados informáticos; correio electrónico; reserva de juiz; acusatório; proporcionalidade; inviolabilidade da correspondência e das comunicações; protecção dos dados pessoais no âmbito da utilização da informática; reserva de intimidade da vida privada; protecção da vítima.

Keywords: digital evidence; search and seizure of informatic data; e-mail; mandatory intervention by a judge; accusatorial principle; proportionality; inviolability of correspondence and communications; data protection in the digital sphere; privacy; victim protection.

I – Introdução

1. O Acórdão n.º 687/2021

O Tribunal Constitucional (TC), em plenário (mas com metade dos membros por se tratar de período de férias), apreciou um requerimento de fiscalização abstracta preventiva da constitucionalidade do Presidente da República (PR) que tinha por objecto as normas do artigo 5.º do Decreto n.º 167/XIV, da Assembleia da República (AR), na parte em que alterava o artigo 17.º da Lei n.º 109/2009 (conhecida como Lei do Cibercrime – LCC), respeitante à apreensão de correio electrónico.

Por unanimidade (mas com duas declarações de voto), através do Acórdão n.º 687/2021¹ (doravante, apenas “Acórdão”), relatado pela Conselheira Mariana Canotilho, o TC pronunciou-se pela «inconstitucionalidade das normas constantes do seu artigo 5.º, na parte em que altera o artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, por violação das normas constantes dos artigos 26.º, n.º 1, 34.º, n.º 1, 35.º, n.ºs 1 e 4, 32.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa» (CRP).

As normas em causa eram as seguintes:

«Artigo 5.º

Alteração à Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro

Os artigos 3.º, 6.º, 17.º, 19.º, 20.º, 21.º, 25.º e 30.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, passam a ter a seguinte redação:

(...)

Artigo 17.º

Apreensão de mensagens de correio eletrónico ou de natureza semelhante

1 – Quando, no decurso de uma pesquisa informática ou de outro acesso legítimo a um sistema informático, forem encontradas, armazenadas nesse sistema informático ou noutro a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, mensagens de correio eletrónico ou de natureza semelhante que sejam necessárias à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, a autoridade judiciária competente autoriza ou ordena por despacho a sua apreensão.

2 – O órgão de polícia criminal pode efetuar as apreensões referidas no número anterior, sem prévia autorização da autoridade judiciária, no decurso de pesquisa informática legitimamente ordenada e executada nos termos do artigo 15.º, bem como quando haja urgência ou perigo na demora, devendo

¹ Disponível, como todos os demais acórdãos deste tribunal citados, em www.tribunalconstitucional.pt.

tal apreensão ser validada pela autoridade judiciária no prazo máximo de 72 horas.

3 – À apreensão de mensagens de correio eletrónico e de natureza semelhante aplica-se o disposto nos n.ºs 5 a 8 do artigo anterior.

4 – O Ministério Público apresenta ao juiz, sob pena de nulidade, as mensagens de correio eletrónico ou de natureza semelhante cuja apreensão tiver ordenado ou validado e que considere serem de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, ponderando o juiz a sua junção aos autos tendo em conta os interesses do caso concreto.

5 – Os suportes técnicos que contenham as mensagens apreendidas cuja junção não tenha sido determinada pelo juiz são guardados em envelope lacrado, à ordem do tribunal, e destruídos após o trânsito em julgado da decisão que puser termo ao processo.

6 – No que não se encontrar previsto nos números anteriores, é aplicável, com as necessárias adaptações, o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal.»

Apreciando o requerido, o Acórdão coloca as seguintes questões:

«- É admissível uma restrição aos direitos fundamentais ao sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada (consagrado no artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP), à proteção dos dados pessoais, no domínio da utilização da informática (que decorre da norma do artigo 35.º, n.ºs 1 e 4, da CRP), núcleos de reserva de intimidade da vida privada específica e intensamente tutelados pela Lei Fundamental, como a que se configura no regime jurídico instituído pelos preceitos questionados?

- Admitindo-se a possibilidade de restrição, abstratamente considerada, e situando-se a mesma, como é o caso, no âmbito do processo penal, a divisão de competências entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal, em fase de inquérito, que resulta do regime analisado, cumpre as imposições jurídico-constitucionais relevantes, designadamente, o disposto no artigo 32.º, n.º 4, da CRP, quanto à competência exclusiva do Juiz de Instrução Criminal para a prática de atos que diretamente contendem com direitos fundamentais, e os princípios da necessidade e proporcionalidade (nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da CRP)?»

A ambas responde negativamente, concluindo que:

«[...] a norma que constitui o objeto do presente recurso é inconstitucional por violação dos direitos fundamentais à inviolabilidade da correspondência e

das comunicações (consagrado no artigo 34.º, n.º 1, da CRP), à proteção dos dados pessoais no âmbito da utilização da informática (nos termos do artigo 35.º, n.ºs 1 e 4, da CRP), enquanto refrações específicas do direito à reserva de intimidade da vida privada, (consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição), em conjugação com o princípio da proporcionalidade (nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da CRP) e com as garantias constitucionais de defesa em processo penal (previstas no artigo 32.º, n.º 4, da Lei Fundamental)» (ponto 46).

Na sequência do Acórdão, o PR vetou o Decreto e depois a AR dele retirou a alteração do artigo 17.º da LCC.

2. Razão de ordem

É a primeira vez que o TC efectivamente se pronuncia sobre o regime de apreensão do correio eletrónico, e, embora sendo em sede de fiscalização preventiva, as posições que agora assume – que extravasam o regime de apreensão de correio eletrónico e implicam directamente com todo o regime de pesquisa e apreensão de dados informáticos – e as consequências que poderão ter para a interpretação da lei vigente (já aplicada a muitos processos pendentes e aplicável a processos pendentes e futuros) e para qualquer alteração que a esse regime venha a ser feita exigem análise, reflexão e comentário imediatos.

É isso que me impõe voltar a este tema,² cada vez mais relevante no processo penal, sempre presente, dos crimes mais simples e menos graves aos mais complexos e mais graves.

Assim, no comentário ao Acórdão (II), depois de uma apreciação genérica do mesmo (II.1), analisarei a possível inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade e de direitos fundamentais (II.2) e por violação de reserva de juiz e das garantias de defesa (II.3). Neste ponto, o único em que, em meu entender, poderia ser encontrada alguma inconstitucionalidade, começarei por apresentar os vários possíveis regimes legais de apreensão de dados informáticos, conjugando pesquisa e apreensão, intervenção prévia e intervenção posterior do JIC, a competência deste e a do Ministério Público (MP) (II.3.1), passando depois a tentar fornecer alguns esclarecimentos técnicos sobre o correio eletrónico e semelhante (II.3.2.) e a execução da pesquisa e da apreensão indispensáveis à apreciação desses regimes (II.3.3); continuarei fazendo a análise desses possíveis

² Sobre o qual escrevi “Apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante – artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15.IX”, *Revista do Ministério Público*, 153, Janeiro-Março (2018), pp. 167-214, que em vários pontos seguirei de perto.

regimes (II.3.4), formulando uma conclusão (II.3.5). Encerrarei a análise do Acórdão com o comentário à declarada inconstitucionalidade das normas não apreciadas (II.4). Terminarei o artigo com algumas considerações sobre as consequências que poderão advir deste Acórdão para a interpretação do regime actual (como foi este aplicado a processos pendentes e se deverá haver alguma alteração na sua futura interpretação) e sobre eventuais alterações legislativas (III).

II – Comentário ao Acórdão

1. Apreciação genérica

a) Na fundamentação do Acórdão, o TC evidencia imprecisão ou mesmo alguns equívocos sobre o regime vigente de prova digital, em especial sobre a apreensão de dados informáticos e, mais ainda, sobre a realidade a que se aplica tal regime, o que condiciona o juízo que acaba por emitir.

b) Desde logo, carecem de fundamento as dúvidas expressas no ponto 32 do Acórdão sobre o âmbito de aplicação da apreensão de correio electrónico. A LCC contém um verdadeiro regime geral de prova digital, sendo as disposições processuais previstas nos seus artigos 12.º a 17.º aplicáveis, em abstracto, a qualquer tipo de crime. Efectivamente, por força do disposto no n.º 1 do artigo 11.º, aplicam-se elas (incluindo, pois, as respeitantes a correio electrónico, artigo 17.º), a processos relativos a crimes (a) previstos nessa lei, (b) cometidos por meio de um sistema informático ou (c) em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico, ou seja, repete-se, em abstracto, *a todos os tipos de crime*, pois em qualquer deles pode ser necessário recolher prova em suporte electrónico e quase todos eles podem ser cometidos por meio de um sistema informático. Nestes termos, no regime hoje vigente, *as mensagens de correio electrónico ou similares são utilizáveis como meio de prova de qualquer crime*. Nesse aspecto não havia qualquer alteração pelo Decreto apreciado, contrariamente ao afirmado no Acórdão.

c) O Acórdão revela incompreensão sobre o regime vigente de apreensão de dados informáticos e a divisão de competências nele feita entre MP e JIC (no inquérito). No artigo 16.º não se prevê sempre a intervenção prévia do JIC (como afirmado no ponto 38 do Acórdão): só excepcionalmente tal sucede (e não é no caso do n.º 3).

A apreensão de dados informáticos³ está prevista nos artigos 16.º e 17.º da LCC. Contém o regime geral (nos n.ºs 1 e 2 do artigo 16.º) e quatro regimes especiais. São estes: i) para dados pessoais ou íntimos (16.º, n.º 3); ii) para sistemas informáticos utilizados para o exercício da advocacia e das actividades médica e bancária, sistemas informáticos utilizados para o exercício da profissão de jornalista (16.º, n.º 5); iii) para sistemas informáticos contendo segredo profissional ou de funcionário e de segredo de Estado (16.º, n.º 6); iv) para as mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante (artigo 17.º).

Como regime-regra, a apreensão deve ser feita por ordem ou autorização da autoridade judiciária competente (que, no inquérito, será o MP) – n.º 1. Apenas excepcionalmente podem os OPC's efectuar apreensões – n.º 2. Neste caso, as apreensões são sempre sujeitas a validação pela autoridade judiciária, no prazo máximo de 72 horas – n.º 4.

Estabelece o n.º 3 que, «[c]aso sejam apreendidos dados ou documentos informáticos cujo conteúdo seja susceptível de revelar dados pessoais ou íntimos, que possam pôr em causa a privacidade do respectivo titular ou de terceiro, sob pena de nulidade esses dados ou documentos são apresentados ao juiz, que ponderará a sua junção aos autos tendo em conta os interesses do caso concreto». Aplica-se apenas a dados ou documentos informáticos *já apreendidos*, cujo conteúdo seja susceptível de revelar dados pessoais ou íntimos, mas não quaisquer dados pessoais ou íntimos: apenas aqueles que possam pôr em causa a privacidade do respectivo titular ou de terceiro. Tratando-se de dados íntimos, por regra estará sempre em causa a privacidade do titular ou terceiro; tratando-se de dados pessoais, apenas quando estes sejam sensíveis, como diários, dados de saúde, de práticas religiosas, *etc.* (excluindo outros dados pessoais como nome, morada, números de cartões de identificação, número de telefone, e-mail, e quaisquer dados que sejam do conhecimento público, *v. g.*, em redes sociais).⁴ Durante o inquérito, o MP deverá apresentar estes dados, apesar de já apreendidos, ao JIC em suporte autónomo com requerimento fundamentado sobre a

³ Não se deve confundir apreensão de dados informáticos, a que se aplica o disposto nos artigos 16.º e 17.º da LCC, com apreensão de objectos que são sistemas informáticos (computadores, discos, telemóveis, *etc.*), a que se aplica o regime das buscas, revistas e apreensões previsto no CPP. A mera apreensão destes enquanto coisas não permite a utilização probatória dos dados neles contidos.

⁴ Para TIAGO CAIADO MILHEIRO, “Comentário ao artigo 189.º”, in *Comentário Judiciário ao Código de Processo Penal*, António Gama *et al.*, Coimbra: Almedina, 3.ª ed., 2021, p. 861, «o legislador não pretendeu que todos os documentos eletrónicos sejam objeto de apreciação por parte de um juiz. Mas apenas os documentos que impliquem uma especial ponderação de valores em virtude de uma forte intrusão de privacidade como sejam os diários».

sua relevância para a prova dos factos em investigação.⁵ O JIC apreciará o requerido pelo MP e decidirá sobre a sua junção ou devolução [em caso de apreensão pela forma prevista no n.º 7, alínea a)] ou destruição [em caso de apreensão pela forma prevista no n.º 7, alínea b)]. Da redacção deste n.º 3 resulta claro que, mesmo tratando-se de dados íntimos ou sensíveis, o legislador apenas previu a intervenção do juiz no momento posterior à pesquisa e ao conhecimento e apreensão dos mesmos por parte do MP.⁶

As apreensões relativas a sistemas informáticos utilizados para o exercício da advocacia e da actividade médica estão sujeitas, com as necessárias adaptações, às regras e formalidades previstas no artigo 180.º do CPP; para o exercício da actividade bancária, estão sujeitas, com as necessárias adaptações, às regras e formalidades previstas no artigo 181.º do CPP; para o exercício da profissão de jornalista, estão sujeitas, com as necessárias adaptações, às regras e formalidades previstas no Estatuto do Jornalista (artigo 11.º da Lei 64/2007) – n.º 5. O regime de segredo profissional ou de funcionário e de segredo de Estado previsto no artigo 182.º do CPP é aplicável com as necessárias adaptações – n.º 6. Por força dessas remissões, exige-se intervenção prévia do JIC.

d) O Acórdão evidencia claramente o entendimento de que a apreensão de correio electrónico deve seguir o regime da apreensão de correio físico. Esse entendimento está patente na leitura de que o actual artigo 17.º faz uma remissão em bloco para o disposto no artigo 179.º do CPP, que seria substituída, na versão aqui em crise, por uma previsão de aplicação subsidiária e com as necessárias adaptações do disposto naquela norma do CPP – ponto 15, §4. Ora, a *aplicação correspondente* do regime do artigo 179.º do CPP deve hoje ser exactamente essa: de *aplicação subsidiária e com as necessárias adaptações*. Só se pode aplicar esse regime naquilo que não estiver especialmente previsto na LCC: a remissão para o CPP não pode sobrepor-se ao regime especial de prova electrónica previsto na LCC.⁷ Assim, exemplificando:

⁵ Apesar da especial ofensa a direitos fundamentais em causa, o n.º 3 deste artigo 16.º não apresenta qualquer real critério adicional de relevância probatória (“interesses do caso concreto”?... não acontecerá isso com qualquer meio de prova em qualquer processo?), mas a CRP sempre exigirá reforçadas necessidade, adequação e proporcionalidade.

⁶ Não é, pois, correcta a afirmação no Acórdão de que o artigo 16.º estabeleça a exigência de intervenção primária do JIC, bem como a necessidade de este ser o primeiro a tomar conhecimento do conteúdo dos dados apreendidos (ponto 38).

⁷ O elemento histórico aponta no mesmo sentido. A mera leitura da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 289/X/4.ª, que esteve na origem da LCC, evidencia que o Governo, reconhecendo a «desadequação da ordem jurídica nacional às novas realidades a implementar», não pretendeu fazer uma mera extensão do regime das buscas e apreensões previsto no CPP à prova digital, antes assumindo

- no CPP, o âmbito objectivo é o de correspondência em trânsito ou ainda não aberta; na LCC, todas as mensagens de correio electrónico ou semelhantes, não havendo verdadeiramente regime aberto-lido *vs* fechado-não lido;⁸

- no CPP, a apreensão de correspondência só é meio de obtenção de prova admissível para crimes puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos; na LCC, não há catálogo, como visto;

- finalmente, no CPP é o juiz que, num primeiro momento, determina a apreensão de cartas, encomendas, valores, telegramas ou qualquer outra correspondência, e, depois, que determina a junção ao processo da que considerar relevante para a prova; na LCC, a intervenção do juiz só está prevista para o segundo momento (o da apreensão para utilização probatória).

Neste aspecto, o novo regime não continha, pois, qualquer alteração no que respeita à relação entre o artigo 17.º da LCC e o artigo 179.º do CPP.

e) Ponto central do Acórdão, com o qual não tenho divergências significativas, é o da identificação dos direitos fundamentais que podem

a vontade de proceder a uma adaptação desse regime, superando-o quando necessário: «a forma como a busca e a apreensão estão descritas no CPP exigiam alguma adequação a estas novas realidades». O legislador propôs-se adaptar estes regimes, não aplicá-los integral e acriticamente.

⁸ Aspecto em que concordo com o Acórdão. Como expus antes (“A apreensão de correio electrónico...”, *ob. cit.*, pp. 186-188), creio que não existe fundamento jurídico ou técnico para fazer qualquer distinção entre correio electrónico recolhido e não recolhido, aberto e não aberto, lido e não lido.

Afigura-se-me então que não é prestável a definição de correio electrónico que consta da Lei n.º 41/2004 – invocada no Acórdão –, que, no seu artigo 2.º, alínea b), o define como «qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através de uma rede pública de comunicações que possa ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até que este a recolha» (realces meus). Para além de se dever incluir o correio electrónico em redes privadas (tecnicamente muito diferente daquele transmitido por redes públicas, mas, para o utilizador, materialmente idêntico, e por isso com o mesmo perigo de ofensa a direitos fundamentais e com a mesma necessidade de protecção), há que notar que, com os novos protocolos de e-mail (*IMAP*, *Exchange*), mensagem entregue é mensagem recolhida, pois no momento em que entra no servidor de recepção este entrega-a nos programas-cliente (programas que correm no computador do utilizador) de correio electrónico do destinatário (como é do conhecimento empírico de qualquer pessoa que tenha hoje um *smartphone* com um programa de correio electrónico).

O protocolo *SMTP* (*Simple Mail Transfer Protocol*) é usado quando o e-mail é enviado de um cliente de e-mail para um servidor de e-mail ou quando o e-mail é enviado de um servidor de e-mail para outro. Permite apenas enviar e-mails. Para receber é necessário um protocolo *POP3* (*Post Office Protocol*). O *POP3* permite que um cliente descarregue o e-mail de um servidor de e-mail para um programa cliente. Depois de descarregado, o e-mail é apagado do servidor. *IMAP* significa *Internet Message Access Protocol*. Tal como o *POP3*, é um protocolo que um cliente de e-mail pode usar para fazer *download* de e-mails de um servidor de e-mail, mas, ao contrário deste, permite que os utilizadores mantenham os seus e-mails no servidor e os descarreguem para diferentes programas clientes em diferentes sistemas (*PC's*, *tablets*, *smartphones*, etc.). A *Microsoft* usa um protocolo seu, o *Exchange ActiveSync*, muito similar ao *IMAP*. Hoje, todos os grandes fornecedores de e-mail (*Gmail*, *Outlook*, *Yahoo*, *Apple Mail*, *Hotmail* e, em Portugal, o *Sapo*) usam protocolos *IMAP* ou *Exchange*, estando o *POP3* ultrapassado (“morto”, para muitos).

ser afectados pela pesquisa, apreensão e utilização probatória de dados informáticos, *v. g.*, de correio electrónico,⁹ direitos fundamentais esses que, por isso mesmo, exigem um especial regime de garantia e protecção. Qual seja esse regime foi o analisado pelo TC, fundamentou a pronúncia de inconstitucionalidade e exige agora comentário.

2. Proporcionalidade e violação de direitos fundamentais

No Acórdão, o Tribunal começa por afirmar que «resulta claro que uma restrição de direitos fundamentais como a que está em causa no presente processo é possível, nos termos do n.º 4 do artigo 34.º da CRP, uma vez que o legislador constituinte entendeu que os valores jurídico-constitucionais em causa em sede de processo penal o justificam – mesmo tratando-se de direitos aos quais se atribuiu uma protecção de tal forma reforçada que não cedem noutras situações, pese embora possam, nesses outros contextos, estar igualmente em questão princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição» (ponto 41, 4§), para, porém, depois concluir no sentido de que «[...] não se vê como possa afirmar-se que as normas questionadas satisfaçam as exigências de *excecionalidade*, *necessidade* e *proporcionalidade* que se impõem às leis restritivas de direitos fundamentais, por força do artigo 18.º, n.º 2, da CRP. Na verdade, não se veem razões para afastar a intervenção prévia do Juiz de Instrução Criminal, em fase de inquérito, no que respeita aos atos de apreensão do correio eletrónico ou similar, nem elas resultam dos motivos apresentados pelo legislador para fundamentar a alteração legislativa aqui em causa, que acima se descreveram» (ponto 44, 1§).¹⁰ Esse pensamento fica mais claro adiante, quando conclui que «[...] a norma que constitui o objeto do presente recurso é inconstitucional por violação dos direitos fundamentais à inviolabilidade da correspondência e das comunicações (consagrado no artigo 34.º, n.º 1, da CRP), à proteção dos dados pessoais no âmbito da utilização da informática (nos termos do artigo 35.º, n.ºs 1 e 4, da CRP), enquanto refrações específicas do direito à

reserva de intimidade da vida privada, (consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição), em conjugação com o princípio da proporcionalidade (nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da CRP) e com as garantias constitucionais de defesa em processo penal (previstas no artigo 32.º, n.º 4, da Lei Fundamental)» (ponto 46).

Ou seja, para o TC, as exigências de *excecionalidade* [?], *necessidade* e *proporcionalidade* a que deve obedecer este meio de prova (dados informáticos de mensagens de correio electrónico) só estarão satisfeitas se for um juiz a permitir a sua produção e utilização. Esta é uma ideia verdadeiramente inovadora e, salvo melhor opinião, altamente problemática.

Inovadora face à doutrina e jurisprudência mais importantes, incluindo a do próprio TC,¹¹ que nunca haviam chegado a tal conclusão. Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira,¹² «o princípio da proporcionalidade (também chamado *princípio da proibição do excesso*) desdobra-se em três subprincípios: (a) *princípio da adequação* (também chamado por *princípio da idoneidade*), isto é, as medidas restritivas legalmente previstas devem revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei (salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); (b) *princípio da exigibilidade* (também chamado *princípio da necessidade* ou da *indispensabilidade*), ou seja, as medidas restritivas previstas na lei devem revelar-se necessárias (tornaram-se exigíveis), porque os fins visados pela lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias); (c) *princípio da proporcionalidade em sentido restrito*, que significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa “justa medida” impedindo-se a adopção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos».¹³ Autores estes que afirmam expressamente a sujeição das *intervenções restritivas*, sejam normativas ou concretas – «actos ou actuações das autoridades públicas, restritivamente incidentes, de modo concreto e imediato, sobre um direito, liberdade e garantia ou direito de natureza análoga» – *v. g.*, decisões judiciais,

⁹ Cf. RUI CARDOSO, “Apreensão de correio electrónico...”, *ob. cit.*, pp. 175-179. Também PAULO SOUSA MENDES, “A privacidade digital posta à prova no processo penal”, *Revista do Ministério Público*, 165, Janeiro-Março (2021), pp. 109-143 (*passim*), e ALEXANDRE AU-YONG OLIVEIRA, “Prelúdios a uma revisitação da Lei do Cibercrime no âmbito da prova digital”, in Paulo Pinto de Albuquerque / Rui Cardoso / Sónia Moura (org.), *Corrupção em Portugal – Avaliação legislativa e propostas de reforma*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pp. 529 e ss., que refere ainda o direito à confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas informáticos (p. 532).

¹⁰ Neste ponto segue o parecer da Comissão Nacional de Protecção de Dados, que cita: «O princípio da proporcionalidade, a que alude o n.º 2 do artigo 18.º da CRP, parece exigir a inclusão do juiz de instrução criminal nesta operação de validação das apreensões».

¹¹ Recentemente, sobre o princípio da proporcionalidade na justiça constitucional, cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “Juízo(s) de proporcionalidade e justiça constitucional”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 80, n.º 1-2, Janeiro-Junho (2020), pp. 41-71 (também publicado online: http://www.doi.org/10.47907/clq2021_2a2).

¹² *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 392-393.

¹³ JORGE MIRANDA / JORGE PEREIRA DA SILVA, (“Comentário ao artigo 18.º”, in Jorge Miranda / Rui Medeiros (org.), *Constituição Portuguesa Anotada*. Vol. I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2.ª ed. revista, 2017, pp. 274 e ss., adoptam classificação e desdobramento similares. Com algumas diferenças, JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 161-194.

ao princípio da proibição do excesso, integrado pelos já referidos três testes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.¹⁴⁻¹⁵

Concretizando estes princípios no que respeita às medidas de aquisição de prova no processo penal, Paulo Pinto de Albuquerque¹⁶ refere que «a idoneidade da medida reporta-se à aptidão objectiva (potencialidade) da medida para alcançar o fim visado»; «a necessidade da medida reporta-se à comparação dos efeitos nocivos da medida, devendo optar-se pela medida menos lesiva»; «a proporcionalidade em sentido estrito da medida reporta-se à adequação material da medida ao fim visado e aos danos causados, o que inclui a ponderação da gravidade do crime indicado, o grau de suspeita dos indícios, a sanção previsível, as consequências da medida, incluindo o tempo de duração da medida».

No processo penal, estes princípios e seus subprincípios não se confundem, em momento algum, com a categoria da entidade que decide a medida. São dela separados, autónomos, impondo-se na mesma exacta dimensão a todos: sejam juízes, sejam procuradores. No plano legislativo, a determinação da adequação/idoneidade, necessidade e proporcionalidade da medida probatória em causa é feita *ex ante*, em abstracto, entre a mesma e a sua idoneidade para obter a prova que se pretende, ponderando a possibilidade de afectar direitos fundamentais e colocando estes em confronto com a gravidade dos crimes para cuja prova pode ser utilizada e os bens jurídicos por eles protegidos; no plano adjectivo, na sua aplicação processual, tal determinação é feita apenas de acordo com as circunstâncias factuais do caso concreto, no concreto momento da decisão. Em nenhum momento, pois, levando em consideração a identidade de quem no processo o decide.

Ora, as normas em apreciação não respeitavam ao âmbito de aplicação desta medida de investigação: nem subjectivo (pessoas que por ela podem ser visadas), nem objectivo (tipo de crimes para cuja prova é, em abstracto,

¹⁴ *Op. cit.*, p. 388.

¹⁵ Assim também RAUL SOARES DA VEIGA, “O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais”, in Maria de Fernanda Palma (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 186: «Este imperativo de que as restrições a direitos fundamentais sejam limitadas por critérios de necessidade e de proporcionalidade, orientados pela importância do ataque a direitos fundamentais que é imputada ao arguido, emerge directamente do art. 18.º, n.º 2, da Constituição e tanto se dirige ao legislador, no plano das ponderações abstractas de valores que subjazem à feitura das leis processuais penais, como aos aplicadores destas leis, no plano das ponderações concretas que subjazem aos actos das autoridades judiciárias (e portanto necessariamente também às que subjazem aos actos das entidades policiais)».

¹⁶ *Comentário do Código de Processo Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 4.ª ed., 2011, p. 475. Cf. ainda, com profunda análise do tema, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 252-264.

admissível). Tão pouco às exigências de proporcionalidade (em sentido lato) que em cada caso deveriam ser respeitadas.¹⁷ Nesses aspectos, em nada alterava, pois, a lei vigente. O que estava em causa era apenas a intervenção do JIC.

Por isso mesmo, a posição do TC é altamente problemática. Por passar a fazer depender a proporcionalidade de um concreto meio de obtenção de prova da entidade que o decide. Será menor a restrição de direitos fundamentais do cidadão caso a decisão seja de um juiz? Para o cidadão visado, qual será a diferença? Sentirá menos restringidos os seus direitos fundamentais? Aquilo que é desnecessário, inadequado ou desproporcional passará a ser necessário, adequado e proporcional se for ordenado por juiz? Com que fundamento? Pelo seu “toque independente”? Não se estará assim a metamorfosear o JIC de *juiz das liberdades* em *juiz purificador*, que com o seu toque tornará admissível o que não o era?

Altamente problemática ainda por considerar que só um juiz pode satisfazer tais exigências, pondo dramaticamente em causa uma multiplicidade de importantes institutos do processo penal e, por isso, a própria estrutura acusatória do mesmo (artigo 32.º, n.º 5, da CRP). O princípio que decorre do n.º 2 do artigo 18.º da CRP impõe-se também ao MP – e até aos OPC’s – em todas as suas actuações onde possa estar em causa a restrição de direitos fundamentais, e onde muitas vezes efectivamente está em medida significativa. Recorde-se, p. ex., a detenção fora de flagrante delito e a manutenção ou libertação do detido em flagrante delito (em que uma pessoa pode ficar totalmente privada da liberdade até 48 horas), as buscas (mesmo as domiciliárias, nos casos em que excepcionalmente a CRP e o CPP o permitem), as revistas, as apreensões, *etc.* Não sendo constitucionalmente sustentável dispensar o MP de obediência a tal princípio,¹⁸ e, paradoxalmente, se não se lhe reconhecer a competência para em concreto o aplicar – e fazê-lo na mesma exacta medida que o juiz –, nada mais restará do que reservar todos esses actos ao JIC. Com isso ficará inviabilizada a direcção do inquérito pelo MP, tendo esta de ser assumida pelo juiz. Juiz que assim passará a *juiz purificador investigador*.

As mesmas exactas razões devem afastar o nexo relacional entre a violação de reserva de juiz e a violação dos direitos fundamentais identificados:

¹⁷ O critério de necessidade probatória mantinha-se exactamente o mesmo: *grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova*.

¹⁸ «[...] dada a passividade característica dos tribunais, a sua vinculação a direitos, liberdade e garantias tem de ser articulada com a vinculação do Ministério Público, que, enquanto garante da legalidade democrática e titular da acção penal, assume um papel de superlativa relevância na tutela preventiva e repressiva dos cidadãos [...]» – JORGE MIRANDA / JORGE PEREIRA DA SILVA, *ob. cit.*, p. 244.

esta existirá ou não independentemente de ser juiz ou procurador a decidir o acto.

Concluo, pois, no sentido de que a exigência de proporcionalidade (em sentido lato) e a potencial ofensa aos direitos fundamentais (inviolabilidade da correspondência e das comunicações, protecção dos dados pessoais no âmbito da utilização da informática, reserva de intimidade da vida privada), nada têm que ver com a entidade que decide o recurso ao meio de obtenção de prova / a utilização do meio de prova; não se confundem, enfim, com a reserva de juiz prevista no n.º 4 do artigo 32.º.

É então apenas neste ponto que pode residir a inconstitucionalidade das normas apreciadas.¹⁹ O que passo a analisar.

3. Reserva de juiz e garantias de defesa

3.1. Regimes legais possíveis

a) Sendo indiscutível, como vimos, a potencial restrição de direitos fundamentais que pode haver com a apreensão de mensagens de correio electrónico e semelhantes, é igualmente inquestionável que, por força do disposto no n.º 4 do artigo 32.º da CRP, deve nela haver intervenção do JIC. Igualmente se afigura correcto o entendimento de que, estando em causa possíveis ingerências graves em direitos fundamentais, a intervenção reservada ao juiz no inquérito deverá, *tanto quanto possível*, consistir numa *intervenção prévia*, devendo ser vista como excepional a intervenção do juiz que surge apenas após o início da execução da medida.²⁰ No entanto, há que não esquecer que, como repetidamente tem afirmado o TC, uma vez que a reserva de juiz comprime a reserva do MP na direcção do inquérito, *ela só se justifica na medida do necessário para a protecção efectiva dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos* – cf., p. ex., Acs. 387/2019, 474/2012, 412/2011 e 234/2011. O próprio Acórdão em comentário, citando o Acórdão 121/2021, expressa a necessidade de ser respeitada a estrutura acusatória do processo, a direcção do inquérito pelo MP e a função do JIC no inquérito como juiz das liberdades e não como juiz investigador (ponto 31).

¹⁹ A declaração de voto dos Conselheiros José António Teles Pereira e Maria José Rangel de Mesquita no Acórdão parece ir no mesmo sentido, concluindo que «[...] a convocação dos específicos parâmetros de constitucionalidade pertinentes para a análise da norma, que se situam, primeiramente, no quadro próprio do exercício da ação penal e, em concreto, das garantias do processo penal especialmente consagradas pela CRP no seu artigo 32.º, concretamente no seu n.º 4 em matéria de reserva do juiz. É pois, este, o parâmetro constitucional de referência com o qual deve ser fundamentalmente confrontada a norma sindicada».

²⁰ Cf. MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *ob. cit.*, p. 185.

Cabe então determinar qual deve ser a intervenção do JIC: quando, de que forma e com que finalidade, conjugando pesquisa e apreensão, intervenção prévia e intervenção posterior, a sua competência e a do MP. São cinco, em traços largos, as possibilidades que se colocam:²¹

1. Depois de pesquisa e apreensão cautelar (sem análise do seu conteúdo) pelos OPC's/MP, o MP apresenta-as ao juiz, que é o primeiro a delas tomar conhecimento e determina a apreensão das que considere relevantes;
2. Depois de pesquisa e apreensão cautelar pelos OPC's/MP, o MP, analisando-as, apresenta-as ao juiz com proposta fundamentada da sua relevância individual; o juiz toma delas conhecimento e aprecia o requerimento do MP (apreendendo ou não);
3. A requerimento do MP, o juiz autoriza a pesquisa de mensagens de correio electrónico; realizada esta pelos OPC's/MP, o MP, sem as analisar, apreende-as cautelarmente e apresenta-as ao juiz, que é o primeiro a delas tomar conhecimento e determina a apreensão das que considere relevantes;
4. A requerimento do MP, o juiz autoriza a pesquisa de mensagens de correio electrónico; realizada esta pelos OPC's/MP, o MP apreende-as cautelarmente, analisa-as e apresenta-as ao juiz com proposta fundamentada da sua relevância individual; o juiz toma delas conhecimento e aprecia o requerimento do MP (apreendendo ou não);
5. A requerimento do MP, o juiz autoriza a pesquisa e apreensão de mensagens de correio electrónico; esta é realizada pelos OPC's/MP; o MP analisa e apreende as que considera relevantes.

Apreciando a posição assumida pelo TC, mas tendo também em vista a subsistente necessidade de revisão da LCC,²² há que determinar se todas estas soluções são conformes à CRP e, face às que o sejam, qual será a mais adequada à aquisição da prova.

Um importante aspecto deve ser sublinhado e ponderado. Apesar de o Acórdão se pronunciar apenas sobre a apreensão do correio electrónico, a potencialidade ofensiva a direitos fundamentais existe, em maior ou menor medida, com todas as apreensões de dados informáticos. Há sempre a possibilidade de, na apreensão de dados em sistemas informáticos de uso pessoal (*PC's, tablets, smartphones, wearables, etc.*), existir conhecimento de dados pessoais íntimos ou sensíveis e violação do direito à reserva de intimidade da

²¹ Não se incluindo aqui os regimes especiais respeitantes a segredos profissionais protegidos, já referidos, em que há sempre intervenção prévia do JIC.

²² Com um pormenorizado e fundamentado roteiro das necessidades de revisão do nosso regime de prova digital, cf. ALEXANDRE AU-YONG OLIVEIRA, “Prelúdios...”, *ob. cit.*

vida privada. Como vimos, para esses casos a LCC apenas prevê a intervenção do juiz depois de os dados estarem já apreendidos e com a finalidade de decidir sobre a sua utilização probatória (a “junção”). Para além disso, a apreensão de correio electrónico anda necessariamente ligada à apreensão de outros dados informáticos.²³ A posição que se adopte pode, pois, exigir o seu alargamento a outras dimensões do regime de pesquisa e apreensão de dados informáticos.

b) O Acórdão evidencia o entendimento de que a apreensão de correio electrónico deve seguir o regime da apreensão de correio físico. Coloca grande ênfase em ter de ser o juiz o primeiro a tomar conhecimento do conteúdo das mensagens de correio electrónico apreendidas (ponto 11, 1§; ponto 38, 2§) e no afastamento que a norma apreciada traria face ao regime de apreensão de correspondência previsto no artigo 179.º do CPP, em cujo n.º 3 está expresso que o «juiz que tiver autorizado ou ordenado a diligência é a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida».

Porém, essas duas formas de comunicação à distância não são equiparáveis e, se fosse feita tal equiparação em termos exactos, o regime de apreensão de correio electrónico ficaria quase sem aplicação, pois, por regra, a apreensão só acontece quando o processo de comunicação está já terminado, com as mensagens entregues ao destinatário, circunstância que, no mundo corpóreo, as deixa fora do campo de aplicação do artigo 179.º do CPP. Por outro lado, a CRP, embora não distinguindo as diferentes formas de correspondência, não exige que a protecção seja feita de forma exactamente igual.

Antes de prosseguir na análise, há, pois, que atentar com maior detalhe nas diferenças entre essas duas formas de “correspondência” e nas operações técnicas envolvidas na apreensão da electrónica.

3.2. A apreensão do correio electrónico e do correio corpóreo: entre a realidade e alguns mitos

a) Não se deve olhar para o correio electrónico como se olha para o correio físico e tentar apreender e analisar aquele como se apreende e analisa este.

Desde logo, há que não esquecer que o regime se aplica não só ao correio electrónico como também aos «registos de comunicações de natureza semelhante»,²⁴ muito distantes, pelas suas características técnicas, do correio

²³ Pense-se, p. ex., na necessidade de apreender os logs de um sistema para poder determinar quem era o utilizador na máquina aquando do envio de um e-mail.

²⁴ Não apenas os “registos de mensagens”, mas as próprias mensagens, nelas se incluindo quer as feitas

físico. Nestes, o processo de comunicação estará sempre terminado no momento da apreensão.

Depois, as mensagens de correio electrónico podem estar simultaneamente em vários sistemas do remetente (que fica com a mensagem que envia) e do(s) destinatário(s), o que não pode suceder com a correspondência corpórea (ou está em trânsito ou está já entregue ao único destinatário, e num único local). Por outro lado, antes de ser expedida a carta ou encomenda não há correspondência: há um objecto (e. g., folhas de papel) dentro de um invólucro (e. g., um envelope). Às mensagens de correio electrónico enviadas e aos rascunhos não poderia nunca aplicar-se o regime de apreensão de correspondência – também por isso a remissão para o regime do CPP é inadequada.

O processo de apreensão de dados informáticos é algo tecnicamente complexo e exigente. Para ser tecnicamente admissível, deve cumprir as melhores práticas internacionais, v. g., os requisitos de *autenticidade* (as provas devem estabelecer factos de uma forma que não possa ser contestada e seja representativa do seu estado original), *completude* (a análise ou qualquer opinião baseada nas provas deve contar toda a história e não ser adaptada para corresponder a uma perspectiva mais favorável ou desejada), *confiabilidade* (não deve haver nada sobre a maneira pela qual as provas foram recolhidas e posteriormente tratadas que possa lançar dúvidas sobre sua autenticidade ou veracidade), *credibilidade* (as provas devem ser persuasivas quanto aos factos que representam e os decisores no processo judicial devem poder confiar nelas como verdadeiras) e *proporcionalidade* [os métodos utilizados para reunir as provas devem ser justos e proporcionais aos interesses da justiça: o dano (ou seja, o nível de intrusão ou coerção) causado aos direitos de qualquer parte não deve superar o seu valor como prova].²⁵

Antes do momento da formal apreensão – que, verdadeiramente, deve ser apenas (e não é pouco) uma *decisão de permissão de utilização processual dos dados para efeitos de prova* – há todo um processo técnico de procura, identificação, preservação e recolha dos dados, tudo devidamente documentado.

através de um mero serviço telefónico (SMS, EMS, MMS), quer as feitas através de IP Address por IM – Instant Messenger (programas de mensagens instantâneas, e. g., Facebook Messenger, Skype, WhatsApp, Signal, Viber, Snapchat, Telegram), cada vez mais importantes e frequentes (o número de utilizadores do Facebook Messenger é de perto de 3 mil milhões e do WhatsApp de 2 mil milhões), e ainda as feitas em chats ou chatrooms. Com maior desenvolvimento, cf. RUI CARDOSO, “Apreensão de correio electrónico...”, *ob. cit.*, pp. 181-183.

²⁵ Cf. *Electronic Evidence Guide – A Basic Guide for Police Officers, Prosecutors and Judges*, Cybercrime Division – Directorate General of Human Rights and Rule of Law (Council of Europe), v. 2.1, 2020, p. 13.

Processo esse que, embora não regulado na lei, é já objecto de vários *standards* mínimos de garantia, bem consolidados internacionalmente.²⁶ Aquilo que a LCC chama hoje de *apreensão* é apenas um momento no final nesse processo.

b) Não tem contacto com a realidade a ideia de que em todos os sistemas informáticos e em todos os suportes será possível apresentar as mensagens ao JIC sem delas tomar conhecimento primeiro, em maior ou menor medida. Concretizo, exemplificando:

- Qualquer pessoa identifica, por características físicas externas, o correio físico: envelope/embalagem (com vários tamanhos possíveis) fechado/a contendo algo (v. g., escritos) que é entregue a entidade que presta o serviço de o entregar a outra pessoa. O mesmo não sucede com o correio electrónico: trata-se sempre de dados informáticos [escritos numa de várias linguagens binárias, mas sempre com “1” (uns) e “0” (zeros)], a que só se pode aceder através de uma *interface* (sistema informático executando um ou mais programas)²⁷ e onde nem sempre são facilmente identificáveis.

- Há que procurar por programas cliente de correio electrónico, que podem conter mensagens. Porém, essas mensagens desses programas podem estar já arquivadas em ficheiros de diversos formatos (*pst*, *ost*, *mbox*, etc., cujas terminações podem até ter sido manualmente alteradas pelo utilizador),²⁸ não sendo visíveis nos programas. Depois, as mensagens de correio electrónico ou semelhantes podem ser guardadas, individualmente ou em grupo, podendo o utilizador fazê-lo em diferentes tipos de ficheiro e com os nomes que quiser.²⁹

²⁶ Para além do *Electronic Evidence Guide...* cit., cf. a Norma ISO/IEC FDIS 27037:2012) - *Directrizes para identificação, recolha, apreensão e preservação de prova digital* (Termo de Adopção em Portugal n.º 1252/2016, 2016-10-12). Cf., ainda, p. ex.: da European Network of Forensic Science Institutes (ENFSI), *Best Practice Manual for the Forensic Examination of Digital Technology*, 2015 (acessível em <https://enfsi.eu/documents/best-practice-manuals/>); do National Institute of Justice (USA), *Forensic Examination of Digital Evidence: A Guide for Law Enforcement*, 2004 (acessível em <https://nij.ojp.gov/library/publications/forensic-examination-digital-evidence-guide-law-enforcement>), e *Digital Evidence in the Courtroom: A Guide for Law Enforcement and Prosecutors*, 2007 (acessível em <https://nij.ojp.gov/library/publications/digital-evidence-courtroom-guide-law-enforcement-and-prosecutors>); do Scientific Working Group on Digital Evidence (SWGDE), os vários específicos (acessíveis em <https://www.swgde.org/documents/published>). Todos os endereços online foram acedidos em Novembro de 2021.

²⁷ A mensagem de correio electrónico, «por natureza, não é fechada, não é envelopável, não é unívoca quanto ao número de destinatários e não circula em ambiente seguro [...]». E, sobretudo, é, no seu estado natural imaterial»: ROGÉRIO BRAVO, “Da não equiparação do correio-electrónico ao conceito tradicional de correspondência por carta”, *Polícia e Justiça*, III Série, 7, Janeiro-Junho (2006), p. 214.

²⁸ Os ficheiros de arquivo de correio electrónico do programa *Outlook* têm a terminação *pst*, mas, depois de gravado, o utilizador pode alterar tal terminação, não permitindo a outros conhecer – sem abrir – que esse ficheiro respeita a arquivo de correio electrónico.

²⁹ Poderá gravá-los como páginas *web* (e. g., *html*), ficheiros de texto (e. g., *docx*, *doc*, *txt*, *tiff*, *rtf*), de

Nesses casos, só com a abertura de cada um desses ficheiros será possível saber se contém ou não mensagens de correio electrónico ou semelhantes.³⁰⁻³¹

- As mensagens de correio electrónico ou semelhantes podem até ter sido apagadas ou escondidas. São cada vez mais e a todos facilmente acessíveis diversas ferramentas *antiforensics*,³² desde a encriptação à esteganografia.³³ Nesses casos, serão necessárias ferramentas informáticas específicas para as detectar e recuperar, tarefa em que, necessariamente, haverá conhecimento do seu conteúdo, em maior ou menor medida.

- Em alguns aparelhos móveis, como *Apple iPhones*, a extracção de mensagens de e-mail não pode ser feita directamente do programa de e-mail original instalado, tendo o examinador de manualmente as procurar e gravar de outras fontes no aparelho.³⁴

- O acesso ao correio electrónico poderá ter sido feito apenas em *webmail* e, no momento da pesquisa, a única forma de acesso às mensagens (de forma

arquivo de imagem (*pdf*), como imagem (e. g., *jpeg*), etc.

³⁰ Como alerta PETER SOMMER, *Digital Evidence, Digital Investigations and E-Disclosure: A Guide to Forensic Readiness for Organisations, Security Advisers and Lawyers*, IAAC, 4.ª ed., 2013, p. 83, acessível em https://www.researchgate.net/publication/341509816_Digital_Evidence_Digital_Investigations_and_E-Disclosure_A_Guide_to_Forensic_Readiness_for_Organisations_Security_Advisers_and_Lawyers, «[t]he emails themselves are stored in files associated with the email application – a forensic technician needs to have a knowledge of which files are important and where they are located. Attachments to emails may be stored elsewhere, in another directory on the disk. In the simpler older products, often the email files can be read directly using a text editor, but in more modern products such as Outlook, Outlook Express, and Thunderbird the emails are held inside a structured database and can be read only from within the email program or a specialist utility.»

³¹ Não se nos afigura admissível considerar que o artigo 17.º só se aplica às mensagens que se encontram no respectivo programa utilizado para as transmitir: isso seria reduzir o âmbito da sua tutela sem qualquer apoio na letra da lei e sem qualquer fundamento material para tal. Seria o mesmo que considerar que, para o correio corpóreo, apenas se aplica o regime do artigo 179.º à correspondência em trânsito ou ainda na caixa de correio do destinatário, não a partir do momento em que deste local fosse retirada.

³² Técnicas destinadas a impedir a recolha de prova digital por parte das autoridades ou a condicionar a sua validade probatória. Cf., p. ex., SCOTT BERINATO, “The Rise of Anti-Forensics”, *CSO Online*, 2007, acessível em <https://www.csoonline.com/article/2122329/the-rise-of-anti-forensics.html>.

³³ Esta permite esconder a prova relevante em imagens (fixas ou dinâmicas) ou outros tipos de ficheiros enviados por e-mail (como de som ou textos). Sobre a recente utilização da esteganografia no terrorismo, cf. KAUSTUBH CHOUDHARY, “Image Steganography and Global Terrorism”, *IOSR Journal of Computer Engineering*, DOI:10.9790/0661-0123448, 2012, acessível em https://www.researchgate.net/publication/265185373_Image_Steganography_and_Global_Terrorism, STEPHANIE R. BETANCOURT, *Steganography: A New Age of Terrorism*, acessível em <https://www.giac.org/paper/gsec/3494/steganography-age-terrorism/102620>, e WILLIAM EYRE / MARCUS ROGERS, *Steganography and Terrorist Communications: Current Information and Trends - Tools, Analysis and Future Directions in Steganalysis in Context with Terrorists and Other Criminals*, acessível em <https://commons.erau.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=adfsf>.

³⁴ Cf. *Digital Forensics – A Basic Guide for the Management and Procedures of a Digital Forensics Laboratory*, Cybercrime Division – Directorate General of Human Rights and Rule of Law (Council of Europe), 2017, p. 53.

integral ou parcelar) será através da recuperação de páginas *html* em pastas temporárias. Só com a sua abertura e análise individual será possível saber se são ou não mensagens de correio electrónico ou semelhantes.

- Depois, a própria letra da lei prevê a possibilidade de o “encontrar” os dados ocorrer durante uma perícia: esta, por definição, consiste na percepção e análise dos dados – ou seja, obriga a tomar conhecimento do seu conteúdo. Não raras vezes, a perícia deve ser feita no momento da pesquisa inicial, com o sistema ligado, durante a busca a um espaço físico, sob pena de se perderem os dados relevantes.

- Finalmente, no que respeita aos *IM*, em alguns casos as mensagens são apagadas automaticamente após algum (curto) tempo depois do envio (e.g., *Snapchat*), o que obriga a que, a serem apreendidas, tenham de o ser no momento da pesquisa. Também nestes casos será impossível não tomar conhecimento, ainda que em pequena medida, dessa conversa. Quanto aos *chats online*, em caso de pesquisa de um sistema informático em que esteja aberta uma conversa reservada (situação vulgar na *Darkweb* em processos de pornografia infantil), a mesma terá de ser apreendida antes de ser desligado o sistema, sob pena de se perder irrecuperavelmente. Igualmente neste caso será impossível não tomar conhecimento, ainda que em pequena medida, dessa conversa.

Em todas estas situações, exigir o prévio conhecimento pelo juiz significaria, na prática, impedir a apreensão desses dados, o que, para além de constituir uma interpretação contra a Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa³⁵ e o âmbito de apreensão de dados que Portugal, como Estado-Parte, deve assegurar na sua legislação,³⁶ levaria em muitos casos ao incumprimento pelo Estado do seu dever de protecção dos direitos fundamentais – da vida, liberdade, e segurança das pessoas, etc. –, e para tanto, em medida proporcional, de prevenir e investigar o crime e de perseguir e sancionar quem o comete.³⁷ Ao Estado também cabe garantir os direitos e liberdades fundamentais das vítimas, não apenas dos suspeitos ou arguidos.³⁸

³⁵ A LCC adapta o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa (STE 185), doravante CCiber, adoptada em Budapeste em 23 de Novembro de 2001, aprovada pela AR através da Resolução n.º 88/2009, de 15 de Setembro, e ratificada pelo Decreto do PR n.º 91/2009, da mesma data.

³⁶ Cf. artigos 14.º, n.º 1, e 19.º, n.ºs 1 e 3, da CCiber.

³⁷ Salientando este aspecto, com uma perspectiva crítica sobre o Acórdão, cf. VITAL MOREIRA, *Causa Nossa*, in <https://causa-nossa.blogspot.com/2021/09/nao-conordo-21-contra-corrente.html>.

³⁸ Sobre o direito à protecção do Estado contra a vitimização primária ou repetida na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), que múltiplas vezes censurou os Estados pela sua inércia ou omissão na protecção do cidadão, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, pp. 210-211, e os acórdãos aí citados. Importante ainda o Acórdão K.U. c. Finlândia (Queixa n.º 2872/02), de 02.12.2008,

Exigir que seja o juiz, como se estivesse com uma faca a abrir uns poucos envelopes fechados, a abrir e analisar milhares de mensagens (ou milhões...), que não estão fechadas nem são “fecháveis”, é, pois, querer criar Direito que nunca poderá aplicar-se à realidade que deve regular e que desde o primeiro momento renuncia a proteger as vítimas do crime.

3.3. A pesquisa e apreensão através da utilização de palavras-chave

Igualmente desenquadrado da realidade é pensar que, depois de tecnicamente identificadas e cautelarmente apreendidas as mensagens de correio electrónico e semelhantes, as relevantes podem sempre ser encontradas através da aplicação de termos de pesquisa ou palavras-chave. Isso apenas é possível em processos simples, onde se procura umas poucas mensagens cuja existência até já se conhece (p. ex., enviadas pelo suspeito/arguido ao ofendido com uma injúria, ou ameaça/coacção ou até extorsão). Não já em criminalidade complexa, organizada, económico-financeira, empresarial, em que, por regra, as mensagens – aos muitos milhares – são parte de extensos e complexos processos de comunicação, ao longo de períodos latos, com muitos intervenientes, com utilização de diferentes meios de comunicação, desde a presencial (eventualmente registada através de uma escuta ambiental), ao telefone, passando por diferentes programas de *IM* (*WhatsApp*, *Signal*, etc.) e por diferentes contas de correio electrónico, que exigem por isso análise global, integrada, de contexto, algo a que uma pesquisa por termos nunca será adequada.³⁹ Nestes casos, os termos de pesquisa devem ser apenas um primeiro (e geralmente pequeno) passo na triagem e identificação da prova relevante.

É um mito pensar que um examinador forense digital pode realizar uma análise forense adequada e completa apenas usando pesquisas de palavras-chave. Em verdade, não é possível criar, antes da análise, uma lista abrangente de palavras-chave relevantes que identificarão todas as provas digitais relevantes.⁴⁰

onde, na fundamentação da sua decisão, o TEDH referiu que «[...] a previsão de um crime tem efeito dissuasor limitado se não existir meio de identificar o agente e chamá-lo à justiça» (§46) e que «[...] pese embora a liberdade de expressão e a confidencialidade das telecomunicações sejam considerações relevantes (primárias) e os utilizadores de telecomunicações e de serviços de internet devam ter garantias de que a sua própria privacidade e liberdade de expressão será respeitada, tais garantias não são absolutas e devem por vezes ceder em face de outros imperativos legítimos, tais como a prevenção de crimes e a protecção dos direitos e liberdades dos outros [tarefa esta de concordância prática que cabe ao legislador assegurar]» (§49, itálico meu).

³⁹ A necessária completude dos dados exigirá a apreensão de todas as mensagens de uma “conversa”, não apenas daquela que seja considerada a *smoking gun*, sob pena de vedar ao arguido a possibilidade de contestar a interpretação que é feita de qualquer comunicação sua.

⁴⁰ Sobre esse e outros mitos, cf. SWGDE, *Collection of Digital and Multimedia Evidence – Myths vs Facts*, acessível em <https://www.swgde.org/documents/published>.

Deve estar bem delimitado o objecto da pesquisa (o que se pretende apurar, face ao objecto do processo, para que se possa aferir da sua necessidade, adequação e proporcionalidade),⁴¹ mas não a forma técnica de o alcançar. A técnica da análise não é algo acessível ao juiz, nem é da sua competência. Exactamente como sucede com uma autorização de busca domiciliária: deve estar devidamente fundamentada, incluindo a identificação, de forma mais ou menos precisa (consoante as circunstâncias do caso), dos animais, coisas ou objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova que se pretende apreender, mas o mandado não deve conter instruções técnicas de como a busca deve ser executada.⁴²

Esta ideia está bem evidenciada no *Manual de Busca e Apreensão de Computadores e Recolha de Prova Digital em Investigações Criminais*, do Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América. Aí se afirma:

«Limitations on search methodologies have the potential to seriously impair the government's ability to uncover electronic evidence. "[A] search can be as much an art as a science," United States v. Brooks, 427 F.3d 1246, 1252 (10th Cir. 2005), and the forensic process can require detective work, including intuition and on-the-spot judgment in deciding, based on what the examiner has just seen, what is the best step to take next. One particularly burdensome restriction that could be placed on a forensic investigator is the requirement that the investigator limit the search to files containing particular keywords. *Forensic analysis may include keyword searches, but a properly performed forensic analysis will rarely end there*, because keyword searches will fail to find many kinds of files that fall within the scope of a warrant» [exemplificando com tipos de ficheiros onde não é possível pesquisar com *keywords* – em geral, todos os de imagem, que pode ser o que sucede com um documento em formato *jpg* anexo a um e-mail sem qualquer tipo de texto]. [...]

In addition, *keyword searches can also be thwarted through the use of code words or even unintentional misspellings. Law and investment firms—not to mention individuals involved in criminal activity—often use code words to identify entities, individuals, and specific business arrangements in documents and communications;*

⁴¹ A pesquisa deve visar «obter dados informáticos específicos e determinados» – artigo 16.º, n.º 1, da LCC. Porém, não se deve partir da exigência dessa finalidade – que deve ser previamente bem identificada no processo, com a maior precisão possível – para a conclusão de que *apenas podem ser vistos dados específicos e determinados*. Tal como sucede com uma busca física, para se encontrar o que se pretende há que procurar detalhadamente. Pense-se que, numa empresa, se procura todos os documentos respeitantes a determinado processo de contratação com o Estado: nos escritórios, poderá ser necessário abrir e verificar todas as pastas de documentos existentes; o mesmo pode ser necessário numa pesquisa informática.

⁴² Sobre estas, cf. JOSÉ BRAZ, *Ciência, Tecnologia e Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 144 e ss.

sometimes the significance of such terms will not be apparent until after a careful file-by-file review has commenced. [...]

While it might be helpful for the affidavit to contain background information that might justify particular steps taken during the search—such as describing the ease with which evidence can be concealed in a computer, explaining the need to search off-site, or justifying the seizure of commingled records—*neither the search warrant application nor the affidavit need contain special restrictions on how agents search for the things described in the warrant*».⁴³

A procura e apreensão de dados informáticos apenas por palavras-chave é hoje, pois, técnica ultrapassada.

3.4. Análise dos regimes legais possíveis

a) Das cinco possibilidades supra expostas, duas há que devem ser afastadas liminarmente e pelos mesmos motivos: a 1. e a 3. Nelas, para além de se continuar a acreditar nos mitos de que é possível levar as mensagens ao conhecimento do JIC sem, pelo menos parcialmente, tomar conhecimento do seu conteúdo, e de que este conseguirá tomar efectivo conhecimento de todas elas, será o JIC quem verdadeiramente fará a selecção das relevantes e, assim, será *juiz investigador*, violando a estrutura acusatória do processo. Fá-lo-á mal – pois não tem meios nem conhecimentos técnicos para tal – e em vão – pois, não podendo impedir o (concomitante ou posterior) conhecimento das mensagens por parte do MP, *v. g.*, para efeitos de recurso dessa decisão, não haverá nesse “primeiro conhecimento” do JIC qualquer real garantia.⁴⁴⁻⁴⁵

Há ainda que não esquecer que, tal como sucede com todos os demais meios de prova, a identificação do que é ou não probatoriamente relevante não ocorre apenas num momento, mas a todo o tempo até ao encerramento do inquérito, e pode ocorrer mesmo depois deste. À luz de cada nova prova obtida, dos novos factos apurados, dos seus possíveis enquadramentos jurídico-penais, a produção de prova e a sua apreciação estão em constante mutação. Aquilo que num momento pode parecer irrelevante pode mais tarde vir a ser a prova decisiva. O legislador há muito o compreendeu no que respeita às escutas telefónicas, permitindo que, até à acusação, o MP identifique e utilize quaisquer comunicações, ainda que até esse momento não tenham sido consideradas relevantes pelo JIC. O mesmo deve suceder com a apreensão de dados informáticos, designadamente de correio electrónico. Não pode transformar-se o JIC num *super investigador judicial* a quem frequentemente se recorre para que faça novas pesquisas nas mensagens de correio electrónico à luz dos desenvolvimentos da investigação.

b) Três possibilidades restam então: ou a intervenção do JIC ocorre apenas para, analisando a selecção de mensagens já feita pelo MP, determinar quais poderão ser utilizadas como prova (a 2.), ou o mesmo tem intervenção prévia, autorizando a pesquisa. Nesse caso, ou a sua intervenção se esgota nesse momento (5.) ou ainda é chamado a decidir a concreta apreensão de cada mensagem, apreciando a selecção feita pelo MP (4.).

Dir-se-á que um sistema com dupla intervenção do JIC (prévia e posterior), decalcado do artigo 179.º do CPP, é o mais garantístico. Porém, por tratar de forma igual o que é diferente, levaria a uma significativa incoerência do sistema: criaria um regime substancialmente diferente do da apreensão de correio físico, onde, depois de aberta a correspondência pelo destinatário, o seu conteúdo é apenas documento/objecto, livremente apreensível pelo MP e OPC's (não dispensando, claro, um concreto juízo de necessidade, adequação e proporcionalidade caso possa existir ofensa a direitos fundamentais) e não teria qualquer justificação de existência para os dados que não são de correio electrónico.

Para além disso, e com maior relevo, tal solução seria em absoluto incoerente com o regime vigente da interceptação – artigo 188.º do CPP e artigo 18.º da LCC. Salientando-se que os dados em causa serão exactamente os mesmos (nos artigos 188.º e 18.º em trânsito, no artigo 17.º já armazenados), no caso mais gravoso (intercepção, em que há sempre intrusão nas telecomunicações em curso) o juiz só teria intervenção prévia, no caso menos gravoso (apreensão) o juiz não só autorizaria a medida como depois também a selecção das mensagens a utilizar como prova. Qual o fundamento para tal diferença? Note-se que, no regime das intercepções, as intervenções do JIC posteriores à autorização são apenas para controlo do processo de realização das intercepções e para permanente verificação da manutenção dos pressupostos legais e factuais que fundamentaram a medida, não sobre a selecção daquelas relevantes para prova. Para além disso, como visto, a selecção das mensagens pelo JIC contém sempre sério risco de o fazer assumir o papel de *juiz investigador*.

No mesmo sentido, não deverá esquecer-se a Directiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno, que prevê que essas autoridades devem ter a competência para, após autorização prévia de uma autoridade judicial, examinarem todas as formas de correspondência, incluindo mensagens electrónicas, independentemente de parecerem não

ter sido lidas ou de terem sido apagadas, inclusive no domicílio privado dos dirigentes, de membros dos órgãos de administração e de outros membros do pessoal das empresas ou das associações de empresas.⁴⁶ Não haverá, pois, necessidade de “visualização prévia” pelo juiz, nem deste dependerá a decisão de utilização probatória das concretas mensagens. Exigir isso em processo penal será, pois, incoerente e desproporcional.

c) Restarão então as soluções 2 – com o juiz a intervir apenas posteriormente, decidindo da utilização probatória – e 5 – com intervenção apenas inicial, autorizando a pesquisa e apreensão. Ambas, em meu entender, constitucionalmente conformes, ambas com vantagens e com desvantagens na compatibilização entre a defesa dos bens jurídicos ofendidos pelo crime e os direitos fundamentais do visado.

Contrariamente ao que parece resultar do Acórdão, afigura-se-me que mesmo o sistema em que a intervenção do JIC só ocorre para, analisando a selecção de mensagens já feita pelo MP, determinar quais poderão ser utilizadas como prova (2.) é não só conforme à Constituição como é aquele previsto na lei vigente.⁴⁷ Como supra assumido, é inquestionável que deve haver intervenção do JIC. Porém, esta não necessita de ser prévia, sendo a posterior ainda adequada à sua função garantística. As concretas especificidades da apreensão de dados informáticos em geral e de correio electrónico em especial, supra expostas – *v. g.*, a dificuldade em determinar previamente onde irão ser encontrados dados de correio electrónico ou até dados sensíveis ou íntimos, a dificuldade em separar a pesquisa que vise obter dados de correio electrónico das pesquisas que tenham outra finalidade –, justificam que neste caso a intervenção seja apenas posterior.

Note-se que esta intervenção posterior não é para validação de ofensa a direitos fundamentais *já terminada*, como sucede com a validação das buscas domiciliárias ou a da detenção. Aqui, houve já uma primeira ofensa (mero conhecimento pelos OPC's e MP), mas, creio, a maior virá com a utilização probatória das mensagens e o seu conhecimento pelos demais sujeitos processuais e, para além deles, o público e a comunicação social. *A intervenção*

⁴⁶ Cf. Considerando 32 e artigos 6.º, n.º 1, alínea b), e n.º 3, e 7.º, n.º 1 e 2. Para transposição dessa Directiva está nesta data pendente a Proposta de Lei 99/XIV/2.ª, que visa alterar a Lei n.º 19/2012, de 8.V. As normas relevantes para o correio electrónico estão no artigo 18.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, desta lei.

⁴⁷ Essa a posição assumida em “Apreensão de correio electrónico...”, cit.. No mesmo sentido, PEDRO VERDELHO, *ob. cit.*, pp. 744-745, TIAGO CAIADO MILHEIRO, *ob. e loc. cit.*, e DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, *ob. cit.*, pp. 101 e ss. e 153 e ss. Contra, RITA CASTANHEIRA NEVES, *As ingerências nas comunicações electrónicas no processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 274-275, e SANTOS CABRAL, *Código de Processo Penal Comentado*, AAVV, Coimbra: Almedina, 3.ª ed., 2021, p. 712.

do JIC é posterior ao início da lesão, mas ainda anterior às maiores que se lhe sucederão.

Atente-se ainda que se houver intervenção prévia do JIC haverá depois menor controlo sobre o que é visto por todos os sujeitos processuais e por estes utilizado como prova (como nas intercepções) do que haverá quando a sua intervenção é posterior e é sempre sua a decisão de utilização probatória.

Repito que com o mero conhecimento pelos sujeitos processuais há já ofensa aos direitos fundamentais em causa. Dir-se-á então que a intervenção prévia do JIC é indispensável a impedir que tal ocorra sem justificação. Porém, não se podendo conhecer nesse momento com a menor precisão que dados poderão estar em causa (qual, na verdade, a dimensão da ofensa aos direitos fundamentais que poderá ocorrer), o JIC carecerá de elementos para a concreta ponderação necessária ao juízo de proporcionalidade⁴⁸ e, com isso, mais dificilmente terá fundamentos para indeferir a pretensão do MP, sob pena de, indeferindo, impedir à partida a apreensão de todos os dados informáticos, mesmo aqueles com pouca ou nenhuma ofensa à privacidade do visado. Numa perspectiva global, a intervenção prévia oferece, pois, menor garantia.

Há ainda que não esquecer o que pode suceder no mundo corpóreo: nunca se sabe quando é que, numa busca que não é da competência do JIC, se encontram, p. ex., fotos íntimas ou um diário que podem ter relevância probatória. Nessas situações, haverá que fazer intervir o JIC e será dele a decisão, apreciando os fundamentos invocados pelo MP. Esse o sistema garantístico previsto na LCC, no artigo 16.º, n.º 3. O regime similar ao desta norma é, pois, o adequado. Nunca se sabe onde poderão estar os dados informáticos com maior potencialidade de violar a privacidade.

Contraponho ainda que, como vimos, o MP deve decidir de acordo com os mesmos critérios que o JIC, v. g., o juízo de proporcionalidade deve ser o mesmo. Não pode afirmar-se que, não havendo intervenção prévia do JIC, não há qualquer garantia judiciária. Não pode desvalorizar-se a função do MP no inquérito e o seu estatuto constitucional e legal que a enquadra: os princípios constitucionais e legais que nessas tarefas regem a actuação de juízes e procuradores são exactamente os mesmos. Vejamos.

d) Realço a leitura parcial das características do MP e dos seus magistrados em confronto com as dos juízes feita no Acórdão, que conduz

⁴⁸ A ponderação de necessidade, adequação e proporcionalidade será sempre feita apenas para a medida (a pesquisa) e não para a concreta mensagem/objecto informático. Aquela será necessariamente mais vaga e indeterminada, com um juízo de previsão mais abstracto; esta será sempre concreta, sem qualquer abstracção. Um juízo de necessidade, adequação e proporcionalidade sobre uma mensagem concreta é muito mais rigoroso do que um sobre uma pesquisa.

à afirmação da existência de um «impressivo e distinto retrato do juiz e do Ministério Público que resulta do texto constitucional e das disposições legais aplicáveis». De facto, nele se lê que:

«A CRP prevê ainda que o Ministério Público goze de um estatuto próprio e de autonomia (artigo 219.º, n.º 2), o que pressupõe a sua vinculação a critérios de legalidade e objetividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às obrigações decorrentes do respetivo Estatuto (artigo 3.º do EMP), e não aos demais órgãos do poder público. Contudo, a Constituição concebe o Ministério Público como uma magistratura responsável e hierarquicamente subordinada (artigo 219.º, n.º 4 da CRP e artigo 14.º do EMP), sujeita a ação disciplinar por parte da Procuradoria-Geral da República (artigo 219.º, n.º 5 da CRP).

Quanto aos juízes, são titulares de órgãos de soberania, com competência para administrar a justiça em nome do povo, assegurando a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimindo a violação da legalidade democrática e dirimindo os conflitos de interesses públicos e privados (artigo 202.º, n.ºs 1 e 2 da CRP e artigos 1.º e 3.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais [...]).

Os juízes desempenham as suas funções em condições de estrita independência (artigo 203.º da CRP), não estando sujeitos a quaisquer ordens ou instruções (artigo 4.º do EMJ), gozando das garantias de irresponsabilidade, inamovibilidade, e outras previstas na lei (artigos 4.º a 6.º do EMJ), e vinculados a exigências de atuação imparcial, isenta e de respeito pelo princípio da igualdade (nos termos do disposto nos artigos 6.º-B e 6.º-C do EMJ).»

O que o Acórdão não refere, como devia, é *a que garantia constitucional da inamovibilidade é exactamente igual para juízes e magistrados do MP* (artigos 216.º, n.º 1, e 219.º, n.º 4); que estes últimos devem actuar sempre com *independência* em relação a interesses de qualquer espécie e às suas convicções políticas, religiosas ou filosóficas, abstendo-se de obter vantagens indevidas, directa ou indirectamente, patrimoniais ou outras, para si ou para terceiro, das funções que exercem (artigo 104.º, n.º 1, do Estatuto do Ministério Público [EMP]) – deveres de *imparcialidade* e de *isenção*; que devem igualmente desempenhar as suas funções *tendo exclusivamente em vista a realização da justiça, a prossecução do interesse público e a defesa dos direitos dos cidadãos* (n.º 2 deste artigo); que devem exercer as suas funções no respeito pela Constituição, pela lei e pelas ordens e instruções legítimas dos

superiores hierárquicos;⁴⁹ e que também lhes cabe a defesa do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei [o que resulta do artigo 66.º, alínea h)].

Ainda que, no concreto regime legal hoje vigente, as proclamadas *irresponsabilidade dos juizes e responsabilidade dos procuradores se traduzem exactamente na mesma responsabilidade criminal, civil e disciplinar*. A responsabilidade dos procuradores consiste em responderem, nos termos da lei, pelo cumprimento dos seus deveres e pela observância das directivas, ordens e instruções que receberem (artigo 97.º, n.º 2, do EMP). A observância das directivas, ordens e instruções que receberem é decorrência do seu estatuto de autonomia: é porque podem autodeterminar a sua actuação que são responsáveis por ela e pelas consequências daí resultantes.⁵⁰ Porém, também os juizes respondem, nos termos da lei, pelo cumprimento dos seus deveres.

Assim, em verdade, tal como sucede com os juizes, os magistrados do MP só podem ser responsabilizados pelas suas decisões nos termos previstos na lei em termos criminais, civis ou disciplinares. A lei penal é, naturalmente, igual para todos; o regime da responsabilidade civil é o mesmo (artigo 5.º, n.ºs 3 e 4, do Estatuto dos Magistrados Judiciais [EMJ], artigo 98.º do EMP e artigo 14.º do Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas); em termos disciplinares, embora a definição de infracção disciplinar não seja exactamente igual,⁵¹ nem num caso nem noutro é fundada *no sentido da decisão*. O órgão com competência disciplinar é idêntico: o respectivo Conselho Superior.

e) A reserva de juiz não pode ser desligada das garantias de defesa que o n.º 1 do artigo 32.º da CRP obriga a defender. Também ela é uma garantia de defesa.⁵² O que está em causa com a apreensão de dados informáticos é também a potencial violação das garantias de defesa. O TC pronuncia-se pela

⁴⁹ Ordens e instruções estas que igualmente devem respeitar a Constituição e a lei, sob pena de deverem ser recusadas – artigos 103.º, n.º 1, e 100.º, n.º 3, do EMP.

⁵⁰ Cf. LUIS SOUSA DA FÁBRICA, *A Autonomia do Ministério Público no Novo Estatuto*, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2020, p. 78.

⁵¹ «[O]s atos, ainda que meramente culposos, praticados pelos magistrados do MP com violação dos princípios e deveres consagrados no presente Estatuto e os demais atos por si praticados que, pela sua natureza e repercussão, se mostrem incompatíveis com a responsabilidade e a dignidade indispensáveis ao exercício das suas funções» no artigo 205.º do EMP e «os atos, ainda que meramente culposos, praticados pelos magistrados judiciais com violação dos princípios e deveres consagrados no presente Estatuto e os demais atos por si praticados que, pela sua natureza e repercussão, se mostrem incompatíveis com os requisitos de independência, imparcialidade e dignidade indispensáveis ao exercício das suas funções» no artigo 82.º do EMJ.

⁵² «Garantia fundamental de defesa» a consideram GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 520.

violação das garantias constitucionais de defesa invocando apenas o n.º 4 do artigo 32.º, mas não vemos como possa deixar de convocar também o n.º 1 do mesmo artigo.

Essa apreciação global a fazer da reserva de juiz no quadro das garantias de defesa impõe um particular cuidado na valorização a fazer do factor “independência” e do factor “terceiro imparcial”, coexistentes no JIC durante o inquérito. Este último é importante, mas não absoluto ou inultrapassável. É que se o considerarmos inultrapassável ou não dispensável teremos de concluir pela inaplicabilidade constitucional na fase de instrução de todas as medidas de investigação que possam contender gravemente com direitos fundamentais e com isso colocar em crise essa fase do processo penal e todo o nosso sistema processual penal.

Não estariam essas garantias violadas na fase de instrução quando é o juiz a decidir sobre o exercício da acção penal, quando é ele que, sem obrigatoriedade de qualquer contraditório, simultaneamente tem o impulso e a decisão sobre os meios de obtenção de prova a utilizar, e é sua a decisão sobre a sujeição do arguido a julgamento? As garantias de defesa não valem também para a fase de instrução?

Em caso de instrução a requerimento do assistente, não estará o JIC a dirigir uma actividade de recolha de prova em tudo similar à do inquérito (saber se houve ou não crime, quem o cometeu e recolher prova tendo em vista a decisão instrutória)? A possibilidade/necessidade de apreensão de dados informáticos, incluindo os de correio electrónico, existe quer no inquérito, quer na instrução. Numa e noutra fase, a sua finalidade é a mesma: ser utilizada para a descoberta da verdade quanto aos crimes objecto do processo.

A posição de neutralidade do juiz na instrução não é diferente da do MP no inquérito. Ambos estão sujeitos ao mesmo dever de objectividade, de obediência à lei, de (iniciativa para a) descoberta da verdade e de realização do direito – artigos 9.º, n.º 1, e 53.º, n.º 1, do CPP, artigos 3.º e 4 do EMJ.

A independência dos juizes e a autonomia do MP são apenas garantes da actuação de uns e outros nesses termos. Na sua dimensão externa (face a quaisquer entidades externas aos órgãos do MP, *v. g.*, os tribunais e outros órgãos do Estado), a autonomia do MP é uma verdadeira independência, pois está legalmente assegurado que os seus magistrados não sejam submetidos, no exercício das suas funções, a influências ilegítimas ou a quaisquer pressões de origem exterior.⁵³

⁵³ Recorde-se a *Rec(2000)19* do Comité de Ministros do Conselho da Europa, bem como a *Declaração de Bordéus sobre o papel dos Juizes e dos Procuradores numa sociedade democrática*, de 02.07.2009, documento

Se, no inquérito, o JIC tem a posição de terceiro face a quem pretende o acesso aos dados, por não estar envolvido na condução do processo, podendo assim ter uma posição de neutralidade relativamente aos interesses conflituantes no processo penal (no apuramento dos factos e efectivação da responsabilidade criminal *versus* do arguido de a isso se eximir), na instrução tal não sucede. Embora esta fase não deva ser um *novo inquérito*, um *complemento* ou *suplemento*, a «comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito» está funcionalmente dirigida a objectivo idêntico ao do inquérito: submeter ou não o arguido a julgamento⁵⁴ – artigos 262.º, n.º 1, e 286.º, n.º 1, do CPP. É só do JIC a responsabilidade de direcção do processo, sendo ele que «investiga autonomamente o caso» (artigo 288.º, n.º 4), ele que determina todos os actos de instrução a levar a cabo (artigo 289.º, n.º 1), actos que podem ser de natureza policial, praticados pelos OPC's (artigo 290.º, n.º 2), visando o apuramento da verdade (artigo 291.º, n.º 1), limitado apenas pelo objecto do processo definido na acusação ou no requerimento de abertura de instrução do assistente. Não está, pois, numa posição de terceiro imparcial⁵⁵ face ao caso: tem acção e tem jurisdição, tem impulso e tem decisão.⁵⁶ Está directamente comprometido com esses actos.⁵⁷ Não lhe cabe proferir a decisão final no processo,⁵⁸ mas submetê-lo, caso recolha indícios suficientes, ao órgão jurisdicional competente para tal – o tribunal de julgamento.

Onde ficaria então a garantia judiciária de defesa que se exigiria no inquérito? Será menor a necessidade de controlo sobre a restrição a direitos

conjunto do Conselho Consultivo dos Juizes Europeus e do Conselho Consultivo dos Procuradores Europeus.

⁵⁴ O artigo 262.º, n.º 1, refere «em ordem à decisão sobre a acusação», não, como o artigo 286.º, n.º 1, «em ordem a submeter ou não a causa a julgamento». Porém, a decisão sobre a acusação é verdadeiramente uma decisão sobre submeter ou não alguém a julgamento, pois a acusação exige a existência de indícios suficientes e estes, por sua vez, obrigam a juízo sobre a «possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança» – artigo 283.º, n.º 2, do CPP. A mesma definição de indícios suficientes que é critério para a decisão instrutória – artigo 308.º, n.º 1 e 2, do mesmo Código.

⁵⁵ Terceiro tão pouco será o tribunal de recurso, pois tal decisão é irrecorrível – artigo 291.º, n.º 2.

⁵⁶ Como refere PAULO DÁ MESQUITA (*Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 331), «[n]a fase de instrução o juiz de instrução assume uma posição polifuncional que, embora vinculada tematicamente, não se confunde com a intervenção de um juiz que vai apenas apreciar a actividade indagatória do Ministério Público, pois tem o poder de protagonizar uma actividade inquisitória de recolha suplementar de prova tendo em atenção as pretensões e contributos constitutivos de outros sujeitos processuais».

⁵⁷ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, «As exigências da investigação no processo penal durante a fase de inquérito», in AAVV, *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio de homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 97.

⁵⁸ É certo que toma a decisão instrutória no processo com total independência, mas o mesmo sucede com o MP na decisão de encerramento do inquérito.

fundamentais do cidadão caso a ordem venha de um juiz? Por que motivo? Essa restrição não será a mesma, venha a decisão de um procurador ou de um juiz? Qual a diferença entre *investigar para acusar* e *investigar para pronunciar*, entre *investigação originária* do MP e *investigação posterior* do JIC? Na independência do juiz *versus* a autonomia do MP não estará certamente, pois uns e outros têm a mesma garantia contra interferências externas.

Deve, pois, concluir-se que, *se as garantias de defesa podem prescindir da intervenção de um terceiro imparcial na fase da instrução, então no inquérito também o carácter relativo dessa garantia deve ser considerado na repartição de competências entre MP e JIC e, quanto a este, na definição do momento em que deve ocorrer a sua intervenção*, pois a autonomia do primeiro e a independência do segundo são, para esse fim, similares na garantia conferida.

Quem considerar que há violação das garantias de defesa se for o MP a ordenar a pesquisa, a tomar conhecimento dos dados e só depois existir intervenção do JIC para decidir da sua utilizabilidade (haverá intervenção de duas entidades com estatuto e deveres similares, estando uma em posição de terceiro face à condução do processo), então, por maioria de razão, deve chegar à mesma conclusão na instrução (em que só haverá intervenção de uma entidade e não estará na posição de terceiro imparcial).

f) O Acórdão invoca ainda que as intervenções no domínio de direitos fundamentais não são passíveis de integral reparação, quando abusivas, e que o que o MP ou os OPC's viram, indevidamente, não pode deixar de ser visto, mesmo que a informação não seja depois junta aos autos (ponto 34).

É verdade que o visto não pode deixar de ser visto. Mas isso também sucede se o vício for da decisão do JIC. Não pode ser apagado da memória, mas pode ser apagado do processo se for decidida pelo JIC a não utilização dessa prova (como sucede hoje com qualquer proibição de valoração de prova,⁵⁹ como um diário – só para a utilização probatória do diário se exige a intervenção do JIC e isso não impede o MP de dele tomar conhecimento, pois só assim pode fundamentar a sua relevância para a prova⁶⁰ – ou até

⁵⁹ Para além, claro, da destruição ou devolução dos dados.

⁶⁰ Cf. o Ac. do TC 607/2003, onde se lê: «Ou seja, a lícita apreensão de um diário não faz, sem mais, que, à luz das inarredáveis dimensões constitutivas do Estado de direito supra mencionadas, se haja de admitir a relevância probatória, no todo ou em parte, do seu conteúdo específico: de fora de tal valoração ficam, em homenagem à autonomia ética da pessoa humana, todas as “descrições” que apenas relevam de um estrito plano interior, ineliminavelmente agilhado à consciência do seu autor, sendo assim de reter, relativamente a estas, *praevallet quod principale est*, que a intervenção formalmente justificada na intimidade não a transforma, *ipso facto*, em “não abusiva” de um ponto de vista axiológico-material. E tal juízo não pode, pois, efectuar-se em abstracto tendo como ponto de partida e como critério de valoração o subjacente à validade da obtenção de um diário, outrossim deve realizar-se crítico-reflexivamente em concreto perante

com as escutas telefónicas, se, depois de autorizadas pelo JIC, vierem a ser consideradas inválidas, *v. g.*, por incumprimento dos prazos de controlo – artigo 188.º, n.ºs 3 e 4).

Reparação integral nunca acontece verdadeiramente. No caso da apreensão, o tempo em que a pessoa fica privada da posse, uso e fruição da coisa não é reparado pela restituição; no caso da detenção fora de flagrante delito, o detido poderá ficar privado de liberdade até 48 horas antes de ser presente a juiz (a eventual indemnização por privação ilegal da liberdade nunca poderá fazer devolver as 48 horas de liberdade perdidas).

Não se me afigura, pois, aspecto central.

3.5. Conclusão

Pelo que fica exposto, concluo que quer o regime vigente, interpretado da forma como o faço (com o JIC a intervir apenas posteriormente, decidindo da utilização probatória), quer um eventual outro (dependente de alteração legislativa), em que seja dele a autorização para a pesquisa e apreensão (sem qualquer intervenção posterior) são conformes à Constituição: respeitam a reserva de juiz e a estrutura acusatória do processo, asseguram as garantias de defesa e protegem adequadamente os direitos fundamentais.

4. A declarada inconstitucionalidade das normas dos n.ºs 3 e 5 do novo artigo 17.º

O TC pronunciou-se pela inconstitucionalidade de todas as normas constantes do “novo” artigo 17.º, incluindo, pois, as ínsitas nos n.ºs 3 e 5.

Apesar de incluídas no requerido pelo PR, tais normas não têm qualquer relação de acessoriedade com os n.ºs 1, 2 e 4, em qualquer das dimensões da declarada inconstitucionalidade, e não foram objecto de qualquer efectiva apreciação por parte do tribunal, nem com a mais leve das superficialidades. Não se compreende assim a sua inclusão no juízo de inconstitucionalidade.

Ainda que as tivesse analisado, estou certo que não lhes encontraria qualquer desconformidade constitucional.

O n.º 3 determinava a aplicação à apreensão de mensagens de correio electrónico e de natureza semelhante do disposto nos n.ºs 5, 6, 7 e 8 do artigo 16.º. Ora esses n.ºs 5 e 6 determinam a aplicação adaptada dos regimes legais de protecção dos segredos da advocacia, das actividades médica, bancária e jornalística, bem como do segredo de Estado e profissional; os n.ºs 7 e 8

o(s) conteúdo(s) que integra(m) um diário particular, aí discernindo, nos termos já referidos, se e em que medida pode estar em causa a dignidade e integridade éticas apenas do arguido».

descrevem a forma de execução material das apreensões, sendo já aplicáveis às de correio electrónico. Ou seja, o novo n.º 3 apenas deixava expresso na letra da lei aquilo que a boa interpretação já permite hoje concluir.

O n.º 5 determinava que os «suportes técnicos que contenham as mensagens apreendidas cuja junção não tenha sido determinada pelo juiz são guardados em envelope lacrado, à ordem do tribunal, e destruídos após o trânsito em julgado da decisão que puser termo ao processo». Pretendia, pois, suprir uma lacuna existente no regime vigente, que nada diz sobre o que fazer às mensagens que o juiz não apreende por não serem de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova. A solução pretendida pela AR era a de seguir regime idêntico ao previsto para as escutas telefónicas no n.º 12 do artigo 188.º do CPP. A única censura que me parece merecer tal solução é a de não prever igualmente regime similar ao do n.º 6 desse artigo. Na verdade, os dados informáticos a que se aplica o artigo 17.º são dados armazenados que poderiam ter sido interceptados, em tempo real, através dos meios de obtenção de prova previstos nos artigos 187.º e 188.º do CPP (*SMS, EMS e MMS*) ou no artigo 18.º da LCC (*e. g.*, mensagens de correio electrónico e *instant messages*). Assim, quanto ao regime da destruição/devolução, sendo o artigo 17.º omissivo e não oferecendo o artigo 179.º do CPP resposta satisfatória, parece-me que já hoje se deve aplicar o regime do artigo 188.º, n.ºs 6 e 12, deste código, *ex vi* do artigo 28.º da LCC.⁶¹ Sendo os dados da mesma natureza, deve o regime de conservação ser o mesmo.⁶²⁻⁶³

⁶¹ Ou seja, e fazendo as necessárias adaptações, o juiz, sem prejuízo do regime dos conhecimentos fortuitos, deve determinar a destruição imediata das mensagens de correio electrónico ou semelhantes que, sendo manifestamente estranhos ao processo, (i) abranjam matérias cobertas pelo segredo profissional, de funcionário ou de Estado, ou (ii) cuja divulgação possa afectar gravemente direitos, liberdades e garantias. As demais mensagens permanecerão materialmente apreendidas (ou sujeitas a apreensão cautelar ou provisória) à ordem do processo, só devendo ser destruídas após o trânsito em julgado da decisão que puser termo ao processo. Não poderão, pois, ser destruídas na pendência do inquérito.

⁶² Com grande relevância sobre esta matéria, cf. o acórdão do TEDH de 04.06.2019 (caso Sigurður Einarsson e Outros c. Islândia – Queixa n.º 39757/15, em que os requerentes se queixaram de que a defesa não tinha tido acesso ao vasto volume de dados recolhidos pela acusação durante a fase de inquérito e que não tinha tido uma palavra a dizer na triagem electrónica desses dados; sustentavam que ninguém tinha revisto a selecção de documentos apresentados ao tribunal e que lhes tinha sido negada a possibilidade de efectuar uma pesquisa utilizando o sistema electrónico aplicado, o “Clearwell”, um sistema de *eDiscovery*). O tribunal considerou que seria adequado que tivesse sido dada à defesa a possibilidade de realizar uma busca por provas potencialmente ilibatórias e que qualquer recusa em autorizar a defesa a fazer novas buscas nos documentos “marcados” levantaria um problema à luz do artigo 6.º §3 (b), relativamente à disponibilização dos meios adequados para a preparação da defesa.

⁶³ Por recente acórdão de 31.10.2019 (P. 122/13.8TELSB-BB.L1-9, Maria do Carmo Ferreira), o TRL decidiu no sentido de que «III - As provas, para além de estarem devidamente reguladas na Lei, serão sindicadas quanto à sua validade e pertinência, em sede de julgamento, ou seja, a oportunidade da sindicância sobre a prova é feita, em sede final, na fase do julgamento, quer quanto à validade da sua reprodução, quer

O juízo de inconstitucionalidade feito a estas duas normas no Acórdão não deve, pois, alterar a interpretação que hoje deve ser feita nesses aspectos.

III – Considerações finais

A prova digital é central no processo penal actual. Na primeira vez que se pronunciou sobre o regime vigente, e embora as normas apreciadas não fossem particularmente felizes,⁶⁴ o TC evidenciou imprecisão e alguns equívocos sobre o mesmo, em especial sobre a apreensão de dados informáticos e, mais ainda, sobre a realidade a que se aplica tal regime, o que condicionou o juízo que emitiu. Juízo e fundamentos invocados que extravasam o regime de apreensão de correio electrónico e implicam directamente com todo o regime de pesquisa e apreensão de dados informáticos.

Não se pode continuar a olhar para o correio electrónico como se olha para o correio físico e tentar apreender e analisar aquele como se apreende e analisa este. Não se pode reconhecer que a digitalização do mundo facilita a prática de quase todos os crimes e depois, pelo arcaísmo do *Direito* que se pretende criar, recusar o acesso à prova que essa mesma digitalização gera. Não se pode esquecer que ao Estado também cabe garantir os direitos e liberdades fundamentais das vítimas, não apenas dos suspeitos ou arguidos.

Não se pode viver num mundo altamente digitalizado e olhar para as comunicações electrónicas com um abre-cartas na mão. Fazê-lo é querer continuar a olhar para o projectil com uma lupa, rejeitando o microscópio; é querer apenas saber qual o tipo de sangue presente num vestígio hemático e rejeitar a determinação de um perfil de ADN; enfim, é querer fazer investigação

quanto à sua utilidade e legalidade; IV - A eventual destruição das provas, do mesmo modo se tem de relegar para momento posterior às fases da investigação e da instrução, nomeadamente quanto à destruição de documentos que fazem parte do inquérito, concretamente de correio electrónico apreendido, quer se tenha por entendimento que o correio electrónico apreendido se encontra na forma “física” no processado, ou se entenda que se equiparam a correspondência pessoal, com enquadramento, o certo é que só é pertinente a sua destruição após o trânsito em julgado da decisão que puser termo ao processo, não podendo ser ordenada a sua destruição em fase anterior do processo, que esteja ainda em curso», revogando decisão do JIC a ordenar a destruição no final da instrução de vários suportes de correio electrónico constantes de apensos.»

⁶⁴ Nos n.ºs 1, 2 e 4 do novo artigo 17.º. Primeiro, porque utilizava dois critérios diferentes de necessidade probatória consoante a entidade que tivesse ordenado ou valido a apreensão: se o JIC, o critério seria o da mera necessidade para a prova e esta seria imediatamente utilizável; porém, se tivesse sido o MP, seria necessária nova decisão de “utilização probatória” por parte do JIC, esta já sujeita a um critério de “grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova”. Incompreensível. Depois, quanto ao n.º 2, por permitir aos OPC’s efectuarem as apreensões “quando haja urgência ou perigo na demora”, o que se afigura excessivamente amplo e indeterminado. Não já nos casos previstos no artigo 15.º, onde não vejo qualquer problema: ou há consentimento ou são «casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa», que o próprio TC admite como deverem permitir um regime excepcional.

criminal como se estivessemos no início do sec. XX e não no início do sec. XXI. A maior eficácia na aquisição da (mesma espécie de) prova nunca poderá constituir um problema.

De entre os vários possíveis regimes legais para a delimitação recíproca da competência de MP e JIC na pesquisa e apreensão de dados informáticos, alguns devem ser afastados por desconformidade constitucional: ou por não preverem qualquer intervenção do JIC, ou por preverem demasiada intervenção do mesmo, ofendendo a estrutura acusatória do processo, o exercício da acção penal pelo MP e até a função do JIC no sistema de garantias de defesa.

Quer o regime vigente, interpretado da forma como interpreto (com o JIC a intervir apenas posteriormente, decidindo da utilização probatória), quer um (dependente de alteração legislativa), em que seja dele a autorização para a pesquisa e apreensão (sem qualquer intervenção posterior) são conformes à Constituição: respeitam a reserva de juiz e a estrutura acusatória do processo, asseguram as garantias de defesa e protegem adequadamente os direitos fundamentais.

Em consequência, continuo convicto que não existe qualquer invalidez – por violação da reserva de juiz ou por ofensa a direitos fundamentais – nos processos pendentes em que a decisão de apreensão do correio electrónico foi sempre do JIC, precedida ou não de visualização pelo MP. Não obstante, os magistrados do MP que se sintam inseguros com tal posição sempre poderão passar a solicitar autorização prévia ao JIC para proceder a pesquisa e apreensão dos dados informáticos em todos os sistemas informáticos de uso pessoal, ficando a utilização daqueles sensíveis ou íntimos, ou de correio electrónico ou semelhante, dependente de juízo concreto do JIC em apreciação de requerimento do MP. Fá-lo-ão, porém, com a consciência das incoerências de regime supra identificadas em II.3.4.

Este acórdão veio acentuar a necessidade de tornar mais seguro para o aplicador o regime vigente, neste e noutros aspectos. Uma possível alteração legislativa poderá ser a de, não alterando, em sentido diverso, o paradigma actual, deixar mais claro quais são as funções de MP e do JIC; outra poderá ser a de prever a competência do JIC para autorizar a pesquisa e apreensão dos dados informáticos, pelo menos em todos os sistemas informáticos de uso pessoal.⁶⁵

⁶⁵ O que não me parece adequado e sustentado seria dividir a competência entre o MP e o JIC seguindo os critérios de competências do CPP para as buscas, o que não raramente já terá sido feito. Nesses termos, se o sistema informático a pesquisar estivesse num domicílio a competência para ordenar a pesquisa seria do JIC; se estivesse fora dele, do MP. Creio que com esse critério se confunde acesso ao local físico onde está o sistema com acesso aos dados informáticos, fazendo depender a protecção a estes últimos

Esta segunda via, embora contrária ao sentido de evolução que, em meu entender, deveria ser seguido, talvez seja aquela que maior segurança dará aos aplicadores, precavendo-os contra possíveis juízos de inconstitucionalidade. Aproximaria então o regime da apreensão dos dados informáticos do regime vigente para a interceptação dos mesmos dados: depois de prévia autorização pelo JIC, o MP realizaria a pesquisa e tomaria conhecimento do conteúdo dos dados, determinando quais a usar como prova, sem prejuízo de arguido e assistente mais tarde o poderem também fazer. Este é o regime vigente desde 1998 para as interceptações telefónicas e, creio, a sua conformidade constitucional nunca foi fundamentadamente questionada.

Qualquer que seja o caminho, deverá ficar clara a admissibilidade de pesquisa e apreensão de dados informáticos (incluindo dados sensíveis ou íntimos, ou de correio electrónico e semelhantes) sem autorização prévia de juiz em casos de urgência e necessidade de impedir crimes de onde possam resultar danos graves e/ou irreparáveis a bens jurídicos de diferentes naturezas – pesquisa e apreensão imediatamente depois comunicadas ao JIC e por este apreciadas em ordem à sua validação. Algo que parta do hoje previsto para as buscas domiciliárias (artigos 174.º, n.º 5, e 177.º, n.º 3, do CPP), mas o adapte ao mundo digital. Assim, não esquecendo as situações de consentimento, para além dos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa, outros crimes há (estritamente informáticos, cometidos por meio de um sistema informático ou em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico) que as suas consequências, podendo ser diversas mas não menos importantes do que a ofensa à integridade física, serão mais dificilmente reparáveis.⁶⁶ Sem olvido de que aquilo que fundamenta a possibilidade de busca domiciliária em acto seguido à detenção em flagrante delito – a necessidade de intervenção urgente e imediata para que a prova não “desapareça” da residência do arguido – também fundamenta a necessidade de imediata pesquisa e apreensão para que os dados informáticos não “desapareçam” dos seus domicílios virtuais.

É urgente essa alteração legislativa.

de factores completamente aleatórios e mutáveis (sistemas informáticos com grande potencialidade de conterem dados privados como os *laptops*, *tablets* ou *smartphones* poderão ser encontrados em casa ou fora dela consoante o momento do dia).

⁶⁶ Pense-se, p. ex., na situação em que o agente acede ilegítimamente ao *smartphone* de outra pessoa e passa a transmitir em directo, na *internet*, o som ou imagem que o aparelho, sem o conhecimento do seu utilizar, está a captar.

*Direito penal do bem jurídico e direito penal expansionista: “gémeos separados à nascença”?**

António Miguel Veiga

Juiz de Direito; Mestre e doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Investigador Colaborador do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
antonio.miguel.veiga@gmail.com

Resumo: O presente estudo começa por tentar estabelecer uma ligação entre o princípio da dignidade humana enquanto referente axial do nosso ordenamento jurídico-constitucional e aquelas que são, depois, as suas marcas e projecções fundamentais no domínio penal, visando-se igualmente constatar se o denominado *direito penal expansionista* se preocupa ou não, em algumas das suas criações normativas, por respeitar aquelas mesmas projecções. Em tal contexto, analisam-se seguidamente diversos exemplos normativos contemporâneos, em três áreas temáticas distintas (legislação antiterrorista, direito penal sexual e direito penal da família), correspondentes a outras tantas manifestações do aludido *expansionismo*, seja no *enforcement* securitário que impõe ou nos modelos comportamentais (do ponto de vista sexual ou familiar) que entende moral e socialmente adequados e exige dos seus destinatários. Chamando-se, finalmente, a atenção para a circunstância de, apesar de *na prática das coisas* relegarem para um segundo plano princípios ligados à defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, adoptarem as referidas manifestações expansionistas um discurso amiúde baseado na ideia de protecção comunitária ou até mesmo individual.

Abstract: This paper begins by establishing a connection between the principle of human dignity, as an essential foundation of the Portuguese legal system, and its main signals and projections in criminal matters,

* Por opção do Autor, o presente texto segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico em vigor desde 2009.

with a view also to establishing whether or not the so-called *expansionist criminal law* tends to respect such projections. In this context, the paper then proceeds to assess several contemporary normative examples of said *expansionism* in three different thematic areas (antiterrorism, legislation related to sexual offences and family-related legislation), both in the security-driven enforcement that it imposes and in the morally and socially adequate behaviour that it demands. Finally, the paper draws attention to the fact that those expansionist manifestations, whilst discarding protection of fundamental rights, are often promoted in the name of the protection of the community or even of individual rights.

Palavras-chave: dignidade humana; bem jurídico; direito penal expansionista

Keywords: human dignity; legal interest; expansionist criminal law

1. Introdução. Aproximação ao tema

1.1. O valor da dignidade pessoal constitui algo de absolutamente basilar nos Estados de Direito contemporâneos e suas expressões normativas mais relevantes.¹ Isto, em uma era marcada, pelo menos em termos comunicacionais,² pela cada vez maior consciencialização da necessidade de respeito pelos direitos humanos e seu estruturante papel na mundividência hodierna.

Mas o que, em tese, merece o aplauso de qualquer espírito democrático e amante da liberdade, exigirá, nos tempos que vivemos, uma análise e uma dissecação um pouco mais aprofundadas. Não, note-se, quanto àquilo que constitui uma evidência para, como dissemos, qualquer espírito democrático e humanista, a saber, o primado e a força eticamente fundantes do valor da pessoa (e do que representa *ser-se pessoa, livre e responsável*)³ enquanto razão e referencial das emanações normativas de um Estado de Direito. O ponto terá

¹ E a Constituição de um verdadeiro Estado de Direito começa por ser o alfofre essencial do respeito e promoção da dignidade humana: assim, na ordem jurídica portuguesa, preceitua o artigo 1.º da Lei Fundamental 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 (...)».

² Em muitos casos, este tenderá a configurar o nó górdio do problema que tentaremos analisar nas presentes linhas. É que o poder mediático e comunicacional das grandes proclamações de princípios conduz, por vezes, a que se olvide o essencial dos temas e reste “mascarado” o real dissídio existente entre a substância dos valores invocados e as concretas propostas apresentadas pelo legislador como supostamente idóneas à protecção daqueles mesmos valores.

³ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, direito e responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, 1996, Fascículo 1.º, pp. 32 e ss.

mais – e sobretudo – que ver com a concreta percepção da *dignitas* que parece estar subjacente a determinadas criações contemporâneas do legislador, e o modo como tal percepção encontra (ou não) eco junto da comunidade a que as referidas normas se destinam.

Coloquemos, pois, a questão nos seguintes termos: tudo o que – por vezes com o estrépito mediático próprio da barganha política – a lei apresenta como essencial à protecção de lúdimos valores pessoais e colectivos, sê-lo-á, realmente?

O problema (que, de modo consciente, resumimos na brevíssima interrogação acabada de formular) mostra-se particularmente candente em áreas, como a jurídico-penal, nas quais mais de perto se tocam a liberdade e a esfera de autonomia íntima dos cidadãos. Mas suscita ainda, e *pour cause*, estouta reflexão (ancorada em uma perspectiva simétrica à que presidiu à aludida pergunta): terá sentido, nos dias de hoje, pensar-se na autonomia da pessoa como um obstáculo a determinadas iniciativas que, anunciadas como tendendo à promoção da dignidade humana, rapidamente se revelam destinadas à obtenção, pura e simples, de um clima geral de protecção comunitária assente na inocuização de direitos individuais?

Em uma palavra: ter-se-ão os anseios gerais de segurança comunitária transformado, por força da evolução dos tempos, em algo de semelhante a uma verdadeira *nêmesis* da liberdade pessoal e de tudo o que esta é suposto envolver?

Tentaremos reflectir um pouco sobre o problema, a partir de alguns exemplos recentes do nosso⁴ direito penal positivado, e do caminho marcadamente *expansionista* que o mesmo, em sociedades plurais e democráticas como aquela em que felizmente nos movemos,⁵ parece cada vez mais decidido a trilhar.

⁴ Falamos do “nosso” direito penal, mas compreendemos bem que, para um país como Portugal, os problemas a este nível suscitados não revestirão uma particular originalidade ou singularidade face a outras ordenações do mesmo espectro normativo, cada vez mais moldadas e definidas pelos entes de cariz internacional de que fazem parte: o mais premente, óbvio e contemporâneo exemplo é, como se intui, o da União Europeia e sua aspiração à construção de um “espaço de liberdade, segurança e justiça”, enquanto princípio programático enunciado no n.º 2 do artigo 3.º do Tratado da União Europeia (TUE).

⁵ Parecendo-nos também relativamente evidente que, pela própria *natureza das coisas*, as imposições por nós enunciadas perderão grande parte do sentido quando transpostas para regimes político-jurídicos próprios de Estados ditatoriais ou autoritários, nos quais, como se sabe, a liberdade e os direitos humanos em geral “valem” pouco. Aí, as questões agora colocadas nada terão (infelizmente) de “estranho” ou dissonante relativamente a uma matriz axiológico-valorativa não democrática que, como se percebe, é conatural a esses mesmos Estados. No entanto, se mudarmos o plano de análise para a realidade do Estado de Direito democrático, ao qual «(...) incumbe não apenas “respeitar” os direitos e liberdades fundamentais, mas também “garantir a sua efectivação”, e «(...) defender os direitos de liberdade não só perante o Estado, mas também perante terceiros (...)» (JOAQUIM GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª ed. rev., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 208, com itálico dos Autores), bom, cremos que a dignidade humana, enquanto limite contra qualquer

1.2. Impõem-se, porém, e desde já, duas notas prévias, em homenagem àquilo que releva do mais elementar bom-senso e da noção, que não deveremos perder, da realidade que nos rodeia.

Por um lado, importa deixar a advertência de que não contêm as presentes linhas a pretensão de fornecer uma resposta fechada e apodíctica à questão (quando colocada em termos genéricos e mais ou menos “etéreos”) de saber se a dignidade e liberdade pessoais e as garantias constitucionais a estas inerentes terão necessariamente de ressentir-se sempre que a lei penal pensa na protecção comunitária como primacial móbil da sua intervenção. Basta que estejamos atentos e sensíveis à enorme complexidade do mundo actual, com o constante agudizar de conflitos internacionais de dimensões cada vez mais abrangentes e até mesmo ubiqüitárias (e pense-se, a este propósito, no magno exemplo do fenómeno terrorista),⁶ para compreendermos que as soluções *prima facie* acabadas constituirão porventura algo impossível (e até indesejável) de alcançar. Desde logo, porquanto a susceptibilidade lesiva de valores pessoais e comunitários revelada por cada problema é una e amiúde irrepetível, e exigirá, por isso, uma atenção igualmente específica quanto aos concretos antídotos normativos a adoptar.

Sem embargo, e por outro lado, afigura-se-nos também indesmentível que, não obstante as especulações teórico-filosóficas que a resposta à interrogação formulada (recorde-se, liberdade e dignidade pessoais *versus* segurança comunitária?) possa merecer, algumas mexidas legislativas contemporâneas parecem revelar uma “marca de água” relativamente comum, em obediência a uma ideia programática que, também ela, se entremostra comum: a de um progressivo afastamento do direito penal enquanto ordem de validade destinada à protecção de específicos bens jurídicos, e a aproximação a um projecto político-normativo preocupado com estratégias globais de pendor assumidamente securitário ou, em determinados casos, até mesmo moralista.

manifestação de totalitarismo, ganha – *também* no domínio normativo e político-criminal subjacente – o significativo papel de crivo aferidor do efectivo (des)respeito pelos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.

⁶ Para a percepção de diversas diferenças de fundo entre as manifestações terroristas típicas de grande parte do século XX, essencialmente circunscritas a domínios espaço-geográficos mais ou menos bem definidos, e as que marcam os últimos anos, de cariz cada vez mais global, vide NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo. Legislação Comentada. Textos Doutrinais* (coordenação de José Manuel Aroso Linhares / Maria João Antunes), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 134 a 136, em comentário ao crime previsto no artigo 4.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, e as referências bibliográficas aí constantes. À questão do terrorismo e à abordagem normativa que de tal realidade é feita pela generalidade das ordens jurídicas voltaremos, no entanto, daqui a pouco, no ponto 5.

2. De que realmente falamos quando falamos de dignidade e liberdade pessoais?

2.1. Tratando-se de um princípio estruturante do nosso ordenamento jurídico-constitucional (artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa – CRP),⁷ o princípio da dignidade humana revela-se, por isso mesmo, pólo originador (embora transcendendo-o)⁸ de todo um conjunto de valores e princípios densificadores – quer no próprio universo axiológico constitucional, no tocante ao essencial dos direitos, liberdades e garantias pessoais e direitos económicos, sociais e culturais comuns,⁹ quer, depois, nas diversas constelações normativas da lei ordinária¹⁰ – que parecem comungar, todos eles, de um certo ideário, de um espectro valorativo próprio da multitude de dimensões e realidades inerentes ao ser humano.¹¹

⁷ É igualmente evidente a positivação da dignidade humana na ordem jurídica internacional, seja esta de dimensão universal ou regional: assim, vejam-se, por todos, os Preâmbulos da Carta das Nações Unidas (CNU), da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) ou da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) (sobre o tema, CATARINA SANTOS BOTELHO, “A dignidade da pessoa humana – Direito subjetivo ou princípio axial?”, *Revista Jurídica Portucalense*, N.º 21, 2017, pp. 261 a 264).

⁸ Essa transcendência traduz, desde logo, a circunstância de se tratar de um princípio estruturante da própria consciência jurídica colectiva e do património ético-jurídico por que se rege e no qual busca sentido para a sua existência. Neste sentido, o princípio da dignidade humana é ainda anterior à sua primeira e mais lídima objectivação, precisamente a plasmada no texto constitucional, e permite colorir e aferir, em termos de congruência, a própria intencionalidade axiológico-normativa supostamente reconhecível aos múltiplos direitos positivados em homenagem àquele princípio fundamental. Assim, enquanto “base” da República (e do *geist* comunitário que lhe subjaz), o princípio da dignidade humana surge, como pertinentemente advoga MARIA LÚCIA AMARAL, *fora e antes* do sistema dos direitos fundamentais, antes constituindo um *quid* de dimensão essencialmente *objectiva*. Ou seja, não se confundindo com um mero direito subjectivo, valendo, sim, como verdadeira “premissa antropológica” da subsequente consagração do sistema de direitos fundamentais em que se desdobra e relativamente ao qual se arvora em referente de sentido, ajudando as tarefas de índole prática da sua interpretação e integração [“O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional”, *Jurisprudência Constitucional*, N.º 13, 2007, pp. 4 e 5, e também *A Forma da República – Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 162 a 167; no mesmo sentido, JORGE MIRANDA / ANTÓNIO CORTES, *Constituição Portuguesa Anotada* (coordenação de Jorge Miranda e Rui Medeiros), Tomo I, 2.ª ed., revista, actualizada e ampliada, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, em anotação ao artigo 1.º, pp. 82 e 83].

⁹ A propósito, JORGE MIRANDA, “A Constituição e a dignidade da pessoa humana”, *Didaskalia*, Ano XXIX (1999), p. 473, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, pp. 79 e 80, e MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República* cit., pp. 163 a 166.

¹⁰ JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais*, Volume I, 2.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2018, pp. 73 a 76.

¹¹ E isto, ainda que, como nota MARIA LÚCIA AMARAL, tenha sido, desde sempre, a jurisprudência do Tribunal Constitucional português algo prudente quanto à definição do princípio da dignidade humana e, a montante, da própria ideia de “dignidade humana”, apelando sobretudo à negação da instrumentalização da pessoa, ao impedimento de tornar esta um simples *objecto ou meio* ao serviço de finalidades que lhe são exteriores (“O princípio da dignidade...” cit., pp. 5 e 6, e, de modo paradigmático, cfr. Acórdão n.º 28/2007, de 6 de Março de 2007, disponível em www.tribunalconstitucional.pt).

Não sendo (evidentemente) nosso propósito lograr uma suposta exaustividade na matéria, permitimo-nos, ainda assim, ressaltar algumas de tais dimensões, absolutamente indispensáveis à presente análise.

Ergue-se, em primeiro lugar, a valia ôntica do ser-se *pessoa* e o que este simples dado representa enquanto realidade *a se*,¹² independentemente do concreto contexto em que a pessoa, *qualquer pessoa*, circunstancialmente se encontre.¹³ Tratar-se-á, se quisermos, da noção mais absoluta do estatuto do ser humano, da ideia quase kantiana do “homem como fim”, nunca como meio,¹⁴ cuja racionalidade e poder de escolha moral não admitem uma qualquer instrumentalização da pessoa ao serviço de interesses – individuais ou colectivos – alheios.¹⁵

Todavia, a natureza indeclinável da *socialidade humana*, isto é, do necessariamente estar e interagir com os outros¹⁶ – e o que a inevitabilidade de tal facto¹⁷ deverá convocar em termos de estruturação democrática de uma qualquer sociedade –, permite o desejável apartamento de uma configuração conceptual da dignidade humana de tal modo “etérea” ou hiperbolizada que não atenda à evidência de que o homem só se afirma plena e genuinamente nas suas múltiplas experiências intersubjectivas.

Por fim, mas não menos essencial (sob pena de, não sendo tal aspecto considerado, cairmos no mais óbvio e claro *caos existencial*), a consciência

¹² A mundividência medieval foi bem diversa, pois que ancorada em uma concepção de dignidade humana dependente de todo um conjunto de elementos exógenos – a ligação ao divino, a função ou cargo desempenhados, a riqueza material acumulada – que a despersonalizavam e faziam obscurecer a valia da pessoa pelo simples facto de existir. No essencial, e como bem acentua MÁRIO REIS MARQUES, «devido à sua heteronomia, uma vez que não se enraíza no indivíduo, a *dignitas* medieval não potencia o desenvolvimento individual, não privilegia o estatuto autonómico da condição humana» [“A dignidade humana como *prius* axiomático”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume IV (organização de Manuel da Costa Andrade / Maria João Antunes / Susana Aires de Sousa), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 542].

¹³ Sobre este aspecto, com desenvolvimento, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “A revolução e o direito”, *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 206 e 207, e “Pessoa, direito e responsabilidade” cit., p. 33; igualmente com muito interesse, JORGE MIRANDA / ANTÓNIO CORTÉS, *Constituição...* e Tomo I cits., pp. 80 a 82.

¹⁴ A propósito, ANTÓNIO CORTÉS, “O princípio da dignidade humana em Kant”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume LXXXI, 2005, pp. 606 e 607.

¹⁵ Com desenvolvimento, focando este aspecto, CARMEN TOMÁS-VALIENTE LANUZA, “La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: un concepto útil?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 34, N.º 102, 2014, pp. 178 a 188.

¹⁶ JORGE MIRANDA, “A Constituição...” cit., pp. 474 e 479 a 481.

¹⁷ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”, *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 297.

de que a consideração da pessoa e da sua dimensão relacional pressupõe a existência de uma ordem reguladora que respeite e promova tais realidades, por forma a que qualquer uma delas – a ideia do *eu* enquanto entidade diversa da *communitas* mas que nela se integra – não sobreleve sobre a outra e a aniquile ou menospreze de modo injustificado.¹⁸

O último ponto é sumamente importante, pelo que desvela de um dos dramas que desde sempre acompanham o homem enquanto ser social: a possibilidade de agir com os outros e de movimentar-se no seio da comunidade, mas por uma forma tal que, estando-lhe vedada a pura arbitrariedade egoística, a estrita lógica de um “quero, posso e mando”,¹⁹ não venha também a redundar, como há pouco enfatizámos, em uma sua instrumentalização a interesses – públicos ou privados – alheios e redutores da sua valia ôntica pessoal.²⁰ É que, como bem se compreende, a relação pessoa-comunidade, depois inevitavelmente transportada para a relação pessoa-Estado, comporta, pela sua própria natureza e razão de ser, inevitáveis pólos de tensão dialéctica particularmente candentes e decisivos, geradores de genuínos testes à promoção da esfera autonómica e responsabilizadora do referido *eu* no contexto mais vasto dos múltiplos *eus* organizados no tecido comunitário envolvente. Afigurando-se-nos, por isso mesmo, que a assunção normativa do valor dignidade pressuporá sempre a obrigação do reconhecimento de um mínimo invulnerável que se imponha a todos os poderes públicos na hora de configurar o estatuto jurídico da pessoa e da aludida esfera de autonomia que mais intimamente a toca.

2.2. Todas as dimensões que vimos focando, pressupondo algo de praticamente consensual em termos de património ético-axiológico das sociedades democráticas contemporâneas, obteve uma consagração normativa bem mais recente do que *a priori* poderíamos supor. Com efeito, a ideia de dignidade enquanto *quid* axial depois densificável em múltiplas direcções da vivência humana corresponde ao culminar de uma (diacrónica e) progressiva consciencialização de que a autonomia da pessoa não lograria uma sua eficaz e ampla protecção face ao Estado somente com a consagração de direitos como a liberdade ou a igualdade entre os cidadãos.²¹ Não só porquanto a liberdade

¹⁸ JORGE MIRANDA / ANTÓNIO CORTÉS, *Constituição...* e Tomo I cits., p. 84.

¹⁹ Esta sugestiva expressão, colhemo-la junto de ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, in “Profecia sobre a Pessoa no Mundo Global”, *Cadernos de Bioética*, Ano XII, N.º 30, 2002, p. 33.

²⁰ A isto se refere também, de modo expresso, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 28/2007 cit.

²¹ A consagração de direitos fundamentais como a liberdade e a igualdade, surpreendendo-a nós na emblemática divisa setecentista francesa da *liberté, égalité et fraternité*, continua a estar intimamente ligada a uma certa mundividência apreensível pela necessidade de protecção do indivíduo perante as forças

ou a igualdade, apesar de garantidas pela lei formal, poderão, ainda assim, e como há pouco sugerimos, não evitar uma eventual instrumentalização e subalternização da pessoa a determinados interesses pragmáticos (porventura até mesmo ilegítimos) da *realpolitik* estatal, mas também porque, «(...) com o decurso do tempo, com o desenvolvimento das modernas sociedades tecnológicas, o Estado deixa de ser o único contraponto de eleição. O desenvolvimento científico-tecnológico, a mundialização dos mercados financeiros e a tendência para a instituição de um mundo darwiniano, fazem aumentar o risco de desumanização. A noção predominante de liberdade vê-se então acompanhada pela de respeito pela dignidade da pessoa humana».²²

Assente esta realidade (e mesmo percebendo, pois, que a actual *societate* do risco²³ constitui algo de bem mais complexo, multiforme e transcendente à tradicional *potestas* pública), importará não perder de vista que a necessidade de respeito pela dignidade humana, nas diversas refracções em que este princípio se expressa e concretiza (*maxime*, no reconhecimento de uma indeclinável esfera de autonomia²⁴ e liberdade inerente à pessoa, mas também na necessidade de protecção da sua vulnerabilidade),²⁵ traz a suportá-la todo um património axiológico e valorativo que acaba por constituir o alfofre enformador da actividade – qualquer que ela seja – de *ius imperium* por parte do Estado e dos diversos poderes públicos em geral.

3. As expressões mais relevantes do princípio da dignidade humana no campo do direito penal

3.1. Como vem sendo afirmado por diversa doutrina e jurisprudência, o axioma da dignidade humana perpassa pela esmagadora maioria dos

– desproporcionadas e amiúde “desumanizadas” – do Estado. Neste sentido, parecerá subjazer a tal concepção uma ideia essencialmente negativa e defensiva do estatuto individual da pessoa, pela limitação que impõe ao poder de “atropelo” do Estado, e não tanto pelas obrigações sociais de cariz positivo que poderia impor a este ente público [a propósito, JAMES WHITMAN, “The two western cultures of privacy: dignity versus liberty”, *Yale Law Journal*, Volume 113 (2003-2004), p. 1214].

²² MÁRIO REIS MARQUES, “A dignidade humana...” cit., p. 546.

²³ Sobre a *societate* do risco, FEDERICO STELLA, *Giustizia e Modernità. La Protezione dell'Innocente e la Tutela delle Vittime*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 3 a 8.

²⁴ Parecendo-nos ser esta concepção de autonomia jurisdicção ínsita à pessoa a explicar realidades básicas do ordenamento civilístico, como as categorias de direito subjectivo e – aqui, pelo contraponto de responsabilização que aquela autonomia convoca – imputabilidade (a propósito, e respectivamente, ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Centelha, Coimbra, 1981, pp. 41 a 44, e MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual. Breve apontamento”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Volume LXXXII, 2006, pp. 506 e 507).

²⁵ Assim, exactamente, JORGE MIRANDA / ANTÓNIO CORTÉS, *Constituição...* e Tomo I cits., p. 84.

fulcrais princípios vigentes na área penal de um qualquer Estado de Direito de feição não iliberal. Afirmção que bem se compreenderá se pensarmos nos delicadíssimos interesses que constituem o seu âmbito de aplicação prática, quer em termos da *lex scripta* positivada, quer em termos dos intuitos político-criminais que tal *lex* visa servir, quer, ainda, em termos da dogmática que, ao longo dos tempos, foi reflectindo e procurando divisar os fundamentos ético-normativos dos referidos *ius* positivo e política criminal ao mesmo associada.

Façamos, pois, uma brevíssima alusão aos ditos princípios.

3.2. Desde logo, o princípio da legalidade e tipicidade penais (artigo 1.º do CP) revela-se de uma incomensurável importância no evitamento de um hipotético exercício do *ius puniendi* sem seguros estalões interpretativos na integração das condutas verberadas pela ordem jurídica. Com efeito, antolha-se-nos claro que o juízo de desvalor ínsito ao tipo legal de crime deve apresentar-se ao intérprete e aplicador da lei (e, antes disso, e por maioria de razão, ao agente) sob a forma de uma *lex stricta e coerta*.²⁶

Em sentido muito próximo – e decorrente – do anterior, merece também especial referência o princípio da proibição da analogia *in mala partem*, ou seja, em desfavor do agente, com o fundamental alcance de não poder ser ele condenado pela prática de um facto que não esteja definido arquetipicamente, em termos perceptíveis e inteligíveis, em lei penal prévia. Assim restando vedada ao intérprete a possibilidade de, a fim de escorar uma decisão condenatória, se socorrer de uma construção típica que, não prevendo a natureza do caso *sub iudicio*, entenda, todavia, análoga.²⁷

Mercê dos deletérios efeitos que a censura penal de uma conduta é susceptível de desencadear (com a aplicação de penas que lhe está normalmente associada), o juízo subjacente aos ditames penais ora nomeados revela-se, segundo se crê, evidente: só com o domínio e conhecimento de todos os elementos (normativos e descritivos) necessários às suas escolhas comportamentais poderá ser o agente devidamente responsabilizado e, porventura, censurado por haver agido como agiu, ou seja, *contra o direito*.

²⁶ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O princípio constitucional ‘nullum crimen sine lege’ e a analogia no campo das causas de justificação”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º (2001), N.º 3924 e 3925, pp. 72 e 73, e JOSÉ DE FARIA COSTA, “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134.º (2001), N.º 3933, pp. 361 e 362.

²⁷ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O princípio da legalidade. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 385 e 386, e MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O princípio constitucional...” cit., pp. 72 e 73.

E o mesmo fundamento nos é inculcado pelo princípio da não retroactividade da aplicação da lei penal, pois o aludido juízo de censura pressupõe, a todas as luzes, que o agente, no momento da sua actuação, saiba com o que pode “contar”, em termos de valoração existente no ordenamento jurídico-penal quanto àquela actuação (àquele facto típico), não sendo posteriormente “surpreendido” com uma norma verberadora que, aquando da actuação, ainda não existia no seio do mesmo ordenamento.²⁸

O respeito pela dignidade pessoal mais autêntica impõe, pois, que as garantias acabadas de mencionar sejam, todas elas, operantes e respeitadas pelo aparelho estatal (este, aqui entendido no sentido amplo de entidade legiferante e julgador e aplicador do direito) no momento em que impõe determinados comportamentos aos cidadãos e posteriormente deles exige contas pelas eventuais *deviances* perpetradas.

3.3. Outro dos mais intuitivos reflexos da protecção da dignidade humana no mundo jurídico-penal (entendido este, também aqui, não só em termos estritamente normativos, mas com o prolongamento político-criminal que sempre lhe estará subjacente) é o que toca o *princípio da culpa*.²⁹

Ideia-charneira do sistema penal, a máxima de que “não há pena sem culpa, e a medida da pena não pode ultrapassar, em caso algum, a medida da culpa” corporiza a simples mas decisiva impositação, já atrás focada, da não instrumentalização daquele que comete um crime a favor de propósitos que ultrapassam a lúdima função punitiva do Estado e evitando, assim, que se transforme o exercício desse *ius puniendi* em uma operação de preventiva intimidação e neutralização, pelo medo, da generalidade dos membros da comunidade jurídica.³⁰

A antecedente ideia pressupõe estoutra, absolutamente incindível de uma mundividência humanista e liberal, assente na perspectiva da responsabilidade e liberdade enquanto dimensões essenciais da onticidade humana: a pessoa não é livre sem ser responsável, e não se pode exigir responsabilidade ao

²⁸ Chamando MANUEL CAVALheiro DE FERREIRA muito justamente a atenção para a circunstância de se tratar este princípio geral da não retroactividade da lei penal, previsto no n.º 3 do artigo 29.º da CRP, de uma verdadeira *garantia institucional*, que não pode ser excepcionado pela lei ordinária (*Lições de Direito Penal*, Volume I, 2.ª ed., correcta e aumentada, Editorial Verbo, Lisboa, 1987, p. 22; quanto à razão de ser da apontada garantia constitucional, JOAQUIM GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República...* e Volume I cit., p. 495).

²⁹ Assim, e por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. As Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime* (com a colaboração de MARIA JOÃO ANTUNES / SUSANA AIRES DE SOUSA / NUNO BRANDÃO / SÓNIA FIDALGO), 3.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2019, pp. 72 e 73.

³⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral...* cit., p. 61.

agente da prática de um crime que não seja livre.³¹ Pelo que no princípio da culpa (penal) como decorrência do princípio da dignidade humana vai sempre ínsita a possibilidade de “agir de outra maneira”,³² sendo precisamente a escolha, livre e esclarecida, do agente pela via do ilícito a fundamentar o juízo de censura em que a culpa, afinal, se traduz.³³

3.4. Outra, ainda, das mais importantes refracções penais do princípio da dignidade humana – e de um relevo cada vez mais “atacado” pela (em muitos casos, lamentável) idiossincrasia dos tempos – tem que ver com a chamada concepção “material” ou teleológico-funcional e racional do crime: «(...) *teleológico-funcional*, na medida em que se reconheceu definitivamente que o conceito material de crime não podia ser deduzido das ideias vigentes a se em qualquer ordem extrajurídica e extrapenal, mas tinha de ser encontrado no horizonte de compreensão imposto ou permitido pela própria *função* que ao direito penal se adscresse no sistema jurídico-penal (...); e «(...) *racional*, na medida em que o conceito material de crime vem assim a resultar da função atribuída ao direito penal de tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de “bens jurídico-penais”); ou, o que é dizer o mesmo, *de bens jurídicos cuja lesão se revela digna e necessitada de pena*».³⁴

Falar de dignidade penal e carência de pena põe-nos, pois, em inevitável confronto com o *quid* que transporta racionalidade, sentido e legitimidade à imposição de penas em um Estado de Direito: a ideia de bem jurídico. Bem jurídico que, portanto, estará longe de reconduzir-se apenas a (embora também o seja) uma fórmula de interpretação da finalidade e intuito do legislador ao criar um determinado tipo legal de crime.³⁵ Com efeito, indo muito para além disso, o conceito de bem jurídico deve traduzir, «(...) em primeira linha, um qualquer conteúdo material, uma certa “corporização” (deve ser, nesta acepção, “substanciável”), para que possa arvorar-se em

³¹ Desenvolvendo a questão, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, direito e responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, 1996, Fascículo 1.º, pp. 32 a 41.

³² Expressamente, nestes termos, JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas)*, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 250 e 251.

³³ A jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional é, neste sentido, bastante abundante. A propósito de tal jurisprudência, e com sentido crítico, vejamos MARIA LÚCIA AMARAL, “O princípio da dignidade...” cit., pp. 8 e 9, e BENEDITA MAC CRORIE, “O recurso ao princípio da dignidade...” cit., pp. 158 a 162.

³⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral...* cit., pp. 129 e 130, com itálicos do Autor, que neste segmento seguimos de muito perto; em sentido convergente, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2 (1992), Fascículo 2.º, pp. 178 a 182.

³⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral...* cit., pp. 131 e 132.

indicador útil do conceito material de crime; não bastando por isso que se identifique com os preceitos penais cuja essência pretende traduzir, ou com qualquer técnica jurídica de interpretação ou de aplicação do direito. Ele deve servir, em segundo lugar, como padrão crítico de normas constituídas ou a constituir, porque só assim pode ter a pretensão de se arvorar em critério legitimador do processo de criminalização e de descriminalização (...). Ele deve finalmente ser político-criminalmente orientado e, nesta medida, intra-sistemático relativamente ao sistema social e, mais concretamente, ao sistema jurídico-constitucional».³⁶

É precisamente no cenário ora mencionado que, em nosso juízo, mais poderemos divisar a profunda e umbilical relação existente entre o princípio da dignidade humana e a ideia de bem jurídico.

Desde logo, porquanto tal visão do “direito penal do bem jurídico”, como é hoje praticamente consensual na doutrina portuguesa³⁷ – e cujo acerto nos parece óbvio –, revela a existência de um *princípio constitucional não escrito*³⁸ de relevância e significado tão essenciais à promoção e preservação da eminente dignidade humana no ordenamento jurídico-penal quanto o antes aludido princípio da culpa.

Depois, e não menos importante, dado que a perscrutação (que não apenas hermenêutica, mas do inerente sentido ético-normativo) do concreto bem jurídico adscrito a cada figura típica criada pelo legislador penal permite perceber se, *in casu*, o interesse, bem ou valor consagrado por esse mesmo tipo

se inscreve no património axiológico-constitucionalmente protegido, e, por consequência, cumpre, ou não, a ordem jurídico-penal a sua lúdima função de promoção subsidiária de bens jurídico-penais.

O agora exposto decorre, em toda a sua evidência, do essencial postulado insito ao n.º 2 do artigo 18.º da nossa Constituição, o qual, ao referir-se aos direitos fundamentais, nos mostra qual deverá ser, em um Estado de Direito, o crivo aferidor da legitimidade de cada incriminação: a garantia de que, sem cedências a moralismos, metanóias ou projectos de “felicidade existencial” impostos de modo heterónomo, a pessoa será respeitada na sua essência de dignidade, mas ao mesmo tempo dela se exigindo, *pour cause* e como contrapartida, o respeito por valores tidos por essenciais à livre realização *dessa mesma pessoa e de qualquer pessoa*, comunitariamente integrada. Por consequência, semelhante grelha de análise permitir-nos-á compreender se os tipos incriminatórios, mesmo que gerados pelos melhores propósitos – até porventura muito louváveis do ponto de vista humano³⁹ –, se deslegitimam ou não a si próprios e à função que constitucionalmente lhes é cometida.

O que, por fim, nos mostra também a fortíssima conexão de sentido que sempre intercederá a ordem jurídico-constitucional (seja no núcleo essencial dos direitos fundamentais que se desprendem dos direitos, liberdades e garantias, seja na gama dos direitos de participação social, económica e política) e a ordem jurídico-penal (seja no chamado “direito penal primário” ou “de justiça”, seja no “direito penal secundário”),⁴⁰ em termos tais que a segunda vai buscar a sua razão de ser e legitimação essenciais ao espólio axiológico de primeira.⁴¹

³⁶ *Ibidem*, pp. 132 e 133.

³⁷ Sobretudo a partir da teorização que, a propósito da matéria, resultou da lição de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, podendo ver-se, como síntese, os seus “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, Coimbra, 2009, pp. 33 a 35, e, mais centrado na *praxis* jurisprudencial do nosso Tribunal Constitucional, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 145.º (2016), N.º 3998, pp. 252 a 265. Na doutrina alemã, com visão semelhante, cfr. as posições, entre outros, de CLAUS ROXIN, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova” (tradução para português de Susana Aires de Sousa, revista por Jorge de Figueiredo Dias), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23 (2013), N.º 1, pp. 10 a 12, WINFRIED HASSEMER, “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico” (tradução de Patricia Ziffer), *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Revista Trimestral*, Año 12, 1989, N.º 46/47, pp. 281 a 285, e ainda BERND SCHÜNEMANN, “O direito penal é a *ultima ratio* da protecção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal” (tradução para português do Brasil de Luís Greco), *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 13, Volume 53, 2005, pp. 14 a 18.

³⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional implícito...” cit., pp. 250 e 251; no mesmo sentido, MARIA JOÃO ANTUNES, “Problemática penal no Tribunal Constitucional Português”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 19, Volume 92, 2011, pp. 17 a 21, e, mais recentemente, *Constituição, Lei Penal e Controlo da Constitucionalidade*, Livraria Almedina, Coimbra, 2019, pp. 51 a 54.

³⁹ Hiperbolizando, de modo propositado, a questão, imaginemos que o Estado, preocupado com a *felicidade* dos seus cidadãos enquanto essencial modo de obtenção da plena realização pessoal dos mesmos, decidia criminalizar os comportamentos de quem, sem uma razão válida, deixasse de cultivar as respectivas *relações de amizade*, transformando-as em “não relações”. Conquanto a generalidade das pessoas não negue, seguramente, o *valor humano da amizade* e o que esta comporta de extraordinariamente decisivo e gratificante na vida de muitos de nós, o pretendido exagero do exemplo mostra-nos, segundo se pensa, a absoluta ilegitimidade (*rectius*, inconstitucionalidade) de uma hipotética criminalização da conduta de quem, sem motivo algum, “deixasse de ser amigo” de outrem. Porquê? Pela simples, mas decisiva, razão de que a amizade, enquanto valor *a se*, ligada aos relacionamentos interpessoais do ser humano, não pode ser divisada como bem jurídico inscrito na gama de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, cuja protecção deva ser levada a cabo pelo direito penal; em uma simples expressão, à amizade não é reconhecível *dignidade penal*, pois não pertence ao núcleo essencial de condições dos quais depende o livre e autónomo desenvolvimento ético da pessoa em sociedade. Ora, não obstante, repita-se, o evidente exagero do exercício imaginativo por nós proposto, parece-nos, ainda assim, e como melhor veremos no ponto 7. do presente estudo, não estar o respectivo espírito muito distante do legislador penal português em um específico domínio do nosso direito penal da família, mais concretamente em uma das modalidades típicas do crime de subtracção de menor, previsto no artigo 249.º do CP.

⁴⁰ Sobre a distinção clássica entre o “direito penal de justiça” e o “direito penal secundário”, cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Volume I, reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1971, pp. 28 e 29.

⁴¹ A propósito, *vide* também JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “A lei penal na Constituição”, *Estudos Sobre a Constituição*,

Perspectivar as coisas de modo diverso equivaleria, parece-nos, a admitir ao direito penal uma função de mera protecção de vigência de normas (e qualquer que fosse o fundo axiológico destas, mesmo que totalmente apartado e dissonante da intenção normativa originada na mencionada ordem constitucional de bens),⁴² e não, como devia, de protecção subsidiária de bens jurídico-penais.

3.5. Igualmente os seguintes princípios de direito penal radicam, na sua génese, em uma compreensão e valoração axiomática da dignidade humana.

Pense-se, e entre outros: no princípio segundo o qual uma das finalidades inerentes à aplicação de penas é o da reinserção social do agente [artigo 40º do nosso Código Penal (CP)], assim permitindo desvelar um projecto *integrador* (que não somente *castigador*) enquanto móbil legitimador e fundamentante do exercício do *ius puniendi*,⁴³ a que poderemos ainda aduzir as importantíssimas exigências constitucionais de que nenhuma pena pode assumir um carácter infamante ou degradante, nem envolver como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos (n.º 4 do artigo 30º da CRP),⁴⁴ tudo em um contexto de respeito por um básico *princípio de humanidade* na aplicação da lei penal.⁴⁵

Volume II (coordenação de Jorge Miranda), Petrony, Lisboa, 1978, pp. 197 e 198, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Constituição e legitimação do direito penal”, *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal* (organização de António José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho), Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2004, pp. 53 a 57, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, “Constituição e Crime”. *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Universidade Católica Portuguesa Editora, Porto, 1995, pp. 118 e ss., e JOANA AMARAL RODRIGUES, “A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23 (2013), N.º 2, pp. 167 e ss. Para uma compreensão das coisas segundo a qual a própria juridicidade penal poderá assumir um «(...) carácter materialmente fundante ou constituinte, em situações excepcionais (...)», nas quais «(...) o legislador ordinário estará autorizado a transformar em bens jurídico-penais valores ou interesses que não encontram uma correspondência imediata ou directa no texto constitucional», JOSÉ DE FARIA COSTA, “O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 141.º (2012), N.º 3974, p. 284. O que, no nosso entendimento, não impedirá que deva manter-se a exigência de analogia axiológica substancial e de unidade de sentido global entre as ditas ordens (constitucional e penal).

⁴² CLAUS ROXIN, “O conceito de bem jurídico...” cit., pp. 10 a 12, BERND SCHÜNEMANN, “O direito penal...”, pp. 14 a 18, e, desenvolvidamente, RAFAEL ALCÁCER GUIRAO, “Protecção de bens jurídicos ou protecção da vigência do ordenamento jurídico?” (tradução para português de Augusto Silva Dias), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15 (2005), N.º 4, pp. 511 e ss.

⁴³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas, Editorial Notícias, Lisboa, 1993, pp. 72 e 73.

⁴⁴ Reconhecendo a exigência constitucional em causa como filiada na ideia de dignidade humana, JORGE MIRANDA / ANTÓNIO CORTÊS, *Constituição...* e Tomo I cit., p. 85.

⁴⁵ A propósito deste *princípio de humanidade*, veja-se MARIA LÚCIA AMARAL, “O princípio da dignidade...” cit., p. 10.

3.6. Finalmente, a garantia constitucional de que a aplicação do direito penal – sobretudo na sua feição repressiva, ligada à aplicação de penas – ocorrerá por *via jurisdicional* (artigos 29.º e 202.º da CRP), manifesta, segundo nos parece, uma outra óbvia conexão de sentido com a preocupação de respeito pela dignidade humana no campo jurídico-penal. Com efeito, tratando-se de uma função que, pela natureza das coisas, reúne todas as potencialidades para se traduzir em uma séria restrição de direitos fundamentais (*maxime*, da liberdade) dos cidadãos, compreende-se bem o cometimento funcional em causa, em termos decisórios, ao tribunal, entidade responsável por que, a existir uma restrição daqueles direitos, ocorra a mesma por via de uma decisão tomada em um contexto processual pautado por regras que atendam a um *fair trial* e possibilitem todas as garantias de defesa ao visado (artigo 32.º da CRP).

3.7. Tudo o que vimos expondo constitui, como bem sabemos, o fruto de importantíssimas e seculares conquistas civilizacionais, muitas delas amadurecidas a par (e *pour cause*) da própria ideia de Estado de Direito liberal, plural e (em muitos casos) laico, assente no já amiúde aludido postulado da proeminência do valor da dignidade da pessoa e do que a esta envolve em termos de direitos fundamentais enquanto *prius* legitimador da própria ordenação jurídica positiva.

Ora, na nossa contemporaneidade, e pelo menos no plano dos princípios enunciados, a exigência do respeito pelos direitos fundamentais continua a ser invocada a propósito de qualquer criação normativa.

E, todavia, no mundo jurídico-penal efectivo, as coisas vêm mudando significativamente...

4. O “expansionismo do direito penal”: brevíssima referência

4.1. Quando aplicada à multitude de manifestações legislativas e político-criminais dos tempos mais recentes, a expressão “expansionismo” poderá revelar a (perigosa e errónea) susceptibilidade de aglutinar em uma categoria definitória uniforme algo que, na essência das coisas, corresponde a uma miríade de motivações e propósitos em si mesmos distintos e até porventura contraditórios.⁴⁶

⁴⁶ Para uma caracterização geral do movimento jurídico-penal *expansionista* dos últimos anos, suas causas (essencialmente radicadas em uma sensação comunitária de insegurança e em fenómenos de identificação da maioria social com as vítimas), características e marcas mais salientes, cfr. THOMAS WEIGEND, “Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo” (tradução para italiano de Renzo Orlandi), *Criminalia. Annuario di Scienze Penali*, 2014, pp. 79 a 86.

Efectivamente, conhece-se, desde logo, a teorização assente no denominado “direito penal de duas velocidades”, a saber, na coexistência de um direito penal de feição mais clássica, tal como o conhecemos (e procurámos esboçar, em termos muito esquemáticos, nas linhas antecedentes), destinado à protecção subsidiária de bens jurídicos individuais, e um direito penal movido por princípios, esquemas de compreensão e, sobretudo, de aplicação, mais “flexíveis”, a entrarem em campo sempre que estejam em causa interesses colectivos mais ou menos indeterminados e sem vítimas referenciais individualizáveis.⁴⁷

Pensemos, depois, no (cada vez mais omnipresente) *direito penal da segurança*, na sua essência orientado por preocupações de combate à perigosidade que se supõe endógena ao delinquent, e independentemente de razões centradas na culpabilidade do mesmo, tudo em nome de uma ânsia cada vez mais crescente de segurança comunitária.⁴⁸

E finalize-se este brevíssimo esboço com a indispensável menção ao celeberrimo *direito penal do inimigo*, com a fundamental concepção do facto do agente como desautorização da norma e ataque à sua vigência, servindo a pena (e o direito penal, *lato sensu*), antes do mais, como forma de garantia de reafirmação daquela vigência normativa; a partir de tal impostação básica, conhecem-se a procura do efeito simbólico do direito penal, proveniente de um legislador que pretende mostrar-se atento e decidido, e o recrudescimento do sentido da punição, com o alargamento da mancha da punibilidade e o minguamento das garantias processuais ao dispor do agente (nos casos mais graves relegado à condição de “inimigo do direito”).⁴⁹

Qualquer uma destas linhas de análise dos “novos tempos” do direito penal (ou, pelo menos, de um *certo* direito penal) nos mostra, ainda que por perspectivas algo diversas, a óbvia realidade de mudança que, de um modo aparentemente imparável, vem revolvendo a forma de as sociedades ocidentais hodiernas lidarem com grande parte das manifestações criminosas com que, cada vez mais frequentemente, se vêem confrontadas.

E chamar à colação, como essencial alfobre originador de tais novas tendências, a já por nós atrás referida *sociedade do risco* e as suas inúmeras

⁴⁷ A propósito, JESÚS-MARIA SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, p.125.

⁴⁸ MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição...* cit., pp. 33 a 35.

⁴⁹ Sobre isto, GÜNTHER JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo” (tradução para castelhano de Manuel Cancio Meliá), in GÜNTHER JAKOBS e MANUEL CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 21 e ss., e MANUEL CANCIO MELIÁ, “‘Derecho penal’ del enemigo?”, in Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 65 e ss.

fontes de perigo para muitos interesses individuais e comunitários, ou, em outra via, um hipotético (e nem sempre demonstrado)⁵⁰ gradual e inexorável incremento da criminalidade nos últimos anos, mostrar-se-á, porventura, redutor e desadequado, do ponto de vista criminológico, para melhor se compreender a razão de ser daquelas mesmas tendências, ancoradas que estão em múltiplos factores de natureza sociocultural, política, psicológica e, evidentemente, jurídica.

Um aspecto, quanto a nós, será, no entanto, insofismável: a sociedade global, “instantânea” e altamente mediatizada que a todos envolve tem vindo a revelar-se o contexto perfeito para que os aludidos “novos tempos” do direito penal hajam rumado em um determinado sentido, marcado por bem definidas e precisas preocupações.

4.2. O sentido a que nos reportamos apreende-se, antes do mais, pela tentativa (quase obsessiva, diríamos) de criação, pelo sistema penal e respectivas manifestações normativas e intuitos político-criminais a que tende, de uma imagem de máxima *eficácia* na procura da protecção comunitária relativamente àqueles que o próprio sistema vai apodando de “ameaça” (os “terroristas”, os “pedófilos” ou os “corruptos”, só para citarmos alguns dos actualmente mais óbvios nomeados).⁵¹ Assim, paralelamente à principal mole dos criminosos “comuns” (porquanto não perpetradores de determinadas e específicas formas de criminalidade), existem aqueles que, como há pouco dissemos, mercê da sua *perigosidade* e do tipo de ilícitos penais praticados, merecem da ordem jurídico-penal um especial “cuidado” nos antídotos normativos para eles encontrados.⁵² Logo, o grau de *enforcement* revelado pelos referidos antídotos é amiúde apresentado, em uma lógica de afirmação do próprio sistema, como inquestionavelmente idóneo à protecção comunitária que diz prosseguir.⁵³

Característica que nos parece igualmente inegável é a que se desprende de um expansionismo (e digamo-lo assim, à falta de melhor expressão) “temático”, no sentido de que a preocupação de eficácia protectiva da comunidade abarca cada vez mais matérias, tidas como potencialmente ameaçadoras de uma certa ideia de organização social. Não espantando, por

⁵⁰ MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição...* cit., pp. 34 e 35.

⁵¹ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português de Condenados por Crimes Sexuais contra Menores no Actual Panorama do Expansionismo Jurídico-Penal*, Gestlegal, Coimbra, 2021, pp. 31 e 32.

⁵² De algum modo parecendo estar aqui em causa, neste específico sentido, uma ideia de “direito penal de duas velocidades”, uma para os criminosos “comuns”, outra para os especialmente *perigosos*.

⁵³ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português...* cit., pp. 31 e 32.

isso, que, a par do endurecimento geral em termos de reacções penais, amiúde se alargue a punibilidade a diversos tipos de comportamentos entendidos como em si mesmos geradores de extremo perigo para os múltiplos bens e valores que se pretende proteger (arvorando-se a figura dos crimes de perigo, sobretudo os de perigo abstracto, como o mais lúcido exemplo de semelhante visão das coisas),⁵⁴ tal como, de um modo mais amplo, passam a ser punidos os actos preparatórios,⁵⁵ conexos ou consequenciais da matéria entendida como “ameaçadora” da segurança comunitária, assim se antecipando a censura penal a estádios cada vez distantes de um vislumbre de efectiva lesão de bens jurídicos.

Depois, e dentro de toda esta lógica, a tendência para a progressiva erosão de algumas garantias penais essenciais parecerá o “natural” passo seguinte de afirmação do sistema, em homenagem à própria ideia de que a protecção comunitária sempre sobrelevará eventuais “obstáculos” de cariz mais eminentemente individual, ligados à defesa de direitos fundamentais do indivíduo enquanto destinatário da ordenação e reacção penais do Estado.⁵⁶ Compreendendo-se, por isso, a afirmação, por parte de alguma doutrina francesa, de que assistimos à emergência de um *droit pénal liquide*, com a

diluição (*rectius*, postergação) dos princípios da exigência da culpa do agente e da legalidade na estrita e rigorosa definição das condutas típicas ao mesmo assacáveis enquanto fundamentos e balizas da respectiva censura jurídico-penal.⁵⁷

Teremos, pois, uma *diluição do princípio da culpa*, no sentido de que, a par de uma *função de neutralização futura* do agente pelo facto ilícito que cometeu no passado⁵⁸, se pretende igualmente cometer ao direito penal uma *tarefa de progressiva despersonalização* do delinquente, pela perda definitiva de vários direitos inerentes ao seu estatuto de cidadão.⁵⁹

⁵⁷ CHRISTINE LAZERGES / HERVÉ HENRION-STOFFEL, “Le déclin du droit pénal: l’émergence d’une politique criminelle de l’ennemi”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2016, N.º 3, pp. 651 a 656.

⁵⁸ A mencionada *neutralização* poderá ser levada a cabo através de múltiplas formas, quase sempre ancoradas na imposição de que a pena e o respectivo cumprimento não garantirão, por si só, as exigências pessoais e sociais nascidas com o mal praticado pelo agente e a *perigosidade* pelo mesmo revelada (CHRISTINE LAZERGES / HERVÉ HENRION-STOFFEL, “Le déclin...” cit., p. 654). Ao cabo e ao resto, parece-nos ser esta imposição a explicar, por exemplo, o mecanismo da generalidade dos sistemas de registo de condenados pela prática de crimes sexuais, existentes em diversos países do denominado “mundo ocidental” a que pertencemos, a vigorarem *posteriormente* à expiação das penas aplicadas. E isto, como veremos daqui a pouco, apesar de o legislador português não admitir ser essa sua visão da *perigosidade* dos condenados pela prática de crime(s) sexual(is) sobre menores um dos verdadeiros fundamentos da inscrição no registo, antes invocando, falaciosa e eufemisticamente (para dizermos o mínimo...), como uma das finalidades do instituto, «(...) o acompanhamento da reinserção do agente na sociedade (...)» (artigo 3.º do Anexo à Lei n.º 103/2015, de 24 de Agosto). Já na nossa vizinha Espanha, a *libertad vigilada* enquanto *medida de seguridad* não privativa da liberdade aplicável (embora não só) a sujeitos imputáveis, condenados por crimes sexuais ou por delitos de terrorismo, é anunciada pelo legislador penal, de um jeito bem mais assumido, como instrumento de controlo judicial a efectivar *posteriormente* ao cumprimento da pena privativa da liberdade, mas que terá sempre em conta, até para efeitos de ser decidida a aplicação ou não de tal medida, a *perigosidade* do condenado [cfr. artigos 96.º/n.º 3-3.ª), 106.º, 192.º/n.º 1 e 579.º-bis/n.º 2, todos do *Código Penal* espanhol; sobre os fundamentos e verdadeiros intentos desta *medida de seguridad*, PILAR OTERO GONZÁLEZ, *La Libertad Vigilada Aplicada a Imputables: Presente y Futuro*, Dykinson, Madrid, 2015, essencialmente pp. 41 e ss.].

⁵⁹ Uma evidente manifestação desta lógica de redução dos direitos fundamentais dos cidadãos condenados por delitos criminais graves, encontramos-na na recente discussão política, travada em França, sobre a possibilidade de *déchéance de nationalité* relativamente àqueles que hajam praticado actos terroristas graves. A questão surgiu com uma renovada veemência – quer a impulso de algumas forças da oposição, quer do próprio Governo então em funções –, após os atentados ocorridos em Paris e Saint-Denis, em Novembro de 2015, e dos quais resultou mais de uma centena de mortes. Independentemente dos argumentos que em tal específico contexto acabado de referir hajam sido esgrimidos, será difícil, pelo menos na base político-criminal da questão, não encontrar paralelismo entre a solução da *déchéance de nationalité* e a lógica da remessa ao estatuto de “não pessoas” daqueles que, na visão de um *direito penal do inimigo*, são tidos como “inimigos do Estado e do Direito” [a propósito da discussão francesa a que nos referimos, vide CHRISTINE LAZERGES / HERVÉ HENRION-STOFFEL, “Le déclin...” cit., pp. 655 e 656; em termos mais especificamente sociológicos, VINCENT GEISSER, “Déchoir de la nationalité des djihadistes ‘100% made in France’: qui cherche-t-on à punir?”, *Migrations Société*, Volume 27, N.º 162 (2015), pp. 3 a 14; também a propósito da homologia da questão da perda da nacionalidade com o *direito penal do inimigo*, cfr., com interesse, a cortante crítica de NIEVES SANZ MULAS, “De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günther Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2012, N.º 1410, pp. 10:1 e ss.].

⁵⁴ Neste sentido podendo dizer-se, com FEDERICO STELLA, que rumamos, de modo claro, para um modelo de direito penal do “perigo para o futuro”, assente no comportamento proibido, que não no efectivo dano causado (*Giustizia e Modernità...*, p. 4). Em tese, quanto à fixação da tutela penal em estádios cada vez mais preventivos e antecipatórios de um prenúncio de facto lesivo, vide THOMAS WEIGEND, “Dove va il diritto penale?...” cit., pp. 84 e 85, MANUEL CANCIO MELIÁ, “‘Derecho penal’ del enemigo?” cit., pp. 79 a 86, e ainda PAOLO GALLO, “Il dopo 11 Settembre: un nuovo concetto giuridico di ‘pericolo’. Tra libertà individuale ed esigenze di tutela della sicurezza collettiva”, *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, 2007, N.º 2-3, pp. 432 e ss.

⁵⁵ Entre nós, a regra geral continua a ser, nos termos do artigo 22.º do CP, a de que «os actos preparatórios não são puníveis, salvo disposição em contrário». Regra geral que, do ponto de vista substancial, sofre uma clara derrogação na nossa legislação antiterrorista, cujo crime substancial – o *crime de terrorismo em sentido próprio* – surge essencialmente definido no n.º 1 do artigo 2.º, em conjugação com o n.º 1 do artigo 4.º, ambos da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, enquanto os demais tipos de crime constantes de tal artigo 4.º se reconduzem, ao cabo e ao resto, a *factos materialmente preparatórios* do facto típico de terrorismo em sentido próprio (assim, NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., pp. 45 e 46). A propósito deste paradigma, embora centrados nas normas antiterroristas italianas, PAOLO GALLO, “Il dopo 11 Settembre...” cit., p. 432, e GIUSEPPE MARINO, “Lo statuto del ‘terrorista’: tra simbolo ed anticipazione”, *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 2017, 1, pp. 47 e 48.

⁵⁶ «Protecting the public takes precedence over the privacy of criminals», enfatizou, em um discurso proferido em 7 de Outubro de 2009, Dominic Grieve, “Ministro-sombra” da Justiça do Partido Conservador inglês, então na oposição ao Governo Trabalhista (a propósito, TERRY THOMAS / DAVID THOMPSON, “Making offenders visible”, *The Howard Journal of Criminal Justice*, Volume 49, N.º 4, 2010, p. 341). Note-se que o problema, disso estamos inteiramente convictos, não é explicável por influências ou pertenças a correntes deste ou daquele espectro político-ideológico; a questão tem mais que ver, segundo nos parece, com o efectivo *exercício do poder político* e com uma determinada ideia ou percepção (infelizmente amiúde não muito afastada da realidade), por parte dos detentores de tal poder, daquilo que, nos tormentosos tempos que experimentamos, a mole indistinta da comunidade pretende.

E teremos, também, a *diluição do princípio da legalidade*, pois que, atendendo à há pouco aludida antecipação da tutela penal a etapas nas quais a perpetração do facto típico não corresponderá ainda, pelo menos *prima facie*, à colocação em perigo do bem jurídico que serve de referente à incriminação, ficam criadas as condições para que o nexo existente entre aquela perpetração do facto típico e o mundo intelectual-volitivo do agente passe a ser quase indiferente ao ordenamento jurídico-penal. Nesta acepção, com o elemento objectivo a ser sobrevalorizado, de modo relativamente óbvio, ao elemento subjectivo do tipo, uma vez praticado o facto material (e independentemente do *porquê* e do *intuito* que presidiram a essa mesma prática), o direito penal (*eficiente e antecipatório* e, por isso, *gerador de confiança pública*) estará legitimado a intervir.⁶⁰

4.3. Outra característica a surpreender no programa penal expansionista (e que, quase pela *natureza das coisas*, não pode deixar de estar ligada a uma tendência de movimentação legiferante que se rege por impulsos e reacções ao que pensa ser o pulsar comunitário) tem que ver com uma deriva legislativa de contornos *paternalistas*.⁶¹ Se, como facilmente se compreenderá, não foi somente através de tal via paternalista que a denominada “crise do conceito material de crime” encontrou (e encontra) expressão,⁶² foi *também* por ela que pudemos assistir a um cada vez maior “descentramento” da função, já atrás enfatizada, do direito penal enquanto ordem de validade destinada à tutela subsidiária de bens jurídicos, para se transmutar, em muitos casos, em uma forma (seguramente a mais fácil e atractiva) de (tentativa de) resolução de importantes problemas sociais, assumindo uma “ética” e uma “moral” que decerto não lhe competiria apadrinhar. Como agudamente vem sendo notado por diversa doutrina, se a sistemática penetração do direito penal por elementos da mundividência expansionista teve como resultado o recuo e esbatimento de algumas das construções clássicas da sua parte geral (pensemos no que há pouco dissemos acerca da punibilidade dos actos preparatórios e da proliferação de figuras assentes em crimes de perigo abstracto, cada vez mais assumidas pelos ordenamentos jurídicos hodiernos), é também notória a multiplicação

⁶⁰ CHRISTINE LAZERGES / HERVÉ HENRION-STOFFEL, “Le déclin...” cit., pp. 651 e 652; no mesmo sentido, OLIVIER DÉCIMA, “Terreur et métamorphose. À propos de la loi n.º 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme”, *Recueil Dalloz*, 192^e année, 2016, N.º 31 / 7700^e, p. 1828.

⁶¹ Sobre o paternalismo jurídico, MANUEL ATIENZA, “Discutamos sobre paternalismo”, *DOXA* N.º 5 (1988), pp. 203 e ss.

⁶² Cfr., quanto a alguns dados recentes relativos a tal crise, a análise de MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição...* cit., pp. 54 a 58.

típica da parte especial,⁶³ ou seja, de diversos tipos legais de crime cuja sustentação em termos de bem jurídico referencial será, no mínimo, discutível. Discutível quer porque, em alguns casos, e por muitos esforços hermenêuticos que se empreendam, o bem jurídico não é de todo divisível a partir da incriminação em causa;⁶⁴ ou discutível porque, em outros casos, o bem jurídico, embora perceptível, não revela, a luz alguma, a analogia substancial com a ordem jurídico-constitucional de valores eleitos pelo Estado de Direito como verdadeiramente fundamentais.

E nada disto tem que ver, de modo directo ou necessário, com as diversas bolsas de perigo surgidas, quase exponencialmente, com a também já aludida *sociedade de risco* contemporânea, a qual viu radicar muitas das suas fontes propulsoras em domínios há apenas umas dezenas de anos atrás quase inexistentes, com as consequentes manifestações lesivas dali advindas para bens jurídicos de feições essencialmente colectivas (caso da protecção do meio ambiente, por via da tipificação dos crimes de poluição, ou da defesa da saúde pública, com a definição dos crimes de tráfico de estupefacientes), só mais recentemente entendidos como indispensáveis ao adequado equilíbrio e sã subsistência comunitária. Nem tem que ver com a “actualização”, nos tempos contemporâneos, de arquétipos comportamentais já antes existentes e vistos como penalmente relevantes, embora sem o referente tecnológico próprio da sociedade globalizada do presente (como aconteceu, por exemplo, com a panóplia de tipos legais entretanto surgidos e que se filiam na figura matricial da “clássica” burla e nos comportamentos à mesma similares: burla nas comunicações, acesso ilegítimo de dados ou burla tributária).

Diversamente, a questão está relacionada com temas bem mais ínsitos à efervescência do pulsar social, amiúde ampliada pelos meios de comunicação social, e às reivindicações propugnadas por este ou aquele grupo ou franja representativos de determinadas visões morais tidas por relevantes na comunidade.⁶⁵ O que, em si mesmo, nada teria de especialmente pernicioso, se o Estado não incorresse na “tentação” de adoptar algumas dessas mesmas

⁶³ THOMAS WEIGEND, “Dove va il diritto penale?...” cit., pp. 79 e 80.

⁶⁴ O que, para uma certa visão das coisas, que não reconheça à categoria do bem jurídico o fundamental papel aferidor da legitimidade das incriminações constituídas ou a constituir, nada terá de pernicioso. Como tentámos já transmitir nas presentes linhas, não é esta, de todo, a nossa perspectiva, pois temos muita dificuldade em admitir que o direito penal reduzido a mero instrumento de protecção da vigência de normas não conduza, *ipso facto*, à coonestação do (puro e irrefreado) voluntarismo do legislador, orientado pelo pragmatismo estratégico que em cada momento bem entenda prosseguir.

⁶⁵ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português...* cit., pp. 31 e 32.

visões, vazando-as na lei penal, apenas ou sobretudo para fins de uma suposta pacificação social. «O poder político, do qual são esperadas respostas político-criminais fundadas, passou a oferecer-nos respostas que são apenas politicamente correctas, não “político-criminalmente correctas”». ⁶⁶ E áreas como o direito penal sexual ou o chamado direito penal da família mostram-se particularmente expostas a tais manifestações de *paternalismo* ou *moralismo legal*.

4.4. Vejamos agora aquilo que, no nosso entendimento, consubstancia um pequeno leque de exemplos dos ímpetus expansionistas mais recentes do legislador penal português. Exemplos relativamente aos quais se justificará a realização do “teste” do «(...) tema das relações entre o direito penal e a Constituição (...), “testando” as vias doutrinárias e jurisprudenciais capazes de avaliar a sua legitimidade no âmbito de tais relações». ⁶⁷

O que nos remete para duas realidades distintas, mas profundamente ligadas entre si: por um lado, a da perscrutação, na Constituição, dos concretos referentes axiológicos legitimadores (porventura até impositores) das criminalizações em causa; por outro lado, a da busca, igualmente na ordem normativa constante da Lei Fundamental, dos princípios que podem servir de barreiras limitadoras ou contentoras das figuras típicas ou similares alcançadas. ⁶⁸

Consequentemente, através da realização de tal “teste”, tentará compreender-se a verdadeira razão de ser do surgimento das criações normativas em causa, quais os valores que estarão na base dos bens jurídicos (quando divisíveis) tendencialmente protegidos ou promovidos por essas mesmas criações, e, não menos importante, se entre as intenções anunciadas pelo legislador penal e a realidade “nua e crua” da concretização legal dos seus produtos existirá ou não uma verdadeira e genuína comunhão de sentido.

5. Alguns traços expansionistas da legislação antiterrorista portuguesa

5.1. O crime de terrorismo previsto na Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, começou por ser a “tradução”, então actualizada, do que constava no

⁶⁶ MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição...* cit., p. 35.

⁶⁷ MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição...* cit., p. 31.

⁶⁸ Focando esta dupla realidade conexcionada com a criminalização e a protecção dos direitos fundamentais, NUNO BRANDÃO, “Direitos fundamentais e lei penal”, *Reformas Penales en la Península Ibérica: a “Jangada de Pedra”?* (coordinadores María Acale Sánchez, Anabela Miranda Rodrigues y Adán Nieto Martín), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pp. 49 a 51.

artigo 301.º do CP (por aquela Lei revogado), mantendo, assim, a mesma fisionomia típica, quer do ponto de vista objectivo, quer subjectivo. Desde então (2003) até à actualidade, o dito diploma, consagrador do principal conjunto de normas de combate ao terrorismo, sofreu inúmeros aditamentos e alterações ⁶⁹, essencialmente resultantes da necessidade de a nossa ordem jurídico-penal se adaptar aos ditames e princípios veiculados pelos entes internacionais dos quais o Estado português faz parte integrante.

Nesta delicadíssima matéria, o propósito do diploma em causa tem revelado ser cada vez mais abrangente, ambicioso e antecipatório em termos de leque de comportamentos a que foi atribuindo relevância penal, dentro de um *iter* visto como conducente à perpetração dos actos *material ou substancialmente terroristas*, definidos no n.º 1 do artigo 2.º, em conjugação com o n.º 1 do artigo 4.º, ambos da Lei n.º 52/2003. Tal *iter* – amiúde longo, complexo e as mais das vezes “sem retorno” por parte de quem o percorre – foi sendo, pois, objecto de sucessivas cristalizações típicas, contidas nos n.ºs 2 a 13 do artigo 4.º da aludida Lei: assim, para além da qualificação de crimes “comuns” praticados com vista ao cometimento de factos terroristas, ⁷⁰ o incitamento público ao terrorismo, o acesso a conteúdos (*maxime* informáticos) incitadores da prática de factos terroristas com o propósito de recrutamento, o recrutamento enquanto realidade *per se* considerada, o treinamento para a perpetração de tais factos ou para a adesão a organizações de cunho terrorista, a realização de viagens para um território diferente do Estado de residência ou de nacionalidade do agente com os mencionados fins ou a sua tentativa, a facilitação dessas mesmas viagens ou a inerente tentativa, passaram a constituir tipos legais de crime autónomos ⁷¹ (aos quais poderemos ainda, com especial relevo, aduzir a

⁶⁹ Para uma menção do essencial das referidas alterações legislativas, MARIA JOÃO ANTUNES, *Terrorismo. Legislação Comentada. Textos Doutrinários* (coordenação de José Manuel Aroso Linhares e Maria João Antunes), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 7 a 11, em comentário ao artigo 1.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto.

⁷⁰ Note-se, quanto a estes crimes “comuns” – crimes de furto qualificado, roubo, extorsão, falsificação de documentos, burla informática e nas comunicações e falsidade informática –, aos quais correspondem molduras penais agravadas por efeito do n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, que, apesar de se inscreverem no estádio (muito) preparatório de uma possível actividade de terrorismo (e daí a razão de ser da apontada agravação punitiva), não têm a comandá-los uma finalidade directamente terrorista. Especificando esta opção legislativa, ainda no domínio do artigo 301.º do CP português, cfr., em comentário a tal preceito, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal Português*, Tomo II (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 1183 e 1184; especificamente sobre o n.º 2 do artigo 4.º da citada Lei n.º 52/2003, NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., pp. 52 a 54.

⁷¹ Cuja análise não se compadece, e como é evidente, com os circunscritos propósitos do presente

figura do financiamento do terrorismo), nascidos ao longo dos últimos anos e, mais exactamente, à medida que atentados de enorme gravidade foram ocorrendo (não só, mas de modo muito relevante) no denominado “mundo ocidental”,⁷² assim gerando nas respectivas populações uma compreensível sensação de insegurança e um crescente temor pelos tempos vindouros.

Como sempre foi mais ou menos consensual entre a nossa doutrina, o bem jurídico essencialmente protegido pelo crime de terrorismo (em sentido material) interno, tal como se desprende do artigo 4.º, em conjugação com o n.º 1 do artigo 2.º, ambos da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, toca a *paz pública interna*, «(...) enquanto garantia das condições que permitem à comunidade posta sob a protecção de certo Estado viver em segurança e tranquilidade».⁷³

Já o crime de terrorismo de cunho internacional, previsto na norma remissiva do artigo 5.º, referida também ao n.º 1 do artigo 2.º e ao n.º 1 do artigo 3.º, sempre da mesma Lei, dirige-se à tutela da paz pública internacional, *prima facie* entendida como o equilíbrio relacional dos vários membros da comunidade internacional entre si considerados.⁷⁴

Só que, como também já alvitrámos, partindo do *cuore* da actuação terrorista, o legislador português (como, aliás, a generalidade dos seus congéneres europeus) foi-se afastando na direcção de uma tutela penal cuja conexão com a protecção da paz e segurança públicas se antolhará menos imediata e óbvia, pois que antecipada para patamares cada vez mais distantes da perpetração do facto materialmente terrorista.

O que nos revela, essencialmente, duas realidades: por um lado, a antes aludida tendência expansionista da lei, ao “converter” em crimes de terrorismo autónomos um conjunto de actos preparatórios (praticados com

trabalho, remetendo-se, por isso, para o comentário de NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., pp. 43 a 156.

⁷² Relembremos, a tal propósito, os atentados ocorridos em 11 de Setembro de 2001 na cidade de Nova Iorque, 11 de Março de 2004 na capital espanhola, 7 de Julho do ano seguinte em Londres, 13 de Novembro de 2015 em Paris e Saint-Denis, 22 de Março de 2016 em Bruxelas, 14 de Julho do mesmo ano em Nice, 17 de Agosto de 2017 em Barcelona, 1 de Outubro seguinte em Marselha, 11 de Dezembro de 2018 em Estrasburgo e 2 de Novembro de 2020 em Viena.

⁷³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, “A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 135.º (2005), N.º 3935, p. 71.

⁷⁴ A propósito do bem jurídico protegido pelo crime de terrorismo internacional, vide ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo. Legislação Comentada. Textos Doutrinários* (coordenação de José Manuel Aroso Linhares e Maria João Antunes), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, p. 158, em comentário ao crime previsto no artigo 5.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto.

uma específica intenção terrorista)⁷⁵ do terrorismo substancial; por outro lado, o recuo da tutela penal, mesmo dentro do referido *iter* preparatório, a um estágio no qual, em determinados casos, por força da mobilização da figura do *crime de empreendimento*,⁷⁶ até a *tentativa do próprio acto* equivalerá à consumação do crime (exemplo flagrante da viagem ou tentativa de viagem com intenção terrorista – n.ºs 10 e 11 do artigo 4.º),⁷⁷ alargando-se também a punibilidade (não com o recurso às regras gerais da comparticipação, *maxime* da cumplicidade) ao comportamento daquele que “organizar” ou “facilitar” o acto (ou a tentativa do acto) proibido (e isto, note-se, ainda que a viagem nem venha sequer a ser efectivamente tentada ou efectuada – n.º 12 do mesmo artigo 4.º).⁷⁸

5.2. Não obstante todo o acabado de expor, e sem embargo das principais excepções que a seguir referiremos, entendemos, contas feitas, que o essencial alargamento punitivo ínsito à Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, sobretudo se comparado com outros ordenamentos jurídico-penais europeus, acaba por reger-se por critérios de alguma proporcionalidade e contenção, ponderadas as restrições de direitos que impõe e os valores e interesses (como dissemos, a paz e a segurança públicas) que pretende proteger.

Com efeito, não obstante a mencionada antecipação de tutela penal, parece-nos que, em geral, lidamos com a previsão de diversas figuras típicas reveladoras de outras tantas vias de colocação em perigo da paz pública.

⁷⁵ Acerca do que seja essa “intenção terrorista”, prevista no n.º 1 do artigo 2.º do diploma legal que vimos mencionando, cfr. SUSANA AIRES DE SOUSA / INÊS GODINHO / PEDRO SÁ MACHADO, *Terrorismo. Legislação Comentada. Textos Doutrinários* (coordenação de José Manuel Aroso Linhares e Maria João Antunes), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 18 a 21, em comentário ao referido preceito.

⁷⁶ Em tese, quanto à figura dos crimes de empreendimento, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral...* cit., p. 367.

⁷⁷ Sobre o crime de viagem com finalidade terrorista enquanto crime de mero empreendimento, essencialmente ligado à necessidade de enfrentamento, pelas ordens jurídicas, do fenómeno dos denominados *foreign terrorist fighters*, e problemas interpretativos que é aquele tipo de crime apto, em concreto, a suscitar, NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., pp. 127, 128, 132 a 144 e 147.

⁷⁸ A opção não foi, por parte do legislador, seguramente “inocente”, atento o alargamento da margem de actuação que, em termos processuais penais, a opção por um tipo de crime como o previsto no n.º 12 do artigo 4.º da Lei n.º 52/2003 possibilita às entidades investigatórias e autoridades judiciais, quer em termos de meios de obtenção de prova (por exemplo, buscas ou revistas), quer de eventual aplicação de medidas coactivas. Com efeito, o auxílio ora em causa, entendido como eventual cumplicidade da prática dos crimes contidos nos n.ºs 10 e 11 do mesmo artigo 4.º, e não enquanto crime autónomo *a se*, levaria a uma atenuação especial da pena principal (n.º 1 do artigo 27.º do CP) e faria depender a punição do “cúmplice” da comprovação da prática de actos de execução da viagem por parte do beneficiário do apoio (NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., p. 150).

Como se nos antolha relativamente claro, não será apenas o facto materialmente terrorista (com tudo o que o envolve em termos de expressividade deletéria) a destruir ou a fazer perigar as condições de manutenção segura da comunidade. De modo particularmente emblemático, actos como o recrutamento ou treino para fins terroristas constituirão, em si mesmos, algo de idóneo à postergação do dito panorama de segurança, desde que realisticamente se admita como ínsita à própria ideia de segurança uma generosa dose de “ânsia” pela tranquilidade interior que nos permita olhar a nós próprios e ao que nos rodeia *sem medo*.⁷⁹ E, também por isso, afigura-se-nos que, embora em termos algo mais longínquos, a questão das viagens efectuadas com vista ao treino terrorista, à adesão a uma organização terrorista ou à prática de factos substancialmente terroristas (embora sem justificar a mobilização da figura dos crimes de mero empreendimento,⁸⁰ nem a autonomização, como crime *a se*, do apoio à realização de tais viagens) conterà ainda a aptidão bastante para colocar em causa aquele clima de segurança.⁸¹⁻⁸²

⁷⁹ Afigurando-se-nos algo difícil de entender como poderiam ser jurídico-penalmente toleradas actividades do jaez do recrutamento e, ainda em maior medida, do treinamento terrorista (bastando pensar, por exemplo, em um campo de treino onde se soubesse ser ministrado o ensinamento do manejo de armas de fogo e explosivos, tendo em vista a preparação de “operacionais” para a futura perpetração de atentados), porventura a pretexto da tese de que ainda nada de lesivo trariam para a segurança pública...

⁸⁰ Pois parece-nos que «(...) não é indiferente, do ponto de vista da perigosidade para o bem jurídico, que o agente tenha ou não chegado ao destino e assim podido (ou não) concretizar o seu propósito de adesão a uma organização terrorista ou de cometimento de um acto terrorista» (NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., p. 145).

⁸¹ Questão que se poderá colocar, todavia, é a de saber se, de acordo com uma lógica de proporcionalidade em sentido estrito, o legislador português terá feito a ponderação devida entre a gravidade do ilícito, em si mesmo considerado (realização da viagem), sem a ocorrência de um qualquer facto terrorista subsequente, e a gravidade da pena imposta legalmente (a propósito, propugnando uma pena abstracta mais baixa, NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., pp. 147 e 148).

⁸² Contra, ANTÓNIO MANUEL ABRANTES, para quem a incriminação das ditas viagens corresponderá a uma criação do legislador penal que não obtém “aprovação” nos testes da *adequação* e da *necessidade* que deverão ser apanágio dos tipos legais de crime. Desde logo, porquanto a referida incriminação acabará por revelar-se apta a conduzir a uma maior segregação dos “interessados” na realização das viagens em questão, os quais, por essa circunstância, aliada à baixa pena cominada pelo tipo, não se sentirão dissuadidos a deixar de efectuar tais deslocações, amiúde contribuindo, nos casos em que ocorra uma eventual aplicação de pena de prisão, para um aumento da radicalização, em ambiente prisional, assim potenciando o fenómeno que a incriminação *ab initio* pretendia evitar; assim, aduz o AUTOR que a matéria em causa deveria ser remetida para o âmbito contra-ordenacional, onde, por via de restrições à faculdade de viajar (com a apreensão dos documentos necessários a tal – por exemplo, o passaporte), poderia ser combatido, muito mais a contento, o fenómeno das viagens para a adesão a organizações, treinos ou a realização de factos materialmente terroristas [“As obrigações internacionais de criminalização impostas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas no âmbito do combate ao terrorismo”, *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Volume I (coordenação de José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz de Sequeira e Pedro Garcia Marques), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020,

5.3. Onde, a nosso ver, o legislador português (e perdoe-se-nos a expressão) perdeu completamente “a mão” foi na criação de um injustificado *delito de pensamento*,⁸³ no n.º 5 do artigo 4.º da Lei n.º 52/2003, o qual preceitua que, «quem, com o propósito de ser recrutado para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, aceder ou obtiver acesso, através de sistema informático ou por qualquer outro meio, às mensagens aludidas no n.º 3 e delas fizer uso na prática dos respectivos actos preparatórios, é punido com pena de prisão até 3 anos ou multa até 360 dias».

Configurado essencialmente como forma de fazer face aos fenómenos de *radicalização ideológica* que amiúde se iniciam e processam por via dos meios comunicacionais típicos dos nossos dias (e de que a *Internet*, como

pp. 302 e 303]. Conquanto reconheçamos a valia dos fundamentos acabados de expor, não partilhámos semelhante visão das coisas, por três razões essenciais. Em primeiro lugar, porquanto nos parece que a questão deve ganhar o seu palco de análise, antes de tudo, no reconhecimento ou não de *dignidade penal* ao tema das viagens de que vimos falando, atento o substrato factual (objectivo e subjectivo) que as envolve e a pertinência de, em maior ou menor grau, fazerem perigar a paz pública, na aceção por nós acima já referida. Depois, dado que, reconhecendo-se *dignidade penal* à matéria, mesmo com os limites a que também já nos reportámos, se nos afigura igualmente (e ponhamos à margem desta equação o recurso à figura dos crimes de mero empreendimento e a autonomização do apoio à viagem como crime *a se*) que a *necessidade* de intervenção do direito penal existe, não se revelando a categoria da contra-ordenação social meio idóneo, nem sequer eficaz, à pacificação dos interesses e bens envolvidos. É que os n.ºs 10 e 11 do artigo 4.º da Lei n.º 52/2003 [«quem, por qualquer meio, viajar (...)»] não partem, e bem, do princípio de que as viagens de que ora cuidamos sejam necessariamente efectuadas de um modo “regulamentar” ou “oficial” (no sentido de cognoscível ou, pelo menos, devidamente controlável pelas autoridades – *maxime*, administrativas – com competência na matéria); pelo contrário, será bem mais crível que, na grande maioria dos casos, lidemos com viagens realizadas de forma e por vias clandestinas, para as quais, portanto, contaria pouco uma eventual interdição do direito de viajar ou uma apreensão dos documentos (passaporte e outros) tidos por indispensáveis pelo comum dos cidadãos que pretenda deslocar-se para um território diverso do seu Estado de nacionalidade ou residência. Finalmente, e em terceiro lugar, porque, reconhecendo nós embora como possíveis a segregação e o aumento dos radicais, em ambiente prisional, a partir dos condenados pela prática do crime de viagem para fins terroristas, não nos parece ser essa uma razão político-criminal forte o bastante para desfazer a valia de tudo o que acabámos de expor, pois terá aquele fenómeno que ver, essencialmente, com a finalidade das penas e sua execução (área na qual, e como é evidente, deverá também o Estado investir cada vez mais, por forma a tentar apontar frutíferas vias socialmente reintegradoras aos condenados). Não tem que ver com o que, *a montante*, justifica a incriminação (pois, mal comparado, não nos parece, por exemplo, que a *dignidade* e *necessidade* de criminalização do tráfico de substâncias estupefacientes, pelo menos nas situações mais graves, possam ser rebatidas pela observação – infelizmente algumas vezes comprovada pela realidade – de que nos estabelecimentos prisionais também ocorre a actividade de tráfico...).

⁸³ À semelhança do que, igualmente mal, fez o legislador francês com o artigo 421-2-5-2 do respectivo *Code Pénal*: sobre isto, NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., pp. 75 a 80, ANTÓNIO MANUEL ABRANTES, “Limites constitucionais à (excessiva) antecipação da tutela penal nos crimes de terrorismo. Anotação às decisões n.ºs 2016-611 Q.P.C. e 2017-625 Q.P.C. do Conselho Constitucional francês”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 27 (2017), N.º 2, pp. 428 e ss., especialmente 438 a 440, e ÉLIE STELLA, “Terrorisme et Internet, nouveaux enjeux juridiques”, *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, N.º 2, 2015, pp. 328 a 330.

todos sabemos, é um dos mais óbvios expoentes),⁸⁴ o tipo legal ora aludido, para além de tecnicamente elaborado de uma forma confusa e defeituosa (pois apenas se reporta àquele que age com “o propósito de ser recrutado”),⁸⁵ acaba por traduzir um injustificado e desnecessário ataque à liberdade de pensamento.

Um ataque injustificado, porquanto não se compreende bem como o acesso às mensagens de incitamento enquanto realidade *a se*, tendo a susceptibilidade de revelar “inclinações” humanamente preocupantes, possa representar, ainda assim, um fenómeno comportamental dotado de uma específica carga gravosa justificadora de uma incriminação autónoma.⁸⁶

Um ataque desnecessário, dado que, se é certo que o tipo exige que a tal acesso presidam uma “intenção terrorista” e um “propósito de recrutamento”, ocorrendo ainda o uso das mensagens na prática de actos preparatórios da factualidade materialmente terrorista visada, que é a liberdade de pensamento do receptor das mensagens a ser a verdadeira atingida pela incriminação. Porque, «(...) no tocante aos actos preparatórios do facto materialmente terrorista perseguido pelo agente, depararemos sempre com um de dois cenários: ou tais actos configurarão, *per se*, crimes autónomos e como tal

⁸⁴ A propósito de diversos modelos analíticos dos fenómenos de radicalização, cfr. ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, “Radicalização e ‘lobos solitários’ no contexto da denominada ‘luta contra o terrorismo’”, *Terrorismo. Legislação Comentada. Textos Doutrinais* (coordenação de José Manuel Aroso Linhares e Maria João Antunes), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, pp. 469 a 476; especificamente centrado na utilização da *Web* pelo denominado *Estado Islâmico*, ANTONIO TETI, “ISIS e social network. Da Twitter a Facebook passando per WhatsApp e YouTube”, *Gnosis. Rivista Italiana di Intelligence*, 2015, 4, pp. 78 a 83.

⁸⁵ E parecendo deixar de fora do seu âmbito de abrangência uma gama importante de potenciais “adeptos” do material comunicacional em questão, a saber, aqueles que não têm um intuito de ser recrutados e, portanto, estabelecer o vínculo intersubjectivo pressuposto pelo recrutamento (cfr. n.º 6 do artigo 4.º da citada Lei n.º 52/2003), antes pretendendo vir eventualmente a agir mais tarde, quais “lobos solitários” por opção, *on their own way* (sobre o “enigma” textual do n.º 5 do dito artigo 4.º, cfr. NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., pp. 83 e 84; para uma menção, no mundo da sociologia jurídica, a algumas classificações operativas atinentes ao fenómeno dos “lobos solitários”, ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, “Radicalização...” cit., pp. 476 a 481).

⁸⁶ Em idêntico sentido, GONÇALO BARGADO / NUNO IGREJA MATOS, “Entre o cidadão e o inimigo – novas tendências do combate ao terrorismo”, *Anatomia do Crime*, N.º 1, 2015, p. 63, e, em Itália, ANTONIO CAVALIERE, “Considerazioni critiche intorno al D.L. antiterrorismo, n.º 7 del 18 febbraio 2015”, *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, N.º 2/2015, p. 229. É, aliás, bastante curioso que, entre nós, a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 283/XII, de 19 de Fevereiro de 2015, génese da Lei n.º 60/2015, de 24 de Junho, que aditou ao corpo do artigo 4.º da Lei n.º 52/2003 este n.º 5, nada dissesse quanto à necessidade de uma incriminação com tais características, apenas se reportando, aí sim, a meios como a *Internet* enquanto canais privilegiadamente perigosos de apologia do terrorismo. O que nos remete para aquilo que constituem os actuais n.ºs 8 e 9 do artigo 4.º da Lei n.º 52/2003, ou seja, a tipificação do crime de apologia pública do terrorismo (introduzido pelas aludidas Proposta de Lei n.º 283/XII e Lei n.º 60/2015), e não propriamente para o simples acesso às mensagens incitadoras de comportamentos terroristas futuros (a este propósito, e em pormenor, NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., pp. 68 a 70).

serão censurados (não se revelando despidendo notar, nesta sede, o *plus* de agravação punitiva pensada pelo n.º 2 do artigo 4.º da própria Lei n.º 52/2003); ou, diversamente, não constituirão ilícitos penais a verberar por si próprios». ⁸⁷

Pelo que não vemos como poderá ser justificado, necessário e proporcional (n.º 2 do artigo 18.º da CRP), segundo os padrões axiológico-normativos próprios de um Estado de Direito, um ataque que, na sua essência, acaba por ser dirigido, como dissemos, à liberdade fundamental de pensamento do agente. ⁸⁸

5.4. Igual referência crítica merece a desmedida amplitude com que a Lei n.º n.º 52/2003 desenhou o tipo objectivo de ilícito do crime de financiamento de terrorismo, previsto no respectivo artigo 5.º-A, ao punir não só o *fornecimento* de fundos com fins terroristas, mas também a sua *mera detenção*; tal como não se percebe como poderá sustentar-se, à luz dos princípios da necessidade e ofensividade, um tipo subjectivo que prescreve, literalmente, que bastará, para o seu preenchimento, ter o agente conhecimento de que os fundos em questão *poderão ser utilizados* (e não que *serão utilizados*) para fins terroristas. ⁸⁹

5.5. A brevíssima resenha acabada de traçar da nossa legislação antiterrorista permite-nos concluir que o seu indisfarçável expansionismo não conduziu sempre, *ipso facto*, e apesar de tudo, a um atrofamento injustificado dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Como começámos por afirmar no início deste estudo,⁹⁰ a questão não se compadece com uma resposta totalmente extremada e apodíctica, dependendo muito dos valores protegidos e, sobretudo, do tipo de antidotos normativos concretamente alcançados para conter cada uma das formas tidas como aptas a lesar aqueles mesmos valores.

⁸⁷ NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., p. 79.

⁸⁸ Para maiores desenvolvimentos desta perspectiva, cfr. NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* cit., pp. 70 a 80, e ANTÓNIO MANUEL ABRANTES, “Limites constitucionais...” cit., pp. 440 a 444 e 453 a 460.

⁸⁹ Para uma crítica, no sentido apontado, vide PEDRO CAEIRO, “Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado ‘direito penal do inimigo’ e a sua incidência na investigação criminal”, *III Congresso de Investigação Criminal. Investigação Criminal – Novas Perspetivas e Desafios. Livro de Atas*, Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária e Universidade de Coimbra, Lisboa, 2015, pp. 131 e 132, NUNO BRANDÃO, com a colaboração de PEDRO SÁ MACHADO, *Terrorismo. Legislação Comentada. Textos Doutrinais* (coordenação de José Manuel Aroso Linhares e Maria João Antunes), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 167 a 169 e 178 e 179, e ainda ANTÓNIO MANUEL ABRANTES, “Anatomia de um crime: o financiamento do terrorismo no ordenamento jurídico-penal português”, *Anatomia do Crime*, N.º 5, 2017, pp. 110 e 111 e 118 a 121.

⁹⁰ Cfr., *supra*, 1.2.

Ou seja, crendo nós existirem algumas soluções fundamentadas e outras (seguramente) não justificáveis, à luz dos critérios que, radicados em uma ideia de dignidade humana, deveriam continuar a ser apanágio – sempre – da intervenção penal.

6. O expansionismo e o moralismo no direito penal sexual: menção a duas questões paradigmáticas

6.1. Enquanto restrições mais ou menos evidentes à prática de actos de cariz sexual, as normas penais reguladoras da matéria têm sido marcadas, ao longo dos tempos, pelas mais relevantes preocupações e significâncias socioculturais de cada época histórica. Como se compreende, «(...) a regulamentação da sexualidade é condicionada pelo tempo e pela cultura, e muda com eles. Determinadas normas sexuais que muito naturalmente regeram nos seus tempos, com o decurso dos séculos depararam hoje com um repúdio generalizado (...)». Pense-se, por exemplo, «(...) que nos códigos judeus ortodoxos a masturbação da mulher constitui um grave pecado e que no antigo direito judeu foi, por vezes, punida com a pena de morte (...)».⁹¹

Não podemos olvidar, pois, a forte componente cultural do direito penal sexual, «(...) na sua natural e incindível ligação com o todo social de cada povo em cada época (...)».⁹²

No ordenamento jurídico-penal português, sobretudo desde a redacção introduzida no CP pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, é a lei dominada, na área dos crimes sexuais, pela «(...) proposição político-criminal segundo a qual em caso algum constitui crime a actividade sexual levada a cabo em privado por adultos que nela consentem (...)»⁹³ apresentando-se tal proposição político-criminal, própria de um Estado de Direito democrático, laico e pluralista, como o corolário da visão, já atrás diversas vezes mencionada, do direito penal enquanto ordem destinada à protecção subsidiária de bens jurídicos. Daí que, tendo sido inevitável a dinâmica de uma natural evolução, se haja assistido a uma tendência geral de progressiva descriminalização e despenalização de certos comportamentos ligados à sexualidade humana

⁹¹ KARL PRELHAZ NATSCHERADETZ, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Almedina, Coimbra, 1985, p. 75.

⁹² AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Condicionalidade sócio-cultural do direito penal. Análise histórica. Sentido e limites”, Separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* – “Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz” – 1983, 1985, p. 13.

⁹³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (sob a direcção de Jorge de Figueiredo Dias), Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 442, em nótula antes do artigo 163.º; no mesmíssimo sentido, a propósito do ordenamento penal alemão, CLAUS ROXIN, “O conceito de bem jurídico...” cit., p. 14.

(podendo pensar-se, por exemplo, na não punição da homossexualidade enquanto tal, mas apenas quando traduzida na prática de actos homossexuais de relevo com menor entre 14 e 16 nos de idade – artigo 175.º do CP, na redacção do Decreto-Lei n.º 48/95).

Significa o acabado de expor que falamos hoje de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, depois de durante séculos (desde as nossas Ordenações) serem observados sob o enfoque da moral sexual dominante, dos costumes ou dos fundamentos éticos da sociedade, em uma evidente circunscrição da etiologia destes crimes à tutela da chamada “moralidade sexual pública”.

Para a mudança a que vimos aludindo muito contribuiu, como sabemos, a adopção, a partir de 1995, da categoria conceptual de “acto sexual de relevo” (cfr., a título de exemplo, os artigos 163.º, 165.º e 166.º do CP), por via da qual se tornou evidente a não assunção, pela lei penal, de uma ética moral e social que não lhe competiria defender, enfatizando-se, ao invés, a relevância do acto, antes do mais, para quem o sofre e a sua própria esfera de autonomia sexual.

Assim – e esta é uma ideia fundamental –, desde 1995 são a liberdade e a autodeterminação sexual os valores jurídicos essencialmente protegidos pelo direito penal sexual, integrando os tipos que visam a repressão das violações a tais bens a categoria dos crimes contra as pessoas e não contra os fundamentos da sociedade.⁹⁴

6.2. As antecedentes noções bastam, segundo cremos, para que continue a ser dificilmente explicável a manutenção, no nosso ordenamento jurídico-penal actual, do crime de lenocínio simples, previsto no n.º 1 do artigo 169.º do CP, que se refere a «quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição (...)».

Efectivamente, a explicação só poderá ser encontrada em uma assunção, pelo legislador penal, de uma certa *moral sexual* que atribui à

⁹⁴ Para uma visão crítica do direito penal sexual de cariz “moralista” – de que o positivado pela versão originária do CP de 1982 ainda era parcialmente tributário –, enquanto complexo de crimes consagradores de bens jurídicos ligados aos fundamentos ético-sociais da vida em sociedade e seus costumes, vide JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Crimes contra os costumes”, *Polis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Volume I, Editorial Verbo, Lisboa-São Paulo, 1983, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A reforma permanente dos crimes sexuais no ordenamento jurídico-penal português”, *Reformas Penales en la Península Ibérica: a “Jangada de Pedra”?* (coordinadores María Acale Sánchez, Anabela Miranda Rodrigues y Adán Nieto Martín), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pp. 281 a 286, KARL PRELHAZ NATSCHERADETZ, *O Direito Penal Sexual...* cit., pp. 134 a 154, e VERA LÚCIA RAPOSO, “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (organização de Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa / Anabela Miranda Rodrigues / Maria João Antunes), Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 931 a 938.

actividade da prostituição, ainda que não imposta pelo agente por meio de violência, ameaça grave, manobra fraudulenta, abuso de autoridade advindo de uma determinada relação existente para com a pessoa que se prostitui, ou mediante aproveitamento de uma incapacidade psíquica ou de uma situação de especial vulnerabilidade dessa mesma pessoa (hipóteses típicas do crime de lenocínio agravado, previsto no n.º 2 do artigo 169.º do CP), ainda e sempre, um carácter humano e socialmente lesivo.

Só que, a ser assim, e não estando em causa nenhuma das formas de exploração de uma situação de carência e desprotecção social da pessoa que se prostitui, ou seja, não estando nós perante um caso de lenocínio agravado, lidando antes com um cenário consensual entre o agente e aquele(a) que se prostitui, continua o legislador a confundir dois planos distintos: o da protecção de bens jurídicos – *in casu*, o da liberdade sexual, que não é posta em perigo pela conduta do agente⁹⁵ –, e o da protecção da moralidade, ainda que a pretexto, neste último campo, de uma suposta ideia de dignidade humana, a exigir uma (pseudo) protecção, por meios penais, contra a necessidade de se utilizar a sexualidade como modo de subsistência.⁹⁶

Ora, constituindo o princípio da dignidade humana, como já atrás dissemos, um referente axiológico sustentador do nosso ordenamento jurídico, não é, ainda assim, configurável como um direito fundamental *a se*, susceptível de iluminar, sem mais (*rectius*, sem uma sua concretização “substanciável” em um concreto bem jurídico), uma incriminação.⁹⁷

Pelo que caímos, pura e simplesmente, em uma *concepção de dignidade humana*⁹⁸ que, de modo paternalista,⁹⁹ não admite como conatural ao

⁹⁵ Assim, e por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional implícito...” cit., p. 261, e ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A reforma permanente...” cit., p. 294.

⁹⁶ Como se sabe, foi este, durante muitos anos, um dos principais argumentos esgrimidos pelo nosso Tribunal Constitucional, através, por exemplo, dos Acórdãos n.ºs 144/2004, 196/2004, 141/2010, 559/2011, 605/2011, 149/2014, 641/2016, 421/2017, 90/2018 e 178/2018, para assim afirmar a constitucionalidade da incriminação prevista no n.º 1 do artigo 169.º do CP (arestos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt).

⁹⁷ Explicitando esta concepção, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional implícito...” cit., pp. 259 a 261; em termos idênticos, afirma peremptoriamente CLAUS ROXIN: «(...) a ofensa à dignidade humana não é lesão de um bem jurídico (...)» (“O conceito de bem jurídico...” cit., p. 20).

⁹⁸ Uma concepção de pendor *comunitarista-social*, que, como bem afirmam PEDRO SOARES DE ALBERGARIA / RUI PEDRO LIMA, entende a dignidade como limitadora da liberdade [“O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22 (2012), N.º 2, p. 244].

⁹⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O ‘direito penal do bem jurídico’ como princípio jurídico-constitucional implícito...” cit., p. 261.

conteúdo ôntico da *dignitas* individual a possibilidade de escolha esclarecida de um caminho, por muito reprovável (porque de “pecado”)¹⁰⁰ que possa o mesmo apresentar-se segundo uma certa apreensão moral das coisas.

Daí que se saúde o surgimento do recente Acórdão n.º 134/2020, de 11 de Julho de 2020, do Tribunal Constitucional português, o qual, revertendo a linha jurisprudencial por si seguida durante anos, assumiu agora o entendimento quanto a nós correcto da questão, julgando inconstitucional a aludida norma incriminatória constante do n.º 1 do artigo 169.º do CP, por violação dos princípios consagrados no n.º 2 do artigo 18.º e do n.º 1 do artigo 27.º da nossa Lei Fundamental.¹⁰¹

Importará, agora, aguardar, pois, o destino (espera-se que de descriminalização) da (moralista) incriminação em causa.

6.3. O outro exemplo que, até pela sua relativa novidade, nos parece ser de relevar, nos actuais tempos expansionistas, tem que ver com a instituição, através do Anexo à Lei n.º 103/2015, de 24 de Agosto, na ordem jurídico-penal portuguesa, de um registo de condenados por crimes sexuais praticados contra menores.

Ganhando especial foco mediático-comunicacional pela área temática em que se insere (na qual se encontram instalados alguns dogmas de difícil desmontagem, apesar de não demonstrados do ponto de vista criminológico ou até meramente estatístico, como o de que as taxas de reincidência são sempre enormes),¹⁰² e sendo justificado, pelo legislador nacional, como forma de dar cumprimento às obrigações normativas internacionais a que o Estado português se encontra vinculado [designadamente as decorrentes da Convenção para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, dita Convenção de Lanzarote, celebrada sob os auspícios do Conselho da Europa em 25 de Outubro de 2007, assim como da Resolução n.º 1733 (2010), de 21 de Maio de 2010, da Assembleia Parlamentar deste mesmo Conselho, e ainda da necessidade de transposição da Directiva n.º 2011/92/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011],¹⁰³ o mecanismo do registo criado parece pretender alcançar (ainda

¹⁰⁰ Utilizando-se aqui de empréstimo a sugestiva expressão empregada por MAFALDA SERRASQUEIRO, “Moral ou dignidade no lenocínio: um crime à procura de um bem jurídico”, *A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional* (organização de Jorge Reis Novais / Tiago Fidalgo de Freitas), Almedina, Coimbra, p. 435.

¹⁰¹ Podendo ver-se o texto integral do citado aresto em www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁰² Cfr. ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português...* cit., pp. 65 a 67 e 111 a 114, notas 152 e 153.

¹⁰³ Justificação claramente empolada e até algo desconforme à realidade das obrigações em causa, pelo menos nos concretos termos em que o sistema de registo acabou por ser configurado pelo nosso

que de modo não inteiramente assumido) uma síntese de diversas criações vigentes em outros ordenamentos ao nosso relativamente aparentados (*maxime*, o espanhol e o francês).¹⁰⁴

De acordo com o artigo 3.º do Anexo à dita Lei, as finalidades ínsitas ao sistema de registo são «(...) o *acompanhamento da reinserção do agente na sociedade*, obedecendo ao *princípio do interesse superior das crianças e jovens*, em ordem à concretização do direito destes a um desenvolvimento pleno e harmonioso, bem como *auxiliar a investigação criminal*» (itálicos nossos).

Ora, se tivermos em mente que os efeitos do registo tenderão a perpetuar-se no tempo, muito para além do período conatural ao cumprimento da pena de cujo decretamento dependem, e estando esta já extinta (n.º 3 do artigo 13.º do Anexo), parecerá relativamente claro que é o próprio legislador a transmitir uma mensagem de descridibilização do programa político-criminal que antes anunciou como ínsito à aplicação de penas e medidas de segurança, designadamente no tocante à «(...) reintegração do agente na sociedade» (n.º 1 do artigo 40º do CP): não seria suposto que a reacção criminal – pena ou medida de segurança – aplicada por causa da prática de um crime traduzisse, ela própria, o instrumento político-criminal através do qual a referida reintegração deveria ter lugar (sem necessidade de uma posterior inscrição no registo)?¹⁰⁵

Depois, as vias pelas quais o sistema em causa restringe direitos fundamentais dos visados são variadas, devendo destacar-se as seguintes.

Valores constitucionalmente protegidos como a intimidade da vida privada, a imagem e a honra dos inscritos no registo (e, muitas vezes, dos que destes estão próximos) são postergados de modo evidente, com os efeitos de não ressocialização daí advindos, perante a possibilidade de acesso aos dados do registo por parte de terceiros titulares do exercício de responsabilidades parentais sobre menor até aos 16 anos de idade, que não detêm qualquer múnus profissional conexo com a matéria registal (n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 16.º do aludido Anexo).¹⁰⁶

legislador: sobre esta questão, ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português...* cit., pp. 95 a 98.

¹⁰⁴ Os traços essenciais de tais regimes constam de ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português...* cit., pp. 51 a 60.

¹⁰⁵ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português...* cit., pp. 72 a 76 e 78 e 79.

¹⁰⁶ Sobre esta delicada questão do acesso de terceiros pessoas ao conteúdo do registo, INÊS HORTA PINTO, “O sistema de registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor: análise crítica à luz da política criminal e da Constituição”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Volume I (organização de José de Faria Costa / Anabela Miranda Rodrigues / Maria João Antunes / Helena Moniz / Nuno Brandão

Pontos também absolutamente inquietantes são os da aplicação retroactiva decorrente da inscrição das decisões anteriores à criação do registo, em total desrespeito pelos princípios constitucionais expressos no n.º 3 do artigo 18.º e n.º 3 do artigo 29.º, ambos da CRP, e n.º 1 do artigo 2.º do CP (como, aliás, recentemente o declarou, embora de um modo algo parcimonioso, atenta a abrangência da sua análise, o Acórdão n.º 354/2021, de 27 de Maio de 2021, do nosso Tribunal Constitucional),¹⁰⁷ e ainda o da imutável permanência daquela inscrição ao longo de períodos temporais que podem chegar a 20 anos após o cumprimento e extinção da pena de prisão (cfr., respectivamente, o n.º 2 do artigo 8.º, o artigo 11.º e o n.º 3 do artigo 13.º, todos do Anexo à Lei n.º 103/2015).

Por fim, a desproporcionalidade (aqui, também com a grave *desigualdade* decorrente da não aplicação de semelhante instituto aos condenados por outro tipo de criminalidade) e a falta de adequação do registo aos fins supostamente reintegradores por ele propalados são de tal forma patentes¹⁰⁸ que se nos afigura estarmos perante um claro exemplo de elevação da *vergonha*¹⁰⁹ e da *visibilidade* dos visados a instrumento de política criminal, assim nos aproximando da lógica simbólica (e inocuidadora, pelo medo da humilhação) de um *direito penal da segurança* ou até de um verdadeiro *direito penal do inimigo*.¹¹⁰

7. A visão afectiva de algum do denominado “direito penal da família”

7.1. Não é nova a questão de saber se a família, enquanto realidade institucional e relacional dotada de características específicas (nas quais

/ Sónia Fidalgo), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, pp. 955 a 959, e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português...* cit., pp. 83 a 95.

¹⁰⁷ Assim, julgou tal Acórdão inconstitucional, por violação da segunda parte do n.º 3 do artigo 29.º e das disposições conjugadas do n.º 1 do artigo 26.º, do n.º 4 do artigo 35.º, do n.º 1 do artigo 44.º e do n.º 3 do artigo 18.º, todos da nossa Lei Fundamental, «(...) a norma que resulta da conjugação do n.º 1 do artigo 2.º com o artigo 8.º do Anexo à Lei n.º 103/2015, de 24 de Agosto, no sentido de que estão sujeitos a inscrição no registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor os indivíduos condenados antes da entrada em vigor do referido regime» (podendo ver-se o texto integral do citado aresto em www.tribunalconstitucional.pt).

¹⁰⁸ Chamando INÊS HORTA PINTO a atenção para a violação, ainda por esta via, do *princípio da socialidade* enquanto obrigação estatal de promoção da socialização dos condenados, mediante a criação das condições necessárias à sua reinserção na sociedade (“O sistema de registo...” cit., p. 969).

¹⁰⁹ É também a opinião de MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição...* cit., p. 41, e, embora referidos aos registos britânico e norte-americanos (de feições ainda mais rígidas e radicais que as do nosso sistema), respectivamente, ANNE-MARIE McALINDEN, “The use of ‘shame’ with sexual offenders”, *British Journal of Criminology*, N.º 45, 2005, pp. 379 e 380, e JOSÉ PÉREZ TRIVIÑO, “Penas y vergüenza”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LIII, 2003, pp. 344 a 349 e 355 a 360.

¹¹⁰ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português...* cit., pp. 120 a 122.

avultam, desde logo, o carácter suposta e predominantemente afectivo dos vínculos existentes entre os seus membros), deverá estar à margem da intervenção penal, sobretudo como forma de “defesa por antecipação” perante a tendência, de que vimos falando, de “super-criminalização” em quase todos os domínios da acção humana.

A tese do máximo afastamento possível do direito penal da realidade familiar apoia-se, habitualmente, em uma ideia de ponderação das desvantagens que, afirma-se, suplantam largamente os eventuais benefícios.¹¹¹ E isto, em alguns casos, mesmo entendendo-se que determinadas matérias inerentes à família, pelos específicos valores envolvidos, revestem dignidade penal, embora não careçam da tutela deste ramo do direito, dada a existência de outros mecanismos, como, por exemplo, o direito (civil e indemnizatório) da família ou das crianças e jovens.¹¹²

Temos como posição de princípio a de que a família, por ser família, não reveste nenhuma aptidão especial para se subtrair à previsão penal, se, em concreto, perante os específicos contornos dos bens colocados em causa pelos comportamentos do agente, e à luz dos mencionados critérios de dignidade e carência de tutela penal, tal intervenção se justificar. A não ser assim, sob a capa de um discurso liberal e aberto de não criminalização, estariam criadas as condições para a conversão do meio familiar em um “santuário de agressão” para bens jurídicos sérios e ponderosos.¹¹³

7.2. O que vimos de dizer não impede, no entanto, que também na área do direito penal da família actue o legislador de modo injustificado.

É o que se passa com uma das modalidades típicas do crime de subtracção de menor, prevista no n.º 1-c) do artigo 249.º do CP, após a redacção conferida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro (e que ainda vigora), norma que passou a prever a conduta de quem, «de um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento».

¹¹¹ Assim, CATHY POMART-NOMDÉDÉO, “Droit penal e droit de la famille, les liaisons dangereuses”, *Droit de la Famille*, 15^e Année, N.º 9, 2010, p. 10.

¹¹² Parece-nos ser, a propósito das diversas modalidades do crime previsto no n.º 1-c) do artigo 249.º do nosso CP, a posição de MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, “A tutela penal da família e do interesse da criança. Reflexão acerca do crime de subtracção de menor e sua distinção face aos crimes de sequestro e rapto de menores”, *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 927 e 928.

¹¹³ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Novo Crime de Subtracção de Menor Previsto no Art. 249º/n.º 1-c) do Código Penal Português (Após a Lei n.º 61/2008, de 31/10): a Criminalização dos Afectos?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 166.

Como é pacífico na doutrina, trata-se de um crime de execução vinculada, essencialmente destinado a sancionar o incumprimento consubstanciado em «(...) todo o tipo de atrasos sistemáticos, de complicações de última hora, de alterações do que ficou combinado, de ausências súbitas, de mudanças de residência não comunicadas, etc. – que não constituem actos graves isoladamente considerados mas que degradam o regime» (regulador do exercício das responsabilidades parentais) «estabelecido, geram represálias, e tornam a execução do regime uma experiência traumática para os filhos (...)».¹¹⁴

A nosso ver, a opção acabada de referir justifica-se, *no seu quadro geral*, enquanto essencial expressão de um princípio básico de política criminal de protecção da família *lato sensu* e, mais importante do que isso, como forma de protecção de um bem jurídico *composto*, integrado pela necessidade de tornar incólume o exercício das responsabilidades parentais pelos seus titulares e, sobretudo, o interesse do próprio menor ligado a uma convivência familiar (ou para-familiar) próxima com o guardião e o não guardião.¹¹⁵

No entanto, na específica hipótese (também cabida no tipo) da *recusa de acolhimento* da criança ou jovem pelo titular do direito de convívio (que, assim, não exerce tal direito, transformando a relação que seria suposto manter com o primeiro em uma “não relação”), o legislador penal foi, a nosso ver, demasiadamente longe.

Porque, não estando em questão, nesta última modalidade típica, algo mais do que o “acolhimento”, no sentido do exercício de visita em relação ao menor, o agente que se demite de tal actuação não coloca propriamente um entrave ilícito ao referido exercício do seu *ius*, apenas... não o pratica. Isto é, tal atitude abstencionista não lesa o conteúdo de faculdades e poderes ínsitos ao direito de guarda do progenitor residente, podendo causar, isso sim, um eventual *dano afectivo* junto do menor.¹¹⁶

Assim, temos para nós que, sem embargo do seu carácter humanamente impressivo, não deveria o legislador ter elevado à categoria de bem jurídico-penal a realidade do *afecto* (supostamente) inerente ao normal convívio

¹¹⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, N.º 13, 2010, p. 28.

¹¹⁵ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Novo Crime de Subtracção de Menor... cit.*, pp. 155 a 159 e 165 a 169.

¹¹⁶ Evidentemente que a questão ganhará outros contornos se o agente, a par do “não acolhimento”, praticar igualmente comportamento subsumível, por exemplo, ao artigo 250º do CP (crime de violação da obrigação de alimentos). Só que, nesse eventual caso, e como percebemos, a não prestação dos alimentos devidos não se “transforma” em uma conduta de subtracção de menor, prevista no n.º 1-c) do artigo 249.º CP, devendo o agente responder pela perpetração do referido ilícito contido no artigo 250º CP.

entre o titular do direito de visita e a criança ou jovem a que aquele convívio se referiria. E não deveria o legislador ter criminalizado a dita conduta abstencionista, porquanto o afecto, enquanto realidade *a se*, não se desprende do núcleo axiológico-constitucional de um Estado como o que nos envolve, pelo menos em termos tais que possa legitimar uma incriminação assente naquela mesma conduta de abstenção.

Logo, e em conclusão, na hipótese típica que vimos considerando, a falta de dignidade penal apresenta-se-nos como relativamente óbvia, a que acresce, ainda, a existência do direito civil como meio adequado para a compensação do aludido dano afectivo.¹¹⁷

Em suma, deparemos com mais uma deriva expansionista (aqui, de cariz humanamente *afectivo*, mas nem por isso mais legítima) do direito penal, não compatível com a assunção daquele que deve constituir o seu verdadeiro papel: a protecção subsidiária de bens jurídico-penais.

8. Conclusão

8.1. Não conseguindo nós ensaiar uma resposta cabal sobre a (in) evitabilidade do confronto, nos tempos que vivemos, entre soluções supostamente atentas à segurança comunitária e os efeitos que comportam em termos de restrição injustificada de determinados bens ligados à dignidade e liberdade humanas, constataremos, pelo menos, os seguintes aspectos.

Os fenómenos de cariz expansionista que analisámos acabam por conduzir, *na prática*, a óbvios resultados de natureza securitária (de que são exemplos, por excelência, a figura típica que criminaliza o acesso a mensagens incitadoras do terrorismo e, ainda mais flagrantemente, o sistema de registo de condenados por crimes sexuais praticados contra menores), moralista (caso da incriminação do lenocínio simples) ou até afectiva quanto a um determinado modo de perspectivar o relacionamento familiar (norma relativa à específica modalidade do crime de subtracção de menor há pouco vista).

E, todavia, quase diríamos que, em termos de discurso proclamatório, os propósitos invocados pelo legislador, quer lidemos com um direito penal de natureza clássica, quer com manifestações expansionistas, são amiúde bastante semelhantes.

¹¹⁷ Sobre a possibilidade de reparação civil de situações com o referido enquadramento, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Responsabilidade civil dos pais perante os filhos”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 18, N.º 35, 2021, p. 9, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Família e responsabilidade civil: uma relação possível? Breve apontamento”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10, N.º 20, 2013, pp. 68 a 71, e ainda ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Novo Crime de Subtracção de Menor...* cit., pp. 169 a 178.

8.2. O problema essencial é, todavia, a consciência que cada vez mais de nós se apossa no sentido de que, não obstante os nobres valores de apresentação de algum do expansionismo penal, o seu conteúdo intrínseco – quer nos pressupostos de que parte, quer nos objectivos que parece pretender atingir – não é, de facto, o de um verdadeiro direito penal tendente à protecção subsidiária de bens jurídico-penais.

E, parecendo os tempos hodiernos não se dar muito mal com as referidas tendências expansionistas, é importante que o Estado de Direito saiba quando e onde deverá intervir na defesa dos limites axiológicos relativamente aos quais não poderá nunca transigir.

A bem da dignidade humana.

A inconstitucionalidade sumária do processo sumário desportivo*

José Manuel Meirim

*Professor de Direito do Desporto na Faculdade de Motricidade Humana da Universidade de Lisboa e na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa
josemeirim@gmail.com*

Resumo: O direito de audiência do arguido em processo disciplinar federativo encontra-se garantido pela locução constitucional, presente nas garantias do processo penal, como *processo sancionatório* que é, inclusive de natureza pública (artigo 32.º, n.º 10). Todavia, este ponto de partida, não obstante a sua relevância, não se pode ter por absoluto. Julga-se pertinente, pois, trazer ao debate outros direitos e valores constitucionais que podem justificar a sua relativização e ainda a natureza das questões que se encontram em apreço em processo sumário desportivo. Com efeito, um significativo número dessas questões compreende-se na expressão legal de *decisões disciplinares relativas a questões emergentes da aplicação das normas técnicas e disciplinares diretamente respeitantes à prática da própria competição desportiva*, relativamente às quais o legislador ordinário – afirmando um espaço de vínculo de justiça relativo – tem como boa a última palavra dos órgãos próprios das federações desportivas, delas não sendo possível recurso aos tribunais estatais.

Abstract: The right to a court hearing is constitutionally ensured to defendants in federative disciplinary proceedings, as these are sanctioning proceedings of a public character and thus fall under Article 32 (10) of the Constitution. However, that guarantee, albeit relevant, cannot be deemed to be absolute. It therefore seems apposite to call into debate other constitutional

* Ressalve-se a modéstia do nosso texto. Nele procuramos, acima de tudo, problematizar, de forma abrangente, e, por isso, aqui e acolá, não tão profunda como seria exigível, as recentes decisões do Tribunal Constitucional sobre a inconstitucionalidade do processo sumário desportivo por violação do artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa. Partimos da convicção que o tema mereceria mais espaço do que aquele que veio a receber, mesmo que a solução final fosse a mesma. Esperamos, pelo menos, que a recolha de elementos e as nossas reflexões possam encorajar outros a ir mais longe. Texto finalizado em 23 de outubro de 2021.

rights and values that might justify that relativisation, as well as the nature of the issues that are stake in summary sports proceedings. Indeed, disciplinary decisions will often meet the legal concept of *disciplinary decisions on issues arising from the application of technical and disciplinary norms concerning the sports competition itself*, regarding which the ordinary legislator undertakes to accept the final word of the organs of sports federations, such that it is not possible to appeal from such decisions to state courts.

Palavras chave: federação desportiva; direito disciplinar; poder de natureza pública; processo sumário; arguido; garantias de defesa; audiência.

Keywords: sports federation; disciplinary law; public authority; summary proceedings; defendant; defence guarantees; court hearing.

I – 5 minutos antes do início do jogo

1. Quem de alguma forma já contactou com as relações que se estabelecem entre o Desporto e o Direito sabe que a regulação normativa do primeiro tem dois afluentes. Um primeiro, de origem privada, fruto das organizações desportivas, desde logo as internacionais, e um público, resultado da ordem estatal e internacional pública em que o desporto necessariamente se movimenta.

Sucede, olhando terreno de jogo a terreno de jogo, que há uma família de países que “deixa” o privado jogar com relativo à vontade. Pelo contrário, um segundo grupo de países, entre os quais o nosso, aposta fortemente na produção de legislação desportiva e, mais do que isso, tornou administrativas algumas das funções das federações desportivas nacionais, representantes legítimas de outra maneira de ver o jogo, imposta pelas internacionais.

Ou seja, e colocando a bola à flor da relva, se a função disciplinar exercida pelas federações desportivas internacionais e por um significativo número de federações nacionais se movimenta numa onda privada, em Portugal, entre outros países, algo que era genuinamente privado adquiriu manifesta tonalidade pública porque o Estado assim o entende.

2. Por outro lado, neste espaço desportivo (federado), ainda fruto da apontada pluralidade de afluentes, navegam órgãos públicos e privados, exteriores ou sendo parte integrante da organização desportiva, com competência para dirimir litígios desportivos. Assim sendo, também aqui se visiona pluralidade e, em Portugal, muitos desses litígios assumem natureza administrativa, entrando em campo órgãos federativos, enquanto órgãos

administrativos (Conselho de Disciplina e Conselho de Justiça), tribunais estatais e um muito especial tribunal arbitral.

3. No plano constitucional, numa liga superior, projeta-se (e habilita-se) muito do que afirmámos até agora. Aqui, interessa-nos realçar o impacto dos direitos, liberdades e garantias no todo desportivo e a participação de um jogador qualificado, o Tribunal Constitucional.

Com efeito, e quanto ao primeiro sublinhado, sendo verdade que o desporto se encontra ancorado na lei fundamental mesmo como direito fundamental (artigo 79.º), bem auxiliado pelos artigos 64.º (Saúde)¹ e 70.º (Juventude),² não menos verdadeiro é que os lançamentos de três pontos têm sido obtidos por aquela outra panóplia de direitos.³

No que se refere ao contributo do Tribunal Constitucional para o universo desportivo, ele é bem significativo e será sempre, naturalmente, um MVP.⁴

É tempo de iniciar a partida: o poder disciplinar federativo tem, em Portugal, natureza pública e encontra-se obviamente sujeito às normas constitucionais no alcance que lhe for conferido pelo Tribunal Constitucional.

II – Um poder disciplinar público

1. A natureza pública do poder disciplinar das federações desportivas nacionais decorre intimamente do denominado estatuto de utilidade pública

¹ “2. O direito à proteção da saúde é realizado: (...) b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a proteção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável. (destacámos)”

² “1. Os jovens gozam de proteção especial para efetivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente: (...) d) Na educação física e no desporto;”

³ Ver, para a análise deste impacto, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO / ALEXANDRA PESSANHA, “Relações jurídicas jusfundamentais no âmbito do desporto profissional”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Volume I*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 357-377, JOSÉ MELO ALEXANDRINO, “Direitos, liberdades e garantias na relação desportiva”, in *O Discurso dos Direitos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 315-355 e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais e o Direito do Desporto”, in Ricardo Costa / Nuno Barbosa (coord.), *II Congresso de Direito do Desporto. Memórias, Porto, outubro de 2006*, pp. 23-41, Coimbra: Almedina, 2007.

⁴ Essa performance tem sido devidamente assinalada. Veja-se, a esse propósito, o nosso “O desporto que o Tribunal Constitucional pratica”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 14, abril-junho (2007) (saído em abril de 2009), pp. 38-58, ESPERANÇA MEALHA, “Uma temporada de jurisprudência constitucional desportiva”, in José Manuel Meirim (coord.), *O desporto que os tribunais praticam*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp.15-35, e um nosso registo de atualização em “Direito ao Desporto ou Desporto e Constituição da República?”, in Felipe Canan (org.), *Direito ao Esporte. Perspectivas nacionais e internacionais*, Curitiba: Editora CRV, 2021, pp. 33- 49.

desportiva, que entrou em campo com a primeira lei de bases do desporto em regime democrático.⁵

Esta afirmação não pretende dizer que, antes dessa lei, as federações desportivas não se encontravam já publicizadas em parte da sua atividade e que o poder disciplinar não fosse já público. Apenas se quer significar que esse especial estatuto modelou, em novos termos, tal visão estatal das federações desportivas e suas atividades.⁶

A nova resposta legal passa pela leitura conjugada dos artigos 21.º, 22.º e 27.º.⁷

Estabelece o artigo 21.º uma noção de federação desportiva, ou seja, aquilo que o Estado pretende que seja uma federação desportiva.

Aí avulta, como requisito obrigatório, que a entidade tem de obter, a concessão – por parte do Estado – do estatuto de utilidade pública desportiva (2.º).

Significa este estado de coisas que porventura uma federação desportiva até pode preencher todos os requisitos materiais que a definem, mas, não obstante, não o será para o Estado. O Estado tem a sua própria visão do que é uma federação desportiva, do que pretende de uma federação desportiva no todo do sistema desportivo.

2. Qual o conteúdo desse inovatório estatuto ou, dito por outras palavras, o que dele deriva desde logo para a federação desportiva?

O artigo 22.º, n.º 1, adianta-nos que o *estatuto de utilidade pública desportiva é o instrumento por que é atribuída a uma federação desportiva a competência para o exercício, dentro do respetivo âmbito, de poderes regulamentares, disciplinares e outros de natureza pública*.

De forma simplificada, dir-se-ia que o Estado, por via do estatuto de utilidade pública desportiva, vai manter uma boa parte da sua intervenção no desporto federado, publicizando significativa fatia do agir federativo, designadamente o seu agir disciplinar desportivo.⁸

⁵ Referimo-nos à Lei n.º 1/90, de 13 de janeiro, Lei de Bases do Sistema Desportivo.

⁶ Veja-se, de nossa autoria, a constatação dessa perenidade no olhar do Estado em “Federações desportivas e exercício de poderes de natureza pública: a assumir da fratura no sentido da manutenção da tradição”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Tribunal Constitucional, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 670-681.

⁷ Todos inseridos no capítulo III da lei (Associativismo desportivo).

⁸ Ver sobre a natureza pública do poder disciplinar, por todos, com amplas referências doutrinárias e jurisprudenciais, ANA CELESTE CARVALHO, “O poder disciplinar federativo numa década de jurisprudência dos tribunais administrativos (2002-2012)”, in José Manuel Meirim (coord.), *O desporto que os tribunais*

3. Esta modelação permanece intocável até aos nossos dias.

A construção do Decreto-Lei n.º 144/93, de 26 de abril,⁹ fruto do *indirizzo* da lei bases de 1990, vai-se manter inalterada até ao vigente regime jurídico das federações desportivas e do estatuto de utilidade pública desportiva,¹⁰ superadas as barreiras (sem obstáculos visíveis) da Lei n.º 19/96,¹¹ de 25 de junho, o Decreto-Lei n.º 111/97,¹² de 9 de maio, da Lei n.º 112/99,¹³ de 3 de agosto, da Lei n.º 30/2004,¹⁴ de 21 de julho e da Lei n.º 5/2007,¹⁵ de 16 de janeiro.

O estatuto de utilidade pública desportiva é encarado enquanto instrumento do relacionamento entre Estado e federações desportivas e ainda de publicização de núcleo de poderes federativos é, pois, uma trave mestra do nosso sistema desportivo.

III – A lei e o processo disciplinar desportivo

1. Projetando este estado de coisas legislativo, no segmento disciplinar, a história é bem mais extensa do que se possa pensar e não se inicia com era uma vez o Decreto-Lei n.º 248-B/2008, de 31 de dezembro.¹⁶

Com efeito, a função disciplinar das federações desportivas tem um percurso legislativo de dezenas de anos e que importa conhecer, pelo menos nos seus traços fundamentais, para sabermos como chegámos aqui.

1.1. Se remontarmos, ainda que de forma sumária à legislação do Estado Novo, momento inicial daquela publicização do desporto organizado e regulamentado pelas federações desportivas, é bom de ver a marca pública aí existente no domínio disciplinar.

Coube ao Decreto-Lei n.º 32 241, de 5 de setembro de 1942,¹⁷ iniciar um novo ciclo no relacionamento entre o poder público e as federações desportivas.

praticam, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp.459-482.

⁹ Estabelece o regime jurídico das federações desportivas.

¹⁰ Constante do Decreto-Lei n.º 248-B/2008, de 31 de dezembro.

¹¹ Operou a revisão da Lei de Bases do Sistema Desportivo.

¹² Altera o Decreto-Lei n.º 144/93, de 26 de abril (estabelece o regime jurídico das federações desportivas dotadas do estatuto de utilidade pública desportiva).

¹³ Aprova o regime disciplinar das federações desportivas.

¹⁴ Lei de Bases do Desporto.

¹⁵ Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto.

¹⁶ Abreviaremos, na sua versão originária, por RJFD2008. Objeto de reforma operada pelo Decreto-Lei n.º 93/2014, com texto consolidado à época em anexo, iremos referir essa versão por RJFD2014.

¹⁷ O seu artigo 15.º foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 45 750, de 3 de junho de 1964. O diploma sofreu ainda alterações ditas pelo Decreto-Lei n.º 47 744, de 2 de junho de 1967.

Esse diploma legal, que veio reorganizar alguns serviços do Ministério da Educação Nacional, dedica um espaço significativo à área desportiva e cria a *Direcção-Geral da Educação Física, Desportos e Saúde Escolar*.

No seu artigo 9.º a essa direcção geral é conferida competência para conhecer, diretamente ou em recurso, de todas as questões relativas à disciplina do desporto, ou elas surjam entre desportistas, ou entre organizações desportivas, ou entre uns e outras (9.º). Por outro lado, o artigo 10.º vem estipular a competência para exercer a autoridade disciplinar sobre os desportistas, sobre as organizações desportivas, assim como sobre os técnicos e fiscais com poderes de consulta ou decisão.

1.2. No seguimento deste diploma, regulamentando-o, o Decreto n.º 32 946, de 3 de agosto, dedica-lhe todo um espaço bem significativo (artigos 74.º a 91.º).

Para termos real noção de que, porventura, pouco se alterou em termos de matérias previstas na atualidade, dê-se sumária conta do conteúdo deste segmento normativo dedicado à disciplina desportiva.

Assim sendo, temos o seguinte quadro:

- Noção de infração disciplinar (corpo do artigo 74.º): considera-se infração disciplinar o ato praticado voluntariamente pelos desportistas ou pelos organismos desportivos, com violação dos deveres regulamentares;¹⁸
- A previsão da suspensão da pena, mas apenas por decisão da Direcção Geral (artigo 75.º);
- Estabelecimento de um elenco de penas aplicáveis aos desportistas e organismos desportivos (artigo 76.º);¹⁹
- Definição da competência disciplinar consoante a pena a aplicar (artigo 80.º);²⁰
- Garantia de recurso da decisão que aplicar as penas previstas n.ºs 3 e seguintes (artigo 80.º, § 1.º);

¹⁸ Nos termos do § 1.º os clubes podem ser responsabilizados pelas infrações disciplinares cometidas nos recintos desportivos pelos seus adeptos. Por outro lado, de acordo com o § 2.º, as penalidades aplicadas aos organismos desportivos podem abranger os seus filiados.

¹⁹ 1.º Advertência, 2.º Repreensão verbal ou por escrito, 3.º Multa até 5.000\$, 4.º Suspensão de atividade até um ano, 5.º Suspensão de atividade de um a três anos e 6.º Irradiação ou dissolução. De acordo com o artigo 78.º a pena de multa importa para o infrator a suspensão do exercício da sua atividade desportiva até pagamento integral.

²⁰ Neste âmbito, há a salientar que a competência disciplinar sobre os desportistas, juizes, árbitros ou fiscais pertencem à Direcção-Geral da Educação Física, Desportos e Saúde Escolar e aos vários elementos das hierarquias desportivas. Esta competência disciplinar, quando exercida sobre os organismos desportivos, pertence à Direcção-Geral e aos órgãos superiores da respetiva hierarquia (artigo 81.º). A competência do superior abrange sempre a do inferior (artigo 83.º).

- Garantia de recurso para o Ministro, com efeito devolutivo, no caso das decisões que apliquem penas dos n.ºs 5 e 6; da decisão ministerial não há recurso (artigo 82.º);²¹
- Competência excludente da Direcção Geral (artigo 80.º, § 2.º);²²
- Definição do âmbito objetivo da aplicação das penas (artigos 86.º a 87.º);²³
- Possibilidade de interdição temporária de locais de desporto (artigo 88.º);
- Previsão de processo especial para o não respeito, durante as competições, das decisões de agentes de arbitragem (artigo 89.º);²⁴
- As penalidades por faltas cometidas em campo serão, em regra, aplicadas em face de boletins (artigo 90.º);²⁵
- Informalidade no processo (artigo 91.º).²⁶

Recolhe-se neste panorama, com facilidade, o passado do nosso quadro disciplinar vigente, com apelo, por exemplo, aos relatórios dos árbitros, às “faltas cometidas em campo”, etc., tudo a fazer lembrar conceitos hoje porventura mais apurados, mas que têm aqui o seu referencial de germinação.

²¹ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo, Volume I*, Coimbra: Almedina, 1980, p. 396, nota 1, tem por inconstitucional, face ao n.º 2, do artigo 269.º, da Constituição Portuguesa, o disposto no artigo 82.º, § único, do Decreto n.º 32 946, o qual dispunha que da decisão do Ministro não cabia recurso. Curiosamente, no quadro constitucional anterior, essa norma tinha sido objeto de pronúncia do STA, seu Ac. de 2 de dezembro de 1966, Recurso n.º 7 041, publicado nos *ADSTA*, ano VI, março de 1967, n.º 63, pp. 316-318. A DGEFDSE tinha restringido a apreciação disciplinar de determinados factos primitivamente apurados pela Federação Portuguesa de Columbofilia, reduzindo a pena aplicada em concreto por este organismo desportivo a um seu associado (de irradiação para 2 anos de suspensão). Inconformada, a federação desportiva interpôs recurso hierárquico para o Subsecretário de Estado da Juventude e Desportos, tendo visto desatendida a sua pretensão. Recorreu então contenciosamente desse ato governamental, aí invocando a inconstitucionalidade do § único do artigo 82.º, entendendo violado o artigo 8.º, n.º 10, da Constituição. Tal preceito constitucional dispunha que constituía um dos direitos, liberdades e garantias individuais dos cidadãos portugueses, haver instrução contraditória, dando-se aos arguidos, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa. No entender do STA esse direito de defesa encontrava-se garantido, no âmbito da *disciplina desportiva*, não só pela obrigação da sua audiência, mas também pela existência de um recurso hierárquico em dois graus.

²² A aplicação de uma pena pela Direcção Geral ou comunicação de que foi por ela mandado instaurar processo disciplinar fazia cessar a competência disciplinar de todos os órgãos da hierarquia desportiva.

²³ Por exemplo, as penas dos n.ºs 1 e 2 do artigo 76.º são aplicáveis por faltas leves. Outro exemplo: as penas dos n.ºs 4 e 5 do mesmo artigo 76.º, são aplicadas, entre outras situações, ao não acatamento das leis do jogo e normas gerais de correção desportiva [artigo 86.º, alínea a)].

²⁴ As decisões dos agentes de arbitragem só poderiam ser reparadas depois de finda a competição, mediante processo regular, a ser julgado dentro do prazo máximo de oito dias.

²⁵ Da autoria dos júris, juizes ou árbitros e dos relatórios dos delegados ou outros representantes da hierarquia desportiva ou da Direcção Geral. Quando insuficientes para decidir, será ordenado inquérito. As federações e associações remetem à Direcção Geral os boletins e relatórios dos júris, juizes, árbitros e dos seus delegados em competições oficiais, juntamente com cópia dos despachos que aplicarem castigos.

²⁶ A aplicação das penas não depende de forma particular do processo.

2. Foi na era da modernidade da legislação relativa à organização, regulamentação e disciplina do desporto, no caso preciso, das competições desportivas organizadas sob a égide – primária ou delegada – de uma federação titular do estatuto de utilidade pública desportiva, que se desenhou um modelo de obtenção de decisões disciplinares.

Com efeito, coube ao Decreto-Lei n.º 144/93 de 26 de abril,²⁷ que veio estabelecer o primeiro regime jurídico das federações desportivas e do estatuto de utilidade pública desportiva, após a primeira lei de bases do desporto (Lei n.º 1/90 de 13 de janeiro – Lei de Bases do Sistema Desportivo), estabelecer as traves mestras do regime disciplinar desportivo.

Assim, dispunha o artigo 22.º (Regime disciplinar):

1. No âmbito desportivo, o poder disciplinar das federações dotadas de utilidade pública desportiva exerce-se sobre os clubes, dirigentes, praticantes, treinadores, técnicos, árbitros, juizes e, em geral, sobre todos os agentes desportivos que, encontrando-se nelas filiados, desenvolvam a atividade desportiva compreendida no seu objeto estatutário, nos termos do respetivo regime disciplinar.

2. O regime disciplinar deve prever, designadamente, as seguintes matérias:

- a) Graduação das infrações como leves, graves e muito graves e determinação das correspondentes sanções;
- b) Sujeição aos princípios da igualdade, irretroatividade e proporcionalidade da aplicação de sanções;
- c) Exclusão das penas de irradiação ou de duração indeterminada;
- d) Enumeração das causas ou circunstâncias que eximam, atenuem ou agravem a responsabilidade do infrator, bem como os requisitos da extinção desta;
- e) Exigência de processo disciplinar, para a aplicação de sanções, quando estejam em causa infrações qualificadas como muito graves e, em qualquer caso, quando a sanção a aplicar determine a suspensão de atividade por período superior a um mês;
- f) Consagração das garantias de defesa do arguido, designadamente exigindo que a acusação seja suficientemente esclarecedora dos factos determinantes do exercício do poder disciplinar e estabelecendo a obrigatoriedade de audiência do arguido nos casos em que seja necessária a instauração de processo disciplinar;

²⁷ Retificado nos termos da Declaração de Retificação n.º 129/93, publicada no *DR*, I-A, supl., n.º 178, de 31.07.93 e alterado pelo Decreto-Lei n.º 111/97, de 9 de maio, pela Lei n.º 112/99, de 3 de agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 303/99, de 6 de agosto e revogado pelo artigo 66.º do Decreto-Lei n.º 248-B/2008, de 31 de dezembro.

g) Garantia de recurso, seja ou não obrigatória a instauração de processo disciplinar.

3. Se a infração revestir carácter contraordenacional ou criminal, o órgão disciplinar competente deve dar conhecimento do facto às entidades competentes.

Para o que agora interessa [alíneas e), f) e g)], registre-se que a lei prevê situações em que não é obrigatória a instauração de procedimento disciplinar, particularmente quando estejam em causa infrações em que a sanção a aplicar não determine a suspensão de atividade por período superior a um mês. Nessas situações não há lugar ou pelo menos a lei não entende obrigatória a audiência do arguido.

Mas, mesmo para esses casos de não obrigatoriedade de instauração de processo disciplinar, mantém-se a garantia de recurso da decisão sancionatória.

As normas têm claramente em mente infrações leves e outras em que, na medida concreta da pena, seja aplicada sanção menos gravosa. Isto é, consciente das idiosincrasias das competições desportivas, da diversidade das infrações e do peso daquelas cometidas “em campo” – na lógica do diploma de 1942 –, o legislador elabora um modelo a dois tempos: um, o do processo disciplinar, com todas as garantias de defesa e ainda passível de recurso e outro, mais célere, sem tais garantias, mas mantendo a garantia de recurso.

Dessa forma, entendeu o legislador de 1993 que se encontrava um equilíbrio entre a defesa do arguido disciplinar desportivo e os interesses próprios das competições, entre esses o da celeridade e eficácia de algumas decisões disciplinares, em universo de menor gravidade, mas com repercussões muito imediatas, no desenrolar das competições.

3. Esta norma veio a ser revogada expressamente pelo artigo 13.º da Lei n.º 112/99, de 3 de agosto, a qual aprovou o regime disciplinar das federações desportivas.

No seu artigo 2.º – princípios gerais –, impõe-se a tipificação das infrações como leves, graves e muito graves e determinação das correspondentes sanções [alínea a)].

As suas alíneas e), f) e g), contudo, mantêm intocáveis as soluções que vinham de 1993.

4. Segue-se, neste périplo, o RJFD2008.

E aqui, o artigo 53.º, sobre os princípios gerais do regime disciplinar, mantém, uma vez mais o passado [alíneas e), f) e g)].²⁸

Todavia, convém destacar, para compreender melhor o que se vai de seguida passar, a projeção das competências do Conselho de Disciplina e do Conselho de Justiça das federações desportivas.

Assim, o artigo 43.º, n.º 1, estabelece que ao Conselho de Disciplina cabe, sem prejuízo de outras competências atribuídas pelos estatutos, apreciar e punir, de acordo com a lei e com os regulamentos, as infrações disciplinares em matéria desportiva.

Por sua vez, ao Conselho de Justiça, para além de outras competências que lhe sejam atribuídas pelos estatutos, cabe conhecer dos recursos das decisões disciplinares em matéria desportiva (artigo 44.º, n.º 1).

Temos assim, um sistema de justiça endógeno, dotado de um segundo grau de apreciação de todas as decisões disciplinares, independentemente do tipo de infração e da medida da sanção aplicada.

5. Uma vez chegados ao RJFD2014 vamos assistir a algumas importantes modificações ao modelo disciplinar, sem que, contudo, se abale o essencial sobre a instauração ou não de processos disciplinares, audiência do arguido e garantia de recurso.

Estabelece o artigo 53.º (Princípios gerais):

O regime disciplinar deve prever, designadamente, as seguintes matérias:

- a) Sujeição dos agentes desportivos a deveres gerais e especiais de conduta que tutelem, designadamente, os valores da ética desportiva e da transparência e verdade das competições desportivas, com o estabelecimento de sanções determinadas pela gravidade da sua violação;
- b) Observância dos princípios da igualdade, irretroatividade e proporcionalidade na aplicação de sanções;
- c) Exclusão das penas de irradiação ou de duração indeterminada;
- d) Enumeração das causas ou circunstâncias que eximam, atenuem ou agravem a responsabilidade do infrator, bem como os requisitos da extinção desta;
- e) *Exigência de processo disciplinar para a aplicação de sanções quando estejam em causa as infrações mais graves e, em qualquer caso, quando a sanção a aplicar determine a suspensão de atividade por um período superior a um mês;*

²⁸ Não curamos agora de saber, até por desnecessidade prática, se este diploma operou uma revogação global ou tácita das normas disciplinares patentes na lei anterior.

f) *Consagração das garantias de defesa do arguido, designadamente exigindo que a acusação seja suficientemente esclarecedora dos factos determinantes do exercício do poder disciplinar e estabelecendo a obrigatoriedade de audiência do arguido nos casos em que seja necessária a instauração de processo disciplinar;*

g) *Garantia de recurso para o conselho de justiça, seja ou não obrigatória a instauração de processo disciplinar, quando estejam em causa decisões disciplinares relativas a questões emergentes da aplicação das normas técnicas e disciplinares diretamente respeitantes à prática da própria competição desportiva. (nosso itálico).*

Se bem atentarmos não se registam novidades de monta quanto à não exigência legal de instauração de processos disciplinares em casos contados e consequente ausência de audiência do arguido.

Onde nos deparamos com reais novidades é no âmbito das questões objeto de recurso.

É que, nos termos da alínea g), mantendo-se a regra da irrelevância da instauração ou não de processo disciplinar, para a garantia de recurso, prevê-se agora que tal recurso é para o Conselho de Justiça *quando estejam em causa decisões disciplinares relativas a questões emergentes da aplicação das normas técnicas e disciplinares diretamente respeitantes à prática da própria competição desportiva.*

Esta deriva faz parte de uma construção dual dos recursos das decisões disciplinares federativas, com sustento nos artigos 43.º, n.º 1, e 44.º, n.º 1, deste RJFD2014 e na LTAD.²⁹

Dispõe o primeiro dos artigos mencionados que ao Conselho de Disciplina cabe, de acordo com a lei e com os regulamentos e sem prejuízo de outras competências atribuídas pelos estatutos e das competências da liga profissional, instaurar e arquivar procedimentos disciplinares e, colegialmente, apreciar e punir as infrações disciplinares em matéria desportiva. Por seu turno, de acordo com a segunda disposição que referimos, para além de outras competências que lhe sejam atribuídas pelos estatutos, *cabe ao conselho de justiça conhecer dos recursos das decisões disciplinares relativas a questões emergentes da aplicação das normas técnicas e disciplinares diretamente respeitantes à prática da própria competição desportiva.*

6. Como que fechando a construção deste sistema a LTAD, vem no seu artigo 4.º, n.º 3, determinar que o acesso ao TAD só é admissível em

²⁹ Cf. a Lei n.º 74/2013 de 6 de setembro (Cria o Tribunal Arbitral do Desporto e aprova a respetiva lei) e a Lei n.º 33/2014 de 16 de junho (Primeira alteração à Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro, que cria o Tribunal Arbitral do Desporto e aprova a respetiva lei).

via recurso de: a) Deliberações do órgão de disciplina ou decisões do órgão de justiça das federações desportivas, neste último caso quando proferidas em recurso de deliberações de outro órgão federativo que não o órgão de disciplina; b) Decisões finais de órgãos de ligas profissionais e de outras entidades desportivas.

Mas, verdadeiramente significativa, em termos de competência do TAD (do Estado?) é o disposto no n.º 6 deste artigo:

É excluída da jurisdição do TAD, não sendo assim suscetível designadamente do recurso referido no n.º 3, a resolução de questões emergentes da aplicação das normas técnicas e disciplinares diretamente respeitantes à prática da própria competição desportiva.

Essas “questões” são assim da competência do Conselho de Justiça, o mesmo é dizer quedam-se, em definitivo, por respostas internas federativas.

IV – Pausa técnica

Por ora, surgem-nos permitidas as seguintes proposições, a partir da construção legal, quase que se diria tradicional na configuração do procedimento disciplinar desportivo.

Em primeiro lugar, a lei só exige processo disciplinar para determinadas situações infracionais, deixando sem exigência de processo muitas infrações balizadas essencialmente pela medida da pena.³⁰

Em segundo lugar, mesmo para estas situações, a lei garante recurso dessas decisões.

Em terceiro lugar, intimamente relacionada com as anteriores, existem determinadas matérias que o Estado admite não terem dignidade de controlo jurisdicional ou se se quiser, entende ser suficiente, numa ponderação de interesses (incluindo o da autonomia dos entes federativos), que a resolução de questões emergentes da aplicação das normas técnicas e disciplinares diretamente respeitantes à prática da própria competição desportiva, seja da exclusiva competência das entidades desportivas em apreço.

Por último, não é difícil conceber que se encontram nestas matérias uma multiplicidade de infrações disciplinares para as quais a lei não exige um procedimento disciplinar.

³⁰ Dê-se conta que existem regulamentos disciplinares que funcionam neste parâmetro, isto é, em que não existe referência ao processo disciplinar aquando dessas infrações “mais leves”. Por outro lado, outros existem em que para essas infrações se constrói uma resposta sem audiência do arguido.

V – Um jogador provindo da “janela” constitucional

1. O artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa versa sobre as garantias de processo criminal. Contudo, o seu n.º 10 dispõe do seguinte modo:

Nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa. Este *texto de extensão* foi alcançado por etapas.

Em primeiro lugar, o artigo 18.º da Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho (Segunda Revisão da Constituição), aditou ao artigo 32.º, um novo n.º 8:

Nos processos por contra-ordenação são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.

Mais tarde, o artigo 15.º, n.º 5, da Lei Constitucional n.º 1/97 de 20 de setembro (Quarta Revisão Constitucional), incidiu também sobre o n.º 10,³¹ aditando a expressão “bem como em quaisquer processos sancionatórios” entre “contraordenação” e “são assegurados”.³²

2. Como se depreende com facilidade a extensão destas garantias de processo criminal, começou por ser, ao nível constitucional, somente isso, projetando-se nesse processo. Todavia, perante outros segmentos sancionatórios, desde logo, públicos, foi-se alargando esse espaço de garantias, primeiro aos processos contraordenacionais e, por último, a “quaisquer processos sancionatórios”.³³

Este terceiro elemento, por mais indefinido do que os outros – processo criminal e contraordenacional – obrigou a uma leitura de mais espaço para aquilatar da sua abrangência. De todo modo, vista agora à distância, tal aproximação surge mais facilitada do que pareceria.

³¹ “Os n.ºs 6 e 7 do mesmo artigo passam a n.ºs 8 e 9, respetivamente (n.º 4).”

³² De relevante interesse para a análise da norma são os trabalhos parlamentares que se iniciaram com a apresentação de uma proposta de um novo artigo 32.º-B, pelo PCP: “Nos processos disciplinares e demais processos sancionatórios são asseguradas ao arguido todas as garantias do processo criminal, designadamente as de audiência, defesa e produção de prova”. Ver *Diário da Assembleia da República*, 12 de setembro de 1996, II Série-RC, n.º 20, VII Legislatura, 1.ª Sessão legislativa (1995-1996, IV Revisão Constitucional, Comissão Eventual Para a Revisão Constitucional, Reunião do dia 11 de setembro de 1996, pp. 72-77). Provinda da CERC veio, a final, a ser aprovada, por unanimidade, a nova redação do n.º 10 do artigo 32.º Cf. *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 95, de 17 de julho de 1997, VII legislatura, 2ª sessão legislativa (1996-1997), reunião plenária de 16 de julho de 1997, p. 64.

³³ Todavia não se olvide que na versão originária da lei fundamental, em sede de regime da função pública, o artigo 270.º, n.º 3, já dispunha que em processo disciplinar são garantidas ao arguido a sua audiência e defesa. Essas garantias, constam hoje do artigo 269.º, n.º 3.

2.1. Desde logo os anotadores coincidiram no essencial do comando constitucional em causa. Assim, Germano Marques da Silva³⁴ adianta-nos que este n.º 10 “garante aos arguidos em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência e defesa. Significa ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contra-ordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra natureza, sem que o arguido seja previamente ouvido e possa defender-se das imputações que lhe são feitas”.

Esta leitura abrangente – incluindo a natureza pública ou privada – é recolhida por J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira,³⁵ para quem estamos perante uma simples irradiação para o domínio sancionatório de requisitos constitutivos do Estado de direito democrático. Sendo evidente, para os autores, que o preceito só tem em conta tipos sancionatórios de natureza pública, não deixam de afirmar que o direito de audiência e de defesa deve considerar-se inerente a todos os procedimentos sancionatórios, incluindo os de natureza privada (disciplina laboral, disciplina das organizações coletivas, etc.), como regra inerente à ordem jurídica de um Estado de direito.³⁶

2.2. Já José de Faria Costa, assumindo naturalmente a valência do artigo 32.º, n.º 10, para quaisquer processos sancionatórios,³⁷ não deixa de, numa visão mais geral, afirmar que esta forte garantia – “pedra de toque dos regimes democráticos” – não se pode ter como valor único e absoluto, podendo “ceder” em face de outros valores “que entram na liça axiológica que envolve uma determinada situação histórica.

Por sua vez, Diogo Freitas do Amaral,³⁸ referindo os princípios gerais que limitam o poder sancionatório da Administração, dando eco ao da audiência previa do arguido, antes da decisão final, não deixa de dizer que se trata de princípio que vigora quanto a todos os casos de processos sancionatórios, exceto quanto às situações onde não pode haver procedimento administrativo.³⁹

³⁴ Ver JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 363.

³⁵ Cf. *Constituição da República Portuguesa* anotada, Volume I, 4ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 506

³⁶ Ver ainda sobre a norma em apreço, ALBERTO AUGUSTO OLIVEIRA / ALBERTO ESTEVES REMÉDIO, “Sobre o Direito Disciplinar da Função Pública”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 640 e, bem mais recente, VASCO CAVALEIRO, *O poder disciplinar e as garantias de defesa do trabalhador em funções públicas*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 70-71.

³⁷ Cf. *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2017, p. 69.

³⁸ Cf. “O poder sancionatório da Administração Pública”, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Volume I, Coimbra: Almedina, 2008, p. 232.

³⁹ O autor menciona, a título de exemplo, a expulsão da aula de um aluno por parte de um professor, a captura

2.3. Uma última menção, agora ao afirmado por Henrique Rodrigues,⁴⁰ já numa aproximação mais específica, no caso às normas do Regulamento Disciplinar da Liga à altura vigentes, que não se afastavam das que agora forma constitucionalmente sindicadas.

O autor começa por frisar que a celeridade nos procedimentos é uma preocupação facilmente constatável ao longo desse regulamento e que no processo sumário (artigo 259.º, n.º 1) não é concedido direito de audiência prévia ao arguido. Isto ocorre, afirma, por existir flagrante delito, que para estes efeitos se traduz na perceção direta e clara de que aquele agente cometeu uma infração (artigo 258.º, n.º 2) ou baseado nos relatórios dos árbitros, da polícia ou do delegado (do organizador da competição).⁴¹

Daqui decorre, em sua opinião, que consoante o tipo de infração há uma diferente proteção que se expressa ao nível das garantias de defesa mais básicas. Tal só teria explicação “quando se tratasse de violações às leis do jogo, o que não acontece sempre”.⁴²

Conclui que, por outro lado, “faz sentido que o regulamento não consigne garantias de defesa com tanta amplitude. É necessária uma celeridade especial quanto às questões desportivas devido ao calendário definido das competições; há uma menor dignidade material da maior parte dos valores e interesses protegidos pelas infrações, as sanções não restringem significativamente direitos fundamentais; a CRP não se refere diretamente a seu respeito, apenas existindo uma extensão a ser interpretada com grão salis no número 10 do artigo 32.º”.⁴³

VI – Uma norma julgada inconstitucional

Salvo o disposto no presente Regulamento quanto ao processo sumário, a aplicação de qualquer sanção disciplinar é sempre precedida da faculdade de exercício do direito de audiência pelo arguido através da instauração do correspondente procedimento disciplinar.

de animais vadios, o reboque de um automóvel e a aplicação *in loco*, por agente de força de segurança pública de coima derivada de infração ao Código da Estrada. *Idem*, p. 218.

⁴⁰ Cf. “As garantias de defesa no processo disciplinar desportivo: algumas notas”, *Desporto & Direito*, *Revista Jurídica do Desporto*, Ano XI, setembro/dezembro (2013), n.º 31, pp. 71-93.

⁴¹ Cf. p. 88.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Artigo 214.º do Regulamento Disciplinar das Competições Organizadas pela Liga de Portugal.

1. Coube ao Acórdão n.º 594/2020⁴⁴ iniciar a saga da inconstitucionalidade dos processos sumários tramitados de acordo com o Regulamento Disciplinar da Liga Portuguesa de Futebol Profissional.⁴⁵

Em causa encontrava-se uma decisão disciplinar, de 28 de novembro de 2017, da Secção Profissional do Conselho de Disciplina da Federação Portuguesa de Futebol.

Tal decisão condenou uma sociedade desportiva pela prática de infração de comportamento incorreto do público, prevista e punida pelo artigo 187.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento Disciplinar das Competições Organizadas pela Liga Portuguesa de Futebol Profissional, na multa de € 1.148,00, em virtude de os seus adeptos terem entoado cânticos insultuosos, arremessando objeto para dentro do campo e perturbando a função do árbitro com projeção de um laser. Por acórdão de 4 de fevereiro de 2019, o Tribunal Arbitral do Desporto, julgando improcedente o recurso, manteve a decisão recorrida.

Inconformada, a sociedade desportiva recorreu para o Tribunal Central Administrativo Sul, que, por acórdão de 10 de dezembro de 2019, decidiu revogar o acórdão proferido pelo Tribunal Arbitral do Desporto e declarar a nulidade da deliberação, proferida em 28 de novembro de 2017, pelo Conselho de Disciplina da Federação Portuguesa de Futebol.

Desta decisão, o Ministério Público interpôs recurso para o Tribunal Constitucional, ao abrigo do disposto no artigo 70.º, n.º 1, alínea a), da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de novembro), pretendendo ver apreciada a “conformidade constitucional do disposto no artigo 214.º do Regulamento Disciplinar das Competições Organizadas pela Liga de Portugal, da Liga Portuguesa de Futebol Profissional, *na parte em que suprime a audiência do arguido em momento anterior ao da edição do respetivo ato punitivo*” e, bem assim, da “*norma plasmada no artigo 13.º, alínea f), do citado Regulamento Disciplinar das Competições Organizadas pela*

⁴⁴ De 10 de novembro de 2020 (Processo n.º 49/2020, 1.ª Secção), relatado pela Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros.

⁴⁵ Esta intervenção do Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, tem por detrás outros juízos de inconstitucionalidade dessa norma, uns alcançados logo pelo Tribunal Arbitral do Desporto e outros pelo Tribunal Central Administrativo Sul. Vejam-se, como exemplos, as decisões do TAD nos processos 3/2020, de 3 de novembro de 2020 e 3/2021, de 10 de abril de 2021, ambos os colégios presididos por Pedro Moniz Lopes, os acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul proferidos nos processos n.ºs 13/20.6BCLSB, de 30 de abril de 2020, relatado pelo desembargador Pedro Nuno Figueiredo e 114/20.0BCLSB, de 21 de janeiro de 2021, relatado pela desembargadora Catarina Vasconcelos. Veja-se ainda o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, negando revista com base na decisão do Tribunal Constitucional (processo n.º 049/19.0BCLSB, de 8 de abril de 2021).

Liga de Portugal na medida em que contém uma presunção inilidível da veracidade dos factos constantes dos relatórios dos árbitros e do delegado da Liga” (destacámos).

2. Delimitando o objeto do recurso, o Tribunal considerou que, “atendendo à letra do preceito em causa, a questão de constitucionalidade prende-se com o facto de o artigo 214.º do RD-LPF, ao estabelecer a regra da audiência do arguido antes da aplicação de qualquer sanção disciplinar, excepcionar o regime previsto no mesmo Regulamento relativo ao processo sumário, consagrado nos artigos 257.º a 262.º, onde não se prevê essa necessidade. A norma objeto da primeira questão de constitucionalidade é, portanto, a possibilidade de aplicar uma sanção disciplinar no âmbito do processo sumário sem que esta seja precedida da faculdade de exercício do direito de audiência pelo arguido, extraível do artigo 214.º do RD-LPF.”

Por outro lado, quanto à segunda questão de constitucionalidade que surge no recurso, abreviando caminho, o Tribunal entende que “o resultado da apreciação da conformidade constitucional da segunda norma estará, portanto, necessariamente dependente da apreciação da primeira. Uma apreciação positiva de inconstitucionalidade da primeira torna a segunda norma insubsistente, prejudicando, nessa medida, a utilidade da apreciação da sua conformidade com a Constituição”.

3. Quanto ao mérito, na primeira questão de constitucionalidade, o Tribunal apressa-se a aderir à conclusão alcançada pelo Tribunal Central Administrativo Sul.⁴⁶

Eis algumas das suas asserções essenciais:

a) A República Portuguesa, enquanto Estado Democrático de Direito, garante a existência de um processo disciplinar justo. Sendo um instrumento para apurar e punir infrações disciplinares, o processo disciplinar apresenta relações com o Direito Processual Penal, designadamente na medida em que se encontra

⁴⁶ “Em conformidade com a interpretação que fez do artigo 214.º do RD-LPF, o Tribunal Central Administrativo Sul, verificando que a recorrente A., SAD, fora punida sem que pudesse apresentar qualquer defesa na qualidade de arguido no processo disciplinar sumário que contra si foi instaurado, recusou a aplicação daquela norma na parte em que suprime a audiência do arguido em momento anterior ao da edição do ato punitivo, por violação dos direitos fundamentais de audiência e de defesa assegurados pelos artigos 32.º, n.º 10, e 269.º, n.º 3, da Constituição. A ressalva constante da *parte* inicial deste preceito foi interpretada pelo tribunal *a quo*, «atenta a sistematicidade e a teleologia subjacente», no sentido de a garantia da audiência do arguido em momento prévio à tomada da decisão sancionatória se encontrar expressamente arredada da forma sumária do procedimento disciplinar. Mais se considerou, na decisão recorrida, que «a própria tramitação do processo sumário, descrita nos arts. 257.º a 262.º do RD, não comporta, nem permite acomodar qualquer momento em que o arguido, previamente à edição da decisão sancionatória, possa exercer o seu direito de defesa» (cf. pp. 14 a 16 do acórdão recorrido).”

também necessariamente subordinado a princípios e regras que assegurem os direitos de defesa.

b) A Constituição assume aquela relação, no artigo 32.º, sob a epígrafe “garantias do processo penal”, ao assegurar, no n.º 10, as garantias do direito de audiência e defesa nos processos contraordenacionais e em “quaisquer processos sancionatórios”.

c) Em suma, e como se reconhece no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição, os direitos de audiência – de ser efetivamente ouvido antes do decretamento da sanção –, e defesa – de apresentar a sua versão dos factos, juntar meios de prova e requerer a realização de diligências – constituem uma dimensão essencial tanto do processo criminal como dos processos de contraordenação como, finalmente, também de todos os processos sancionatórios. No caso dos processos sancionatórios disciplinares no contexto da função pública, a essencialidade dos referidos direitos de audiência e de defesa é reforçada ainda pelo artigo 269.º, n.º 3, da Constituição. O sentido útil desta “explicitação constitucional do direito de audiência e de defesa é o de se dever considerar a falta de audiência do arguido ou a omissão de formalidades essenciais à defesa como implicando a ofensa do conteúdo essencial do direito fundamental de defesa” (cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4.ª ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 841).

d) Exigindo o n.º 10 do artigo 32.º da Constituição que o arguido nos processos sancionatórios não-penais ali referidos seja previamente ouvido e possa defender-se das imputações que lhe sejam feitas, apresentando meios de prova, requerendo a realização de diligências com vista ao apuramento da verdade dos factos e alegando as suas razões, imperioso será concluir que uma norma que permita a aplicação de qualquer tipo de sanção disciplinar sem que o arguido seja previamente ouvido e possa defender-se das imputações que lhe são feitas se apresenta necessariamente como violadora da Constituição.

e) O processo sumário regulado no RD-LPF é um processo disciplinar. Visa punir o ilícito disciplinar com uma sanção disciplinar, tendo, portanto, natureza sancionatória. Nessa medida, encontra-se abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 10 do artigo 32.º da Constituição. Sendo assim, inequívoco se afigura que a norma do referido Regulamento, que suprime o direito de audiência no âmbito do processo disciplinar sumário, contraria flagrantemente o disposto no artigo 32.º, n.º 10 da Constituição.⁴⁷

⁴⁷ “Constituindo o sentido útil da explicitação constitucional do direito de audiência e defesa constante do artigo 32.º, n.º 10, da Lei Fundamental, o de se dever considerar a falta de audiência do arguido como

Assim sendo, em face do exposto, “conclui-se pela inconstitucionalidade material da norma que estabelece a possibilidade de aplicar uma sanção disciplinar no âmbito do processo sumário sem que esta seja precedida da faculdade de exercício do direito de audiência pelo arguido, extraível do artigo 214.º do RD-LPF, por violação do direito de audiência e defesa plasmado no n.º 10 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa”.⁴⁸

4. Alcançada esta rota constitucional, o Tribunal dela se não afastou nos acórdãos n.ºs 742/2020,⁴⁹ 177/2021⁵⁰ e 302/2021,⁵¹ bem como nas Decisões sumárias n.ºs 58/2021,⁵² 420/2021⁵³ e 457/2021.⁵⁴

Mas também o Acórdão n.º 560/2021 prossegue a marcha,⁵⁵ que merece aqui espaço pois pela primeira vez o Tribunal Constitucional vê-se perante argumentos – apresentados pela reclamante⁵⁶ – favoráveis a um juízo de conformidade com a lei fundamental.

Compreende-se que o destaque se circunscreva a esse aspeto.

implicando a ofensa do conteúdo essencial do direito fundamental de defesa num processo disciplinar, de uma tal omissão não pode deixar de resultar a nulidade do procedimento disciplinar em causa. E, sendo assim, impõe-se o regresso dos autos à fase do procedimento disciplinar, de forma a assegurar a audiência do arguido. Foi, de resto, também esse o resultado decisório a que chegou o tribunal *a quo*, designadamente ao declarar a nulidade da deliberação do Conselho de Disciplina da Federação Portuguesa de Futebol que confirmou a decisão singular do Conselho de Disciplina de aplicação de uma multa à Recorrente. Um resultado decisório que resulta desde logo confirmado pela inconstitucionalidade da norma que estabelecia a possibilidade de aplicar uma sanção disciplinar no âmbito do processo sumário sem que esta seja precedida da faculdade de exercício do direito de audiência pelo arguido, extraível do artigo 214.º do RD-LPF a que acima se chegou.”

⁴⁸ No seguimento desta decisão publicámos no *Público* quatro textos de opinião em que, não discordando dela, perante a forma processual que o Tribunal Constitucional se aproximou ao tema, pedíamos, contudo, mesmo que se não alterasse o sentido de futuras decisões, se visse e ponderasse a realidade desportiva e outros fundamentos. Cf. “Defender o indefensável? (I)”, em 27 de novembro de 2020, “Defender o indefensável? (II)”, em 4 de dezembro de 2020, “Defender o indefensável? (III)”, em 18 de dezembro de 2020 e “Defender o indefensável? (IV)”, em 25 de dezembro de 2020.

⁴⁹ Processo n.º 506/20, 2.ª Secção, Lisboa, 10 de dezembro de 2020, relatado pelo Conselheiro Pedro Machete.

⁵⁰ Processo n.º 305/2020, 1.ª Secção, sem data, relatado pelo Conselheiro José António Teles Pereira.

⁵¹ Processo n.º 505/2020, 3.ª Secção, de 13 de maio de 2021, relatado pelo Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro.

⁵² Processo n.º 28/21, 2.ª Secção, de 19 de janeiro de 2021, do Conselheiro Pedro Machete.

⁵³ Processo n.º 30/2021, 3.ª Secção, de 22 de junho de 2021, do Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro.

⁵⁴ Processo n.º 334/21, 1.ª Secção, de 8 de julho de 2021, da Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros.

⁵⁵ Processo n.º 28/21, 2.ª Secção, de 15 de julho de 2021, relatado pela Conselheira Assunção Raimundo.

⁵⁶ Reclamação, pela Federação Portuguesa de Futebol, da Decisão Sumária n.º 58/2021.

5. O que avança a reclamante, em possível resumo:

- a) O quadro normativo que temos atualmente é o seguinte: (i) apenas é exigível processo disciplinar para as infrações mais graves; (ii) estabelecimento da necessidade de audiência do arguido apenas nos casos em que seja necessária a instauração de processo disciplinar; e (iii) garantia de recurso quer tenha ou não existido processo disciplinar;
- b) Tal pressupõe, *a contrario*, que: (i) nas infrações menos graves não há necessidade de existir processo disciplinar, podendo as mesmas ser sancionadas sem atender a essa formalidade; (ii) não existindo processo disciplinar, não existe necessidade de audiência do arguido; (iii) tal é perfeitamente admissível e pretendido pelo legislador, tanto que existe garantia de recurso das sanções aplicadas quer tenha ou não existido processo disciplinar.
- c) Tem lugar a aplicação do processo sumário quando estiver em causa o exercício da ação disciplinar relativamente a infrações disciplinares menos graves ou, em qualquer caso, infrações disciplinares puníveis com sanção de suspensão por período igual ou inferior à de suspensão por um mês ou por quatro jogos (conforme previsto no artigo 257.º do RD da LPFP, em vigor à data).
- d) O Processo Sumário é configurado como um procedimento especial, positivamente célere.
- e) Nesse sentido, para garantir a necessária celeridade deste tipo de processos, determinava o artigo 214.º do RD da LPFF que “Salvo o disposto no presente Regulamento quanto ao processo sumário, a aplicação de qualquer sanção disciplinar é sempre precedida da faculdade de exercício do direito de audiência pelo arguido através da instauração do correspondente procedimento disciplinar.”
- f) De facto, a celeridade que se exige na tramitação de determinadas infrações disciplinares, que sublinhe-se, correspondem a infrações leves ou cuja sanção não ultrapassa determinados limites, não se compadece com um procedimento disciplinar que consagre as garantias de defesa do arguido em toda a sua amplitude (como se, na verdade, de um procedimento criminal se tratasse).
- g) É, pois, exigível, no específico mundo das competições desportivas, um tipo de obtenção de decisão sancionatória que seja célere, de forma a acompanhar a dinâmica das competições e provas, que muitas vezes levam a que o jogo ou jogos seguintes, se venham a disputar no espaço de 48 ou 72 horas. Na verdade, não raras vezes, existem jornadas ao fim de semana e ao meio da semana ou até jornadas duplas ao fim de semana.

- h) Como se depreende do acima exposto, aquilo que se pretende (e exige) é que a aplicação de sanções seja efetiva, isto é, que se projete da forma mais breve possível na competição ou prova que se desenrola, sob pena de se perderem os seus efeitos úteis.
- i) Assim, a preterição do direito de audiência prévia do arguido encontra fundamento nas especificidades do direito do desporto e, mais concretamente, na imposição de um normal desenrolar das competições desportivas, de forma a garantir a preservação da verdade desportiva e o equilíbrio da competição, através da aplicação de sanções em tempo célere e com efeito útil, para que as mesmas sejam cumpridas imediatamente ou nos jogos que se seguem.
- j) O exercício do poder disciplinar, enquanto exercício de um poder público, no cumprimento de uma missão de serviço público, manifesta-se no sancionamento de uma multiplicidade de regras desportivas, de entre as quais, a violação das regras do jogo e as relativas à ética desportiva e ao combate à violência no desporto.
- k) O exercício do poder disciplinar é, pois, não temos qualquer dúvida, um meio instrumental necessário da organização e gestão do desporto e uma forma de garantir o direito ao desporto constitucionalmente garantido.
- l) Caso se garantisse, em toda a sua amplitude, o contraditório no âmbito dos processos sumários que, sublinhe-se, pretende sancionar infrações menos graves ou puníveis com sanção de suspensão por período de tempo igual ou inferior à de suspensão por um mês ou por quatro jogos, a própria continuidade das competições desportivas seria colocada em risco e, em última instância, a Recorrente, ora Reclamante, não conseguiria promover e desenvolver a modalidade desportiva, dever no qual foi constitucionalmente incumbida.
- m) Ademais, em bom rigor, o RD da LPFP consagra uma garantia mais ampla dos direitos do arguido do que aquela que é exigida pelo RJFD pois aquele Regulamento consagra uma real possibilidade de defesa, num segundo momento, através da previsão de recurso interno da decisão sumária, quer estejamos perante a aplicação das normas técnicas e disciplinares diretamente respeitantes à prática da própria competição desportiva, ou não.
- n) Assim, o arguido tem oportunidade de apresentar a sua versão dos factos, ou seja, de efetivar o seu direito a uma defesa e a uma audiência em momento imediatamente posterior (leia-se, em sede de recurso para o Plenário do Conselho de Disciplina).

- o) É que mesmo no âmbito dos direitos fundamentais plasmados na Constituição da República Portuguesa não existem direitos absolutos.
- p) Ora, para além de este direito de audiência prévia não ser um direito absoluto, existem diversos casos em que este direito de audiência dos interessados é dispensado e protelado para termos ulteriores.
- q) Mesmo quando estamos perante direitos fundamentais, estes não vivem isolados, cada um na sua ilha, sem qualquer intercomunicação, independentemente da sua qualificação como de direitos, liberdades e garantias ou direitos económicos, sociais e culturais.
- r) Torna-se, nesta senda, imprescindível, em sede de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, realizar uma tarefa de ponderação com outros direitos ou interesses fundamentais consignados na Constituição, pois que, apenas essa leitura conjugada pode oferecer resposta cabal à questão concreta que se coloque, seja ela qual for e de que natureza for.
- s) Desde logo, determina o artigo 79.º da CRP que *“1. Todos têm direito à cultura física e ao desporto. 2. Incumbe ao Estado, em colaboração com as escolas e as associações e coletividades desportivas, promover, estimular, orientar e apoiar a prática e a difusão da cultura física e do desporto, bem como prevenir a violência no desporto.”* Este preceito constitucional, seguindo a matriz estrutural dos direitos económicos, sociais e culturais, estabelece no n.º 1 o direito de todos à cultura física e ao desporto para, no n.º 2, endereçar ao Estado um significativo número de incumbências, um verdadeiro direito a prestações públicas.
- t) Aqui chegados, temos, por um lado, o direito à audiência do arguido e, por outro, um conjunto de direitos fundamentais e valores recolhidos pela CRP, todos ligados ao desporto e às competições desportivas, que não podem ser afetados no seu núcleo essencial.
- u) A delimitação do “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais só se coloca, porque estes podem ser objeto de restrições. Na verdade, como acima se mencionou, não existem direitos fundamentais absolutos. Sucede que, as restrições dos direitos fundamentais têm sempre um limite, já que não poderá ser ofendido aquele *mínimo* para além do qual o direito fundamental deixa de o ser, fica esvaziado enquanto tal.
- v) Sendo verdade que o Direito ao Desporto, constitucionalmente consagrado, tem uma aceção bastante ampla, não temos qualquer dúvida que no núcleo essencial deste direito estão incluídos o desporto profissional e, ainda, o direito a organizar e participar em competições desportivas.
- w) A não consagração desta audiência prévia obrigatória permite o normal desenrolar das competições, o que compreende a sua vertente sancionatória,

enquanto elemento de equilíbrio competitivo, pelo que é absolutamente necessária; é adequada porquanto é a única que permite cumprir com os exigentes prazos impostos para decisão face à continuidade das competições; e é estritamente proporcional ou seja, equilibrada, na medida em que se permite que também de forma célere, o arguido possa ainda decorrer dentro do mesmo órgão disciplinar, procurando rapidamente inverter, se for o caso, a sanção que lhe foi aplicada.

x) Em suma, a concordância/harmonização do direito ao desporto com a garantia de audiência e defesa num momento anterior à prolação do ato punitivo não pode ser outra senão a constante do RJFD e, por conseguinte, no RD da LPFP.

y) Não obstante, esta audiência e defesa será sempre garantida quando, em sede de recurso, se passa para o Plenário do Conselho de Disciplina.

z) O modelo, assim desenhado, é o único que permite a realização de milhares de competições desportivas federadas, as quais, a sufragar a leitura restrita do Tribunal, pura e simplesmente colapsariam.

Seja-nos perdoada a extensão da argumentação da reclamante, mas só assim podemos ter noção completa do que está em jogo e da valia da resposta da decisão constitucional.

6. Como responde a isto o Acórdão n.º 560/2021?

Resume o avançado pela reclamante nos seguintes termos:

Para tanto, centra a sua argumentação em dois pontos essenciais: na necessidade de assegurar a celeridade do processo sumário, previsto para o exercício da ação disciplinar relativamente a infrações menos graves ou puníveis com sanção de suspensão por período igual ou inferior à de suspensão por um mês ou por quatro jogos (artigo 257.º do RDLFPF); na conformidade constitucional desta (auto)restrição de direitos e na sua proporcionalidade.⁵⁷

Nenhuma destas suas reflexões permite abalar a convicção firmada na referida jurisprudência constitucional e, posteriormente, renovada na decisão sumária de que reclama.

E escreve-se:

O processo sumário, regulado no artigo 257.º a 262.º do RDLFPD, não obstante o princípio de celeridade que o enforma – e que visa assegurar a aplicação de uma sanção disciplinar em tempo útil, considerando a dinâmica

⁵⁷ Afastamos em cima este argumento e fá-lo-emos também aqui por o não julgarmos decisivo e no caso potencialmente inoperante na legitimação da solução regulamentar.

das competições desportivas – não deixa de ser um procedimento disciplinar, de cariz sancionatório. Deste modo, ser-lhe-ão aplicáveis todas as garantias tendentes a concretizar o princípio do processo justo e que obriga a que, ao longo do procedimento, sejam respeitadas diversas vertentes garantísticas, que são seus corolários, desde logo, o princípio de igualdade de armas, mas também a proibição da indefesa e o direito ao contraditório, traduzidos fundamentalmente na possibilidade de cada uma das partes invocar as razões de facto e direito, oferecer provas, controlar a admissibilidade e a produção das provas da contraparte, pronunciando-se sobre o valor e resultado das mesmas. Estes princípios visam, em suma, assegurar um processo orientado para a justiça material.

Ora, esses princípios são postergados no regime disciplinar em análise, que ressalva o processo sumário da regra da «obrigatoriedade de audição do arguido». Nesta forma de processo, o direito de audiência e a possibilidade de defesa são suprimidos, obrigando o arguido a reagir já após a edição do ato punitivo – é esse regime que decorre do artigo 214.º do RDLFPF.

Neste contexto, a celeridade do procedimento, sublinhada pela reclamante, não pode legitimar a compressão – uma verdadeira restrição – do direito fundamental de audiência e defesa do arguido, tanto mais que, neste caso, como decorre da factualidade que lhe subjaz, estava em causa o sancionamento do clube desportivo por comportamentos praticados pelos seus sócios ou simpatizantes (e não do próprio agente desportivo que terá (ou não) de participar em futuras competições) e que é sancionado com multa (cf. artigos 127.º, n.º 1, 182.º, n.º 2 e 187.º, n.º 1, alíneas a) e b) do RDLFPF), pelo que o diferimento da aplicação da sanção dificilmente poria em causa as exigências de prevenção, geral ou especial, que subjazem à punição.

Nessa medida, é totalmente inoperante o argumento esgrimido pela reclamante no sentido de que a continuidade da realização das competições desportivas federadas seria colocada em risco, caso fosse garantido o exercício do direito ao contraditório.

O mesmo se diga quando reforça que as declarações, relatórios e autos de flagrante delito, que sustentam o processo sumário (cf. artigo 258.º, n.º 1 do Regulamento Disciplinar), gozam, nos termos previstos no respetivo artigo 13.º, alínea f), de uma presunção de veracidade.

Aliás, a este respeito, o Acórdão n.º 594/2020, que retomamos, foi totalmente claro ao afirmar:

Por outro lado, é manifesto que a garantia de impugnabilidade da decisão, após aplicação da sanção disciplinar (cf. artigo 262.º, n.º 2 do Regulamento

Disciplinar), não assegura, só por si, as exigências de um processo justo e equitativo.

Na verdade, o direito de recurso não se confunde – nem pode substituir – o direito de audiência e de defesa: este visa conferir ao arguido uma real possibilidade de conformação da decisão, assegurando a sua participação efetiva no procedimento, permitindo-lhe expor a sua versão da matéria de facto e de direito relevante para a decisão, apresentar provas ou requerer a realização de diligências necessárias ao apuramento da verdade e, no fundo, ainda prevenir (ou evitar) a aplicação de uma sanção disciplinar; ao passo que o primeiro é uma via de reação, perante o processo que já tem contornos (acusatórios) pré-definidos.

Por fim, cumpre referir que os juízos de ponderação sobre a (eventual) proporcionalidade da medida restritiva, além de, como se deixou exposto, não estarem minimamente demonstrados nos autos, sempre seriam irrelevantes, por não estarmos perante direitos com idêntica natureza e força jurídica, que estivessem em conflito ou carecessem de ser objeto de concordância, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 18.º, n.º 2 da Constituição. Note-se que a reclamante, em abono da sua posição, apenas convoca o artigo 79.º da Constituição, como norma modeladora de um direito a prestações públicas, que deve ser lido “*com amplitude máxima*”, cobrindo todo o setor desportivo “*incluindo o desporto profissional e o direito das pessoas coletivas, nos termos do disposto no artigo 12.º, n.º 2 da CRP, em dele serem também titulares não só na perspetiva da participação em competições e provas desportivas, mas ainda na da organização dessas mesmas competições desportivas*”. Ora, é manifesto que o direito de audiência e defesa, enquanto direito fundamental, com uma força intrínseca notória, enquanto pilar do próprio Estado de Direito material, sempre teria de prevalecer perante uma (qualquer) necessidade de celeridade na aplicação das decisões sancionatórias desportivas, ainda que mais leves. Isto posto, resta concluir pelo indeferimento da presente reclamação.

VII – O impacto desportivo desta decisão do Tribunal Constitucional

Estes sucessivos julgamentos de inconstitucionalidade da norma regulamentar disciplinar da LPFP não se ficam – não podem ficar – por aqui.

Com efeito, de forma mediata, encontram-se desde logo em xeque – ou mesmo xeque mate – as normas do regime jurídico das federações desportivas (particularmente da alínea f) do artigo 53.º) e, neste segmento, as normas disciplinares da Federação Portuguesa de Futebol, de todas as associações

de futebol, de todas as federações desportivas nacionais e ainda de todas as associações de âmbito territorial dessas mesmas federações desportivas.⁵⁸

Ou seja, falamos em muitas dezenas de regulamentos disciplinares, em centenas de competições desportivas por semana e em muitas centenas de “processo sumários” por semana.

VIII – A mudança de flanco

1. Já o afirmámos: objeto de inúmeras – porventura a maioria – das decisões alcançadas em processo sumário prende-se com *questões emergentes da aplicação das normas técnicas e disciplinares diretamente respeitantes à prática da própria competição desportiva*.

Ora, também já o referimos, estas matérias, para o Estado, não são passíveis de serem conhecidas, visando a sua resolução, pelo Tribunal Arbitral do Desporto, nem pelos tribunais estatais (administrativos).

Constituem, por assim dizer, um espaço de reserva material das federações desportivas não sujeitas a crivo jurisdicional público.

2. A doutrina constitucional tem sido generosa em aceitar esta reserva, este vínculo de justiça relativo.⁵⁹

J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira,⁶⁰ dando conta das características típicas do “ordenamento desportivo”, apontam o “vínculo de justiça”, isto é, a proibição de os desportistas recorrerem aos órgãos jurisdicionais do Estado antes de os órgãos próprios de justiça desportiva se terem pronunciado.

Adiantam estes constitucionalistas: “[N]o entanto, se a admissibilidade do ‘vínculo de justiça desportiva’ é razoável no âmbito das ‘questões estritamente desportivas’ (cf. Lei de Bases, artigo 47.º)⁶¹ suscitadas no decurso de uma competição concreta isso não pode significar uma completa preclusão da competência dos órgãos jurisdicionais do Estado, designadamente quando estão em causa direitos fundamentais dos cidadãos cuja tutela é constitucionalmente garantida através do recurso aos tribunais.”

⁵⁸ Ofereçamos somente um exemplo vindo só da modalidade futebol e apenas nas competições nacionais. Nas épocas desportivas 2016-2020, existiram 39.129 decisões sumárias, o que dá uma média de 9.782 por época. Por outro lado, se valorizarmos 10 meses de competição, temos, em média, 978 sumários por mês e 244 por semana.

⁵⁹ Sobre o vínculo de justiça, em geral, consulte-se o nosso “Revisitando a justiça desportiva”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva, Volume III*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, pp.1499-1501.

⁶⁰ Cf. *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 915.

⁶¹ Em causa a Lei de Bases do Desporto, Lei n.º 30/2004, de 21 de julho.

Por outro lado, Vieira de Andrade⁶² aborda, de mais espaço, a questão do direito de acesso aos tribunais como direito fundamental e o problema da autonomia da “justiça desportiva”. Se bem colhemos a sua doutrina, a primeira afirmação que merece ser retida é a de que as formas de justiça privada eventualmente reconhecidas têm limites constitucionais, “seja na medida em que estejam em causa valores comunitários indisponíveis pelo legislador, como a dignidade da pessoa humana e o núcleo de direitos, liberdades e garantias, seja na medida em que não podem precluir o recurso à via jurisdicional, quando estejam em causa direitos ou interesses legalmente protegidos”.

Contudo, justifica-se a autonomia plena da justiça desportiva quanto às questões estritamente desportivas, isto é, que impliquem a aplicação das leis do jogo, dos regulamentos técnicos ou das regras de organização da competição.

E, avança ainda o autor, pode até justificar-se constitucionalmente, a resolução “privada” ou “privativa” de outras questões relativas ao funcionamento do sistema, havendo sempre que contar, todavia, com os mesmos limites constitucionais quando estejam envolvidos direitos fundamentais dos praticantes e das associações, ou quando a lei conceba a intervenção das instâncias desportivas como um exercício de poderes públicos delegados.

Por fim, também José Melo Alexandrino⁶³ aborda esta problemática.

O autor é claro ao defender a regra segundo a qual todas as decisões das instâncias desportivas são passíveis de impugnação junto dos tribunais do Estado.

Todavia, adianta, “devem entre nós considerar-se integradas no âmbito de proteção da liberdade de associação no plano desportivo, (1) a reserva de existência de questões estritamente desportivas, bem como (2) uma presunção favorável à salvaguarda dos efeitos desportivos objeto de caso decidido na instância desportiva”.

Ainda no que se refere ao direito à cultura física e ao desporto, cabe chamar à colação o entendimento, de Jorge Miranda e Rui Medeiros, segundo o qual “O exercício do direito à cultura física e ao desporto envolve direitos, liberdades e garantias do próprio praticante e pode colidir com direitos, liberdades e garantias de outras pessoas. (...) Não são de excluir auto-restrições ou auto-suspensões de direitos (...), desde que adequadas à boa organização

⁶² Cf. “Os direitos fundamentais e o Direito do Desporto”, in Ricardo Costa / Nuno Barbosa (coord.), *II Congresso de Direito do Desporto – Memórias. Porto, outubro de 2006*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 37.

⁶³ “Direitos, liberdades e garantias na relação desportiva”, in *idem*, *O Discurso dos Direitos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 325-326.

do sistema desportivo e com observância do princípio da proporcionalidade (...).⁶⁴

3. Por outro lado, se olharmos a lição de Pedro Costa Gonçalves,⁶⁵ os regulamentos técnicos e técnicos-disciplinares são os que integram regras técnicas ou regras disciplinares diretamente respeitantes à prática da própria competição desportiva. Esta categoria, segundo o autor, integra os regulamentos com as leis do jogo e os regulamentos disciplinares que definam sanções aplicáveis à violação das regras do jogo ou da competição. E, para este segmento de regulamentos e de normas – intimamente relacionado com o jogo em concreto – existe como que uma *ajuricidade*.

Também Artur Flamínio da Silva⁶⁶ se debruça sobre esta matéria, reconhecendo “que as normas regulamentares que correspondem às normas desportivas em sentido estrito não podem, em bom rigor, ser consideradas uma manifestação de poder público. Estas devem ser consideradas cobertas pelo núcleo essencial da proteção da liberdade de associação e da qual os associados não podem dispor, uma vez que as normas que regem o jogo são um elemento fundamental deste e aquela é fundamento de toda a competição desportiva, em particular, e do associativismo em geral. Por conseguinte, também não é possível sustentar que o poder disciplinar que emerge de um ato aplicativo de normas desportivas em sentido estrito possa também ser publicizado, não podendo aqui surgir coberto pelo consentimento das federações desportivas.”

4. O referido permite, assim cremos, legitimar um espaço válido e acrescido de reflexão sobre uma compaginação constitucionalmente possível, neste preciso segmento material dos processos sumários, entre os direitos de audiência e defesa e as *questões emergentes da aplicação das normas técnicas e disciplinares diretamente respeitantes à prática da própria competição desportiva*.⁶⁷

⁶⁴ Cf. *Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 1446.

⁶⁵ Cf. “Regulamentos desportivos [os poderes regulamentares de natureza pública das federações desportivas e das ligas profissionais]”, in Ricardo Costa / Nuno Barbosa (coord.), *IV Congresso de Direito do Desporto – Memórias. Lisboa, março de 2014*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 56-58. Reafirmado, aliás, posição já anteriormente sustentada, por exemplo, em “A «soberania limitada» das federações desportivas. Anotação”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 59, setembro/outubro (2006), p. 59.

⁶⁶ *A resolução de conflitos desportivos em Portugal – Entre o público e o privado*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 251.

⁶⁷ Não se deixe de reconhecer que os argumentos serão mais válidos, em face da leitura doutrinária da norma constitucional, quanto ao seu alcance material, em se defender, como afirmámos, uma certa *ajuricidade*, do que inserir este espaço no âmbito privado das federações desportivas.

IX – De novo na outra área

1. Movemo-nos de novo na grande área que visitámos com as decisões do Tribunal Constitucional.

O jogador do Tribunal Constitucional, sendo só um, é, de facto, de elevado nível: um direito fundamental ancorado no artigo 32.º, n.º 10, e que dota o sistema de dignidade. Não é fácil, de todo, vencer este jogador.

O que nos impressiona não é a decisão em si, mas uma espécie de fé inabalável nessa norma, como que dotada de defesa à prova de toda a bala, leia-se de outros direitos fundamentais ou de valores protegidos pelo texto constitucional, que permitissem um afrouxamento, no desporto, desse direito de audiência e defesa. O discurso conclusivo do Acórdão n.º 560/2021 é bem um exemplo de irredutibilidade a todo o custo. Ou seja, se nos é permitido, denota-se uma espécie de preconceito desportivo (ou do futebol?), que, uma vez firmado, solidifica que nem uma rocha inquebrável e minimamente impossível de qualquer abano.

2. É o direito disciplinar uno? Existe um único e uniforme mundo disciplinar público? Adaptando as felizes palavras da Professora Anabela Miranda Rodrigues, esse direito disciplinar integra um conjunto de províncias, mas províncias diferenciadas.

O molde, por assim dizer, com honras iniciais na Constituição foi fornecido no âmbito da então função pública, no artigo 269.º, n.º 3: em processo disciplinar são garantidas ao arguido a sua audiência e defesa.

Esta solução vem mais tarde, no texto constitucional, a ser estendida a outras províncias do direito disciplinar público, com o artigo 32.º, n.º 10.

Mas a vida, nessas províncias, longe de constituírem aldeias de Astérix, apresentam, todavia, as suas próprias especificidades, com contornos bem diferentes do que se passa no domínio do trabalho público.

Especificidades reconhecidas, aliás, pelo próprio Tribunal Constitucional, seja a respeito da disciplina militar (Acórdão n.º 33/2002), seja em ambiente de execução de penas (ou penitenciário), Acórdão n.º 252/2016.

Visite-se o Estatuto do Aluno e Ética Escolar, que estabelece os direitos e os deveres do aluno dos ensinos básico e secundário e o compromisso dos pais ou encarregados de educação e dos restantes membros da comunidade educativa na sua educação e formação, aprovado pela Lei n.º 51/2012, de 5 de setembro.

Aqui, após o enunciado dos deveres do aluno (artigo 10.º), todo o Capítulo IV se dedica à disciplina. Eis a noção de infração (artigo 22.º, n.º 1):

A violação pelo aluno de algum dos deveres previstos no artigo 10.º ou no regulamento interno da escola, de forma reiterada e ou em termos que se revelem perturbadores do funcionamento normal das atividades da escola ou das relações no âmbito da comunidade educativa, constitui infração disciplinar passível da aplicação de medida corretiva⁶⁸ ou medida disciplinar sancionatória, nos termos dos artigos seguintes.⁶⁹

Entre as finalidades prosseguidas pelas medidas disciplinares (diríamos agora em sentido amplo) temos as pedagógicas, preventivas, dissuasoras e de integração, visando, de forma sustentada, o cumprimento dos deveres do aluno, o respeito pela autoridade dos professores no exercício da sua atividade profissional e dos demais funcionários, bem como a segurança de toda a comunidade educativa (artigo 24.º, n.º 1).

Quanto às medidas disciplinares corretivas, assumindo uma natureza eminentemente preventiva (artigo 26.º, n.º 1) encontram-se num elenco não taxativo, sem nenhuma previsão de audiência prévia do aluno visado (n.º 2):

- a) A advertência;
- b) A ordem de saída da sala de aula e demais locais onde se desenvolva o trabalho escolar;
- c) A realização de tarefas e atividades de integração na escola ou na comunidade, podendo para o efeito ser aumentado o período diário e ou semanal de permanência obrigatória do aluno na escola ou no local onde decorram as tarefas ou atividades, nos termos previstos no artigo seguinte;
- d) O condicionamento no acesso a certos espaços escolares ou na utilização de certos materiais e equipamentos, sem prejuízo dos que se encontrem afetos a atividades letivas;
- e) A mudança de turma.

Já no universo das medidas disciplinares sancionatórias (artigo 28.º),⁷⁰ todas são precedidas de um processo disciplinar, excepcionando-se os casos de suspensão até três dias úteis (em que se exige a audiência e defesa, n.º 4) e as sanções de repreensão registada em que o legislador parece não exigir prévia audiência do visado (n.º 3).⁷¹

⁶⁸ Este tipo de medida, independentemente do *nomen juris* e das suas finalidades, não pode deixar de ser considerada uma sanção disciplinar. Veja-se, no mesmo sentido a epígrafe do artigo 24.º.

⁶⁹ A aplicação das medidas disciplinares sancionatórias previstas nas alíneas c), d) e e) do n.º 2 do artigo 28.º depende da instauração de procedimento disciplinar, nos termos estabelecidos nos artigos 28.º, 30.º e 31.º (n.º 3).

⁷⁰ Que segundo o n.º 2 do artigo são: a) A repreensão registada; b) A suspensão até 3 dias úteis; c) A suspensão da escola entre 4 e 12 dias úteis; d) A transferência de escola; e) A expulsão da escola.

⁷¹ Também no domínio contraordenacional deparamo-nos com “especificidades”, porventura usando

3. Temos, agora, sem dúvida, a especificidade desportiva. Será que ela demanda, como as anteriores, respostas próprias fugindo ao padrão normal, pelo menos encarado como balizas impenetráveis?

Naturalmente que qualquer desvio ao padrão não pode ser automático somente contando com a invocação da especificidade. Para abalar um direito fundamental, há que ter outros valores constitucionais a considerar – em certo sentido contrário – e, por outro lado, que esse desvio, a suceder, seja necessário, adequado e proporcional, como dita a lei fundamental.

Será que nos faltam esses direitos e valores para justificar uma leitura própria para o processo disciplinar desportivo?

Alinhemos, em puro exercício hipotético, algumas referências.

Atrás demos conta dos argumentos adiantados pela reclamante. Aqui, antes de formularmos as nossas próprias observações, recolha-se dessa peça, a *celeridade exigida em dados procedimentos disciplinares*, de molde a acompanhar, com eficácia, a dinâmica das próprias competições, a *preterição do direito de audiência prévia do arguido*, tendo por razão de ser o normal desenrolar das competições desportivas, de forma a garantir a preservação da verdade desportiva e o equilíbrio da competição, através da aplicação de sanções em tempo célere e com efeito útil, para que as mesmas sejam cumpridas imediatamente ou nos jogos que se seguem, a *consideração do exercício do poder disciplinar como meio instrumental necessário da organização e gestão do desporto* e uma forma de garantir o direito ao desporto constitucionalmente garantido, a *amplitude do direito ao desporto no artigo 79.º da lei fundamental*, compreendendo também o desporto profissional e o direito de organizar e participar em competições desportivas.

E, lembre-se, a não consagração desta audiência prévia obrigatória permite o normal desenrolar das competições, o que compreende a sua vertente sancionatória, enquanto elemento de equilíbrio competitivo, pelo que é absolutamente necessária; é adequada porquanto é a única que permite cumprir com os exigentes prazos impostos para decisão face à continuidade das competições; e é estritamente proporcional ou seja, equilibrada, na medida em que se permite que também de forma célere, o arguido possa ainda recorrer dentro do mesmo órgão disciplinar, procurando rapidamente inverter, se for o caso, a sanção que lhe foi aplicada.

de alguns eufemismos ou linguagem apropriada a passar o crivo da constitucionalidade. Referimo-nos, em concreto, aos casos de flagrante delito (*rectius*, notificação efetuada no ato da verificação da contraordenação) em que as sanções pecuniárias são liquidadas imediatamente, só depois se iniciando o prazo de defesa. Todavia, o Código da Estada, no seu artigo 172.º, refere cumprimento voluntário e, quando não existir essa voluntariedade passa a garantia de cumprimento (artigo 173.º).

Exige-se, pois, uma concordância/harmonização do direito ao desporto com a garantia de audiência e defesa.

Alinhemos, então, algumas considerações, iniciando este espaço por “ver” o desporto na Constituição da República Portuguesa.⁷²

Um primeiro sublinhado vai para o valor da disciplina no desporto.

Com bem se afirma no Acórdão n.º 33/2002, do Tribunal Constitucional,⁷³ sobre a instrumentalidade do poder disciplinar, igualmente transponível para o nosso caso:

De assentar é, pois, que o poder disciplinar - conquanto deva ser exercido com respeito pelos deveres fundamentais, porquanto mal se compaginava a ausência desse respeito no contexto de um Estado de direito - tem um carácter instrumental relativamente ao funcionamento global da Administração, sendo o princípio da hierarquia, que nesta rege inquestionavelmente, que implica que o exercício daquele poder caiba ao superior hierárquico.

O poder disciplinar desportivo é instrumental, mas igualmente fundamental, para a afirmação dos princípios desportivos tais como genericamente enunciados no artigo 3.º (princípio da ética desportiva), da LBAFD2007,⁷⁴ mas também no artigo 52.º do RJFD2014.⁷⁵

Sem um exercício de poder disciplinar célere e eficaz o que se coloca em crise são os valores da verdade, lealdade, igualdade e também da integridade nas competições desportivas, todas elas modeladas por um tempo próprio, muito específico.

Segue-se a localização do desporto na lei fundamental.

Já atrás aludimos a um tridente no âmbito dos direitos económicos, sociais e culturais, assumindo particular relevância o direito fundamental ao desporto consagrado no artigo 79.º

As normas aí constantes apontam inequivocamente para uma conceção aberta e abrangente de desporto, englobando todos os sectores e subsectores

⁷² A bibliografia, nesta vertente, é já considerável.

⁷³ De 22 de janeiro de 2002, relatado pelo Conselheiro Bravo Serra e publicado no *Diário da República*, II Série, n.º 55, de 6 de março de 2020.

⁷⁴ Cf. o n.º 1: “A atividade desportiva é desenvolvida em observância dos princípios da ética, da defesa do espírito desportivo, da verdade desportiva e da formação integral de todos os participantes.”

⁷⁵ Que dispõe: “1. As federações desportivas devem dispor de regulamentos disciplinares com vista a sancionar a violação das regras de jogo ou da competição, bem como as demais regras desportivas, nomeadamente as relativas à ética desportiva. 2. Para efeitos da presente lei, são consideradas normas de defesa da ética desportiva as que visam sancionar a violência, a dopagem, a corrupção, o racismo e a xenofobia, bem como quaisquer outras manifestações de perversão do fenómeno desportivo.”

desportivos e todas as formas através das quais alguém se revê (e busca) na prática desportiva.⁷⁶

Ganha aqui natural espaço a definição de desporto plasmada na Carta Europeia do Desporto do Conselho da Europa.⁷⁷

Quem se encontra dotado de capacidades técnicas e/ou físicas bastantes para tal, pode e deve almejar que lhe seja permitido optar por uma prática desportiva visando o resultado desportivo, através da competição.⁷⁸

Mas o artigo 79.º não se queda por aqui. Afirma o princípio da colaboração necessária (e privilegiada) com as associações e coletividades desportivas, reforçando o valor da democracia participativa. Aflora ainda a ética desportiva ou, pelo menos, uma das manifestações antidesportivas (a violência) que não é uma tarefa somente estadual, mas ainda de todos os operadores do sistema desportivo, bem presentes neste artigo 79.º, n.º 2.⁷⁹

E o direito ao desporto é um direito universal, no sentido de também poder ser titulado por pessoas coletivas,⁸⁰ como federações desportivas, ligas de clubes e clubes desportivos que, não obstante o grau de publicização de alguma parcela de atividade das duas primeiras, não será possível afastar, em todo, a liberdade de associação estabelecida no artigo 46.º.

Alberga-se, pois, um direito a organizar e a participar em competições desportivas.

Por último, dê-se conta que existe um direito pessoal envolvido na atividade desportiva, o direito ao desenvolvimento da personalidade

⁷⁶ Cf. o nosso “Desporto e Constituição.” *Sub Judice*, n.º 8, janeiro/março (1994), pp. 37-57 e ainda em *Temas de Direito do Desporto*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 13-57. J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 1.º a 107.º, Volume I*, 4ª ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 933, e JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 749.

⁷⁷ O artigo 2.º da Carta Europeia do Desporto, do Conselho da Europa, integra na noção de “desporto” todas as formas de atividade física que, mediante uma participação organizada ou não, têm por objetivo a expressão ou melhoramento da condição física ou psíquica, o desenvolvimento das relações sociais ou a obtenção de resultados em competições de todos os níveis. Nos artigos 5.º, 6.º, 7.º e 8.º acolhem-se, como relevantes, diferentes vertentes do desporto: o desporto escolar, o desporto recreação, o desporto rendimento e de alta competição e o desporto profissional.

⁷⁸ Outra densificação terá, por exemplo, o direito ao desporto dos idosos. Ver, a propósito, o nosso “O direito ao desporto como direito das pessoas idosas: o direito ao desporto do futuro?”, in Carla Amado Gomes / Ana F. Neves (coord.), *Direito e Direitos dos Idosos*, Lisboa: AAFDL Editora, 2020, pp. 197-216.

⁷⁹ Sublinhe-se a ligação desta temática com o direito à educação (artigo 73.º, n.º 2) realizada por Jorge Miranda p. 749.

⁸⁰ Cf. artigo 12.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

desportiva.⁸¹ Ora, mesmo para quem tenha dificuldade em abraçar a força jurídica dos direitos económicos, sociais e culturais,⁸² a verdade é que se impõe uma mente aberta para aquilatar e decidir em tão relevante matéria. E essa importância radica na atividade desportiva que tarda em ganhar foros de tratamento adequado também na leitura da constelação dos direitos fundamentais em ação.

X – As substituições operadas em tempo de compensação

1. Para a presente época desportiva (2021/2022), a LPFP, veio a aprovar alterações ao seu regulamento disciplinar, tendo já presente os julgamentos de inconstitucionalidade atrás assinalados.

Repequemos, para informação, o essencial desse normativo:

- Observância dos direitos de audiência e de defesa do arguido, nos termos previstos no presente Regulamento, como um dos princípios fundamentais do procedimento disciplinar [artigo 13.º, alínea d)];
- A aplicação de qualquer sanção disciplinar é sempre precedida da faculdade de exercício do direito de audiência pelo arguido (artigo 214.º);
- Tem lugar a aplicação do processo sumário quando estiver em causa o exercício da ação disciplinar relativamente a infrações disciplinares leves ou, em qualquer caso, infrações disciplinares puníveis com sanção de suspensão por período igual ou inferior à de suspensão por um mês ou por quatro jogos (artigo 257.º, n.º 1);
- O processo sumário tem ainda aplicação no caso de infrações disciplinares cometidas em jogos oficiais por clubes, dirigentes, jogadores, treinadores, auxiliares técnicos, médicos, massagistas e espectadores sempre que a sanção correspondente não determine a suspensão da atividade por período superior a um mês (artigo 257.º, n.º 2);
- O processo sumário é instaurado tendo por base o relatório da equipa de arbitragem, das forças policiais ou do delegado da Liga Portugal, ou ainda com base em auto por infração verificada em flagrante delito (artigo 258.º, n.º 1);

⁸¹ Cf. artigo 26.º, n.º 1, da lei fundamental. Ver a anotação de J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada... op. cit.*, p. 937.

⁸² Tanto mais que se encontra como solidificada, em Portugal, na doutrina, no ensino do Direito e na jurisprudência constitucional, uma visão de décadas que consagrou uma divisão entre os direitos fundamentais, como que havendo uns que são mais fundamentais do que os outros. Os direitos, liberdades e garantias (e os de natureza análoga), com força jurídica acrescida; os direitos económicos, sociais e culturais, como parente pobre. Remando, corajosa e firmemente, contra esta maré, é JORGE REIS NOVAIS que tem vindo, de forma também sistemática, a defender a leitura unitária. Consulte-se, sobre esta matéria, o seu mais recente trabalho, *Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de Liberdade e Direitos Sociais na Constituição Portuguesa*, Coimbra: Almedina, 2020.

- Os relatórios e os autos previstos no artigo anterior são transmitidos com a máxima urgência à Secção Disciplinar que, até ao dia útil seguinte ao da respetiva receção, deles notificará os clubes e os agentes desportivos neles referidos, para, no prazo de um dia, querendo, se pronunciarem por escrito (artigo 259.º, n.º 1);
- Sem prejuízo do disposto no artigo 260.º,⁸³ apenas é admitida prova por documentos, incluindo o depoimento escrito de testemunhas e meios audiovisuais (n.º 2);
- Decorrido o prazo referido no n.º 1, é proferida decisão no prazo de dois dias, mediante despacho sinteticamente fundamentado, sob pena de caducidade do processo sumário (n.º 3).

2. Também a Federação Portuguesa de Futebol conta esta época (2021/2022) com normas que pretendem responder ao mesmo juízo de inconstitucionalidade:

- A aplicação de qualquer sanção disciplinar é sempre precedida da faculdade do exercício do direito de audiência pelo arguido (artigo 219.º);
- Estabelecimento do âmbito do processo sumário (artigo 246.º):⁸⁴
- A decisão em processo sumário é sustentada em relatórios do jogo, dos elementos das forças de segurança pública ou dos delegados da FPF, em fichas técnicas, em autos administrativos previstos na alínea e) do número 1 do artigo anterior, em imagens recolhidas por operador televisivo ou na espontânea confissão do arguido (artigo 247.º, n.º 1);
- Os arguidos são notificados do relatório do jogo e do relatório do delegado da FPF, quando exista, podendo, no prazo de 1 dia útil seguinte à notificação dos relatórios ou da notificação a que se refere o número 3 do artigo anterior, apresentar defesa escrita, podendo apenas juntar documentos ou depoimentos escritos, sendo a prova produzida perante o instrutor responsável pelo relatório

⁸³ Sobre diligências complementares: Tornando-se absolutamente indispensável esclarecer o relatório da equipa de arbitragem, os relatórios dos delegados da Liga Portugal ou os autos da Comissão de Instrutores, o relator na Secção Disciplinar poderá ordenar as diligências complementares que entender pertinentes e não sejam prejudiciais à economia da forma sumária de processo.

⁸⁴ “1. É aplicável o processo sumário nos procedimentos disciplinares por infrações: a) Leves; b) Sancionáveis com repreensão, sanção disciplinar não superior a 1 mês ou 4 jogos de suspensão, ou com multa não superior a 50 UC; c) Às quais, em razão das circunstâncias, não deva ser aplicada sanção superior às previstas na alínea anterior; d) Emergentes de falta de comparência a jogo oficial, desistência de participação em competição e condições irregulares de recinto desportivo, de segurança ou de equipamentos; e) Documentalmente constatadas pelos serviços da FPF face aos relatórios de jogo e fichas técnicas dos jogos oficiais, desde que observado o procedimento previsto no número 3. 2. O disposto na alínea c) do número anterior não prejudica a instauração de processo disciplinar em separado relativamente a infrações com elas materialmente conexas. 3. A constatação da infração a que se refere a alínea e) do número 1 é notificada ao infrator para efeitos do número 5 do artigo seguinte.”

a sumeter nos termos do número 2 do presente artigo (n.º 5);

- O prazo mencionado no número anterior pode ser reduzido em função das necessidades inerentes ao decurso das competições desportivas, por decisão do órgão disciplinar (n.º 6);

- Para efeitos de submissão da defesa escrita deve ser utilizado formulário disponível no sítio da internet da FPF, através de plataforma informática, respeitando os limites aí definidos (n.º 7);

- O desrespeito pelas limitações impostas pelo formulário de defesa escrita conduzirá à desconsideração daqueles articulados (n.º 8)

- No caso de indisponibilidade da plataforma referida no número 7 do presente artigo, a defesa deverá ser submetida por correio eletrónico (n.º 12).

XI – Um jogo sem VAR?

Este texto foi, desde o início, deliberadamente limitado na sua intenção.

A sensação com que ficámos, no final da partida, é a de que o Tribunal Constitucional, nas sucessivas decisões que proferiu, muitas delas somente seguindo as anteriores, em termos bem simples, sem problematização, deixou-se ofuscar – o que se compreende – pela força dos direitos, liberdades e garantias, particularmente pelas bem importantes garantias a plasmar em contextos sancionatórios.

O que gostaríamos de ter visto – e só um VAR poderia oferecer essa resposta – era uma análise profunda, liberta de preconceitos para com o desporto, ponderando todos os direitos e valores constitucionais em causa. Tal análise, por diversas razões – algumas delas procedimentais – não foi levada a cabo e surgiu-nos a resposta mais fácil, mais óbvia, a visionada direta e estritamente no decurso do jogo, pelo árbitro.

Podemos até conceber que a existência de VAR conduzisse ao mesmo juízo que, de forma imediata, se alcançou em campo. Mas lá que se impunha uma visão ao pormenor, só possível com leitura mais serena, essa é uma conclusão que levamos connosco.