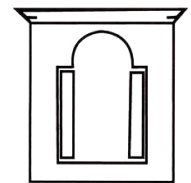


RPDC N.º 3 (2023)

REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



AATRIC

Índice

Editorial

pp. 5-6

Comunicações do V Seminário da AATRIC – Jurisprudência Constitucional Recente

*Parâmetros de Estado de Direito em Pandemia – Uma Análise da
Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo sobre o «Regime da
Situação de Calamidade»*

Ravi Afonso Pereira

pp. 9-32

*Emergência Sanitária, Ius Ambulandi e Constituição – Uma Relação
Inevitavelmente Conflitual?*

Sandra Oliveira e Silva

pp. 33-46

Conservação de Metadados – O Acórdão n.º 268/2022

Sónia Fidalgo

pp. 47-60

*Acórdão n.º 268/2022 – Perspectivas a Partir do Prisma da Tutela Multi-Nível
de Direitos Fundamentais e do Diálogo Inter-Jurisdicional*

Vânia Costa Ramos

pp. 61-88

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

Sede do Editor e da Redação: RPDC – Rua de “O Século”, n.º 111, 1249-117 Lisboa

Proprietário: Associação dos Assessores do Tribunal Constitucional (AATRIC)

NIPC: 506272982

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

Serviços de Informações, Dados de Tráfego e Revisão Constitucional – Uma Análise Crítica dos Projetos de Revisão Constitucional n.º 7/XV/1.ª e n.º 3/XV

João Narciso

pp. 91-106

Do Património Cultural e da sua Refração na Constituição Cultural Portuguesa (com um Breve Excurso pela Jurisprudência Constitucional Portuguesa)

José Joaquim Fernandes Oliveira Martins

pp. 107-138

Algumas Reflexões sobre o Alcance da Indemnização pelo Sacrifício – Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 83/2022

Hong Cheng Leong

pp. 139-178

A Representação Judiciária do Estado pelo Ministério Público – Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 857/2022

Luís Sousa da Fábrica

pp. 179-213

Aprensão de Webmail em Processo Contra-Ordenacional e Reserva de Processo Criminal – Contraponto a uma Nova Jurisprudência Constitucional Duplamente Equivocada

Nuno Brandão

pp. 215-238

Editorial

A Revista Portuguesa de Direito Constitucional apresentou-se, em 2021, como um projeto cujo principal objetivo era publicar trabalhos científicos, espontaneamente submetidos e sujeitos a revisão por pares, que promovessem a reflexão crítica e o debate sobre temas de Direito Constitucional e, em especial, sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional português. É, pois, com orgulho que a RPDC apresenta aos seus leitores este terceiro número composto *quase exclusivamente* por estudos e comentários resultantes de propostas espontâneas de publicação – em que, aliás, não foi já possível incluir todas as propostas recebidas – e composto *exclusivamente* por estudos submetidos a revisão por pares.

A Revista vai, deste modo, descobrindo o seu espaço no contexto editorial português e trilhando o seu caminho, já desenhado também com a imprescindível colaboração criativa dos Autores, mas empenhado em manter a diversidade de temas, perspetivas e escolas que tem perpassado cada número.

Na parte reservada à publicação das comunicações do V Seminário da AATRIC, dedicado à jurisprudência constitucional recente, este número dá novamente atenção a problemas jurídicos relacionados com a experiência ainda próxima de excecionalidade constitucional e administrativa, publicando as reflexões de Ravi Afonso Pereira sobre os parâmetros de Estado de Direito em pandemia e de Sandra Oliveira e Silva sobre a relação entre emergência sanitária, *ius ambulandi* e Constituição. É também retomado o debate sobre o problema dos metadados, com a publicação das reflexões de Sónia Fidalgo e de Vânia Costa Ramos sobre o Acórdão n.º 268/2022, em perspetiva ora processual penal, ora de relacionamento entre o direito nacional e o direito da União.

A secção de Estudos e Comentários é encetada com uma análise crítica de João Narciso aos Projetos de Revisão Constitucional n.º 7/XV/1.ª e n.º 3/XV, na parte respeitante ao acesso a dados de tráfego pelos Serviços de Informações, prosseguindo com um estudo de José Joaquim Fernandes Oliveira Martins sobre a tutela constitucional do património cultural. Seguem-se-lhes três comentários de jurisprudência. Hong Cheng Leong analisa o alcance da indemnização pelo sacrifício, tratada no Acórdão n.º 83/2022, Luís Sousa da Fábrica a questão da representação judiciária do Estado pelo Ministério Público, tratada no Acórdão n.º 857/2022, e Nuno Brandão o

problema da apreensão de *webmail* em processo contraordenacional, tratada nos Acórdãos n.º 91/2023 e n.º 314/2023.

Eis o terceiro número da Revista Portuguesa de Direito Constitucional, cuja publicação só é possível graças ao interesse e diligência dos Autores, ao cuidado e rigoroso empenho dos elementos do seu Conselho de Redação e ao sempre entusiástico apoio da AATRIC. Mas permita-se-nos que a última palavra de gratidão seja reservada aos revisores que acederam a colaborar com a RPDC: o zelo e a qualidade aplicados nesse labor irremediavelmente anónimo contribuíram de modo decisivo, não apenas para a qualidade deste número, mas sobretudo para a riqueza dos debates a que este pretende dar corpo.

A Direção da RPDC

COMUNICAÇÕES DO V SEMINÁRIO DA AATRIC – JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL RECENTE

Parâmetros de Estado de Direito em Pandemia – Uma Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo sobre o «Regime da Situação de Calamidade»*

Ravi Afonso Pereira

Provedor-Adjunto de Justiça

I. O «regime da situação de calamidade»

Quando, em Maio de 2020, cessou a vigência do estado de emergência declarado pelo Presidente da República, no contexto do levantamento gradual das medidas de confinamento com vista a iniciar a fase de recuperação e revitalização da vida em sociedade e da economia, ficou a saber-se que muitas das medidas de distanciamento social que serviam para proteger a saúde pública se iriam manter por um longo período.

Tal processo — o «Plano de Desconfinamento» — foi anunciado como «a transição do estado de emergência para o estado de calamidade». Foi para o efeito concebido pelo Governo um «regime da situação de calamidade», que veio publicado como anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º

* O presente texto teve na sua origem a comunicação feita no V Seminário da Associação dos Assessores do Tribunal Constitucional — *Jurisprudência Constitucional Recente*, realizado a 14 de Dezembro de 2022 na Sala de Actos do Tribunal Constitucional. Por opção do Autor, segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico em vigor desde 2009.

33-A/2020, de 30 de Abril, que declara a situação de calamidade, no âmbito da pandemia da doença Covid-19¹.

As principais medidas então adoptadas, sendo relativamente menos severas do que aquelas que vigoraram durante o estado de emergência, não deixariam ainda assim de afectar o dia-a-dia dos cidadãos. Pense-se na proibição de ajuntamentos de mais de 10 pessoas na via pública ou na proibição de realização de celebrações e de outros eventos que implicassem uma aglomeração de pessoas em número superior a 10. O próprio «dever cívico de recolhimento domiciliário», apesar de não ser rigorosamente um dever jurídico, não deixaria de causar constrangimentos, designadamente na medida em que, face à fiscalização do seu cumprimento por parte das autoridades, os cidadãos se viam na situação de ter que se justificar sempre que interpelados.

Tendo todas essas medidas sido determinadas exclusivamente pelo Governo, através de resolução do Conselho de Ministros, e, portanto, sem intervenção de qualquer outro órgão de soberania, a principal questão que se põe é a de saber se as mesmas gozam de *legitimidade democrática*.

Para que fique claro, ao assim equacionar a questão, não se está a pôr em causa a legitimidade democrática do Governo enquanto tal. Em Portugal, o Governo é um órgão de soberania cuja legitimidade democrática institucional e funcional é inquestionável. Ela resulta, desde logo, da própria opção constitucional de separação de funções na medida em que tal opção radica no povo, enquanto poder constituinte. Uma vez constituídos, todos os poderes do Estado são, sob o ponto de vista funcional-institucional, igualmente democraticamente legitimados. Ou seja, uma vez que o poder executivo se funda na Constituição, e tratando-se de uma Constituição democrática, é óbvio que desta retira legitimidade democrática. Além disso, o Governo goza de legitimidade democrática organizatória-pessoal, uma vez que os seus membros são nomeados pelo Presidente da República que é, ele próprio, democraticamente eleito através de sufrágio universal, directo e secreto dos cidadãos e também tendo em conta os resultados das eleições legislativas e, portanto, a composição da Assembleia da República. Verifica-se, desse modo, uma «cadeia ininterrupta de legitimização democrática» entre os membros do Governo e o povo².

¹ Um relato sobre o que foi acontecendo entre Março de 2020 e Maio de 2021, no contexto de uma reflexão sobre os problemas do Estado direito, encontra-se em PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Cadernos da Pandemia* n.º 3 — Estado de Direito [publicação electrónica], Lisboa: 2021, disponível em https://www.provedor-jus.pt/documentos/estado_direito_c3_2021.pdf.

² O conceito de «cadeia de legitimização democrática» é utilizado pelo nosso Supremo Tribunal Administrativo, justamente a propósito da apreciação da medida de proibição de ajuntamentos de mais de 10 ou de 20 pessoas e da medida de proibição de deslocação para fora do concelho do domicílio, respectivamente, nos Acórdãos

Simplesmente, para a legitimidade democrática ser efectiva é ainda necessário que, no plano *material*, todos os órgãos do Estado sejam subordinados

da 1.ª Secção, de 10.09.2020, Proc. n.º 088/20.8BALS, e 31.10.2020, Proc. n.º 0122/20.1BALS. Na ciência do Direito Público, o conceito de «cadeia de legitimização democrática» deve-se a ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, “Demokratie als Verfassungsprinzip”, in Josef Isensee / Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl. Heidelberg: Müller, 2004, Bd. II, § 24, e viria a ser recebido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, nele se fundando, aliás, a sua jurisprudência, construída ao longo de várias décadas, em matéria de processo de integração europeia. Na democracia como princípio constitucional vai implicado o princípio da soberania popular. O exercício do poder público de autoridade não é pressuposto, antes deve ser legítimo. Tal legitimização só pelo titular da soberania — o povo — pode ser conferida. O que o princípio democrático traz de novo é que tal legitimização não se consuma no momento originário de constituição e organização do poder político antes se cumpre concretamente em cada exercício do poder público de autoridade. Ou seja, a legitimização democrática deve ser *efectiva*. A recondução desse exercício ao povo opera-se através da construção de uma categoria dogmática dedicada às formas de legitimização democrática. Segundo Böckenförde, devem distinguir-se três componentes: legitimização democrática funcional e institucional; legitimização democrática organizatória-pessoal; legitimização democrática material. A exigência de *legitimização democrática funcional e institucional* significa que o exercício do poder público de autoridade deve respeitar a opção constitucional de separação de funções na medida em que tal opção radica no povo, enquanto poder constituinte. Uma vez constituídos, todos os poderes do Estado são, sob o ponto de vista funcional-institucional, igualmente democraticamente legitimados. O fundamento da Administração deriva — em pé de igualdade com as demais funções do Estado — da constituição e, portanto, do povo, enquanto poder constituinte. Simplesmente para alcançar uma legitimização democrática efectiva são ainda — sobretudo — necessárias as componentes organizatória-pessoal e material. A *legitimização democrática organizatória-pessoal* vem dizer-nos que entre o titular do órgão que pratique um acto de autoridade e o povo deve existir uma cadeia de legitimização democrática ininterrupta («*ununterbrochene demokratische Legitimationskette*»). Os titulares do poder público devem, nos casos em que não é possível reconduzi-los de forma imediata a um acto de eleição popular, pelo menos ser nomeados por titulares que sejam, eles próprios ou por intermédio de outros titulares que, por sua vez, o sejam, democraticamente eleitos. Os titulares do poder público são assim, simultaneamente, receptores e transmissores de legitimização democrática. Decisivo é que a cadeia seja ininterrupta, isto é que pelo meio não surja um titular não-legitimado democraticamente. O parlamento surge assim, uma vez legitimado no acto eleitoral, como o transmissor incontornável de legitimização democrática. Por seu turno, a *legitimização democrática material* exprime-se de duas maneiras. Consiste, em primeiro lugar, em atribuir ao parlamento a função legislativa e em subordinar todos os órgãos do Estado à lei enquanto portadora de legitimidade democrática conferida pelo voto popular. Em segundo lugar, a legitimização democrática material cumpre-se através de mecanismos de controle a ser exercidos, quer responsabilizando os titulares dos mandatos no parlamento directamente perante o povo através da realização de eleições periódicas quer responsabilizando o governo — e, através dos seus ministros, a Administração pública — perante o parlamento. Entre estas duas expressões da legitimização democrática material existe uma correlação. Perante um menor grau de controle — como sucede em relação aos tribunais que gozam de independência — deve a subordinação à lei ser absoluta. Por sua vez, aí onde a lei seja indeterminada no seu conteúdo, torna-se o controle premente por forma a garantir a legitimização democrática material. A legitimização democrática material pressupõe a força dirigente da lei. Embora tal não implique a exclusão de outros instrumentos dirigentes, os mesmos apenas se tornam admissíveis na medida da sua conformidade com a lei. Por virem reforçar a sua força dirigente e na medida em que a ela se deixam reconduzir, tais instrumentos surgem ainda como portadores de legitimidade democrática. Tal significa também que a legitimidade de outros instrumentos dirigentes cessa sempre que os mesmos não puderem ser reconduzidos à lei. As formas de legitimização democrática organizatória-pessoal e material estão preordenadas à efectividade do princípio democrático. Simplesmente, apesar de uma finalidade comum, elas são analiticamente irreduzíveis. Nenhuma delas é substituível pela outra. Tal não significa, porém, que um nível de legitimização não seja atingido através de compensações. Dada a diversidade da organização administrativa, a prevalência de uma forma sobre a outra é extremamente variável. Decisivo é poder, perante cada caso concreto de exercício do poder público, reconduzir-se efectivamente a decisão ao povo.

à lei, enquanto portadora de legitimidade democrática conferida pelo voto popular. Ora, é justamente a este nível que surgem dúvidas a propósito das medidas adoptadas pelo Governo ao abrigo do autodenominado «regime da situação de calamidade».

As resoluções do Conselho de Ministros em questão, designadamente aquelas que declararam e prorrogaram a situação de calamidade em todo o território nacional, invocaram, como base legal, em vez de uma base legal consistente e sólida, uma plétora de diplomas legais.

Um desses diplomas foi a Lei de Bases da Protecção Civil³, que, verificados certos pressupostos, atribui competência ao Conselho de Ministros para declarar a situação de calamidade.

Ora, analisado o regime instituído nesse diploma, é manifesto que a declaração da situação de calamidade não está pensada para situações que se prolonguem indefinidamente no tempo e, além do mais, comprimam o exercício de direitos fundamentais de forma tão intensa. Está antes pensada para a expedita mobilização de meios, *no âmbito da protecção civil*, como resposta a eventos *específicos* e de duração efémera (catástrofes naturais como sismos, furacões, cheias ou inundações; derrocadas; incêndios de larga dimensão; um acidente grave que atinja infra-estruturas essenciais, *etc.*)⁴. Ou seja, está pensada para uma situação que, por ser inesperada, requeira, *urgentemente*, a adoção de medidas restritivas de curta duração (de horas ou, no máximo, dias). Não está pensada para prolongar-se por um período de tempo tão longo (de semanas ou meses) e não está pensada para situações para as quais — justamente na medida em que já não são, propriamente, inesperadas — seja possível conceber, atempadamente, um plano e adoptar as medidas adequadas. Daí se explicar que o legislador, ao desenhar o regime da Lei de Bases da Protecção Civil, não tenha sentido necessidade de prever a intervenção da Assembleia da República na eventual prorrogação da declaração da situação

³ Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho, alterada por último pela Lei n.º 80/2015, de 3 de Agosto.

⁴ Nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 9.º, que tem como epígrafe «[p]ressupostos das situações de alerta, contingência e calamidade», «[a] situação de calamidade pode ser declarada quando, face à ocorrência ou perigo de ocorrência de algum ou alguns dos acontecimentos referidos no artigo 3.º, e à sua previsível intensidade, é reconhecida a necessidade de adotar medidas de carácter excecional destinadas a prevenir, reagir ou repor a normalidade das condições de vida nas áreas atingidas pelos seus efeitos». O artigo 3.º contém a definição legal de acidente grave e de catástrofe. Nos termos do disposto no n.º 1 desse preceito legal, «[a]cidente grave é um acontecimento inusitado *com efeitos relativamente limitados no tempo e no espaço*, suscetível de atingir as pessoas e outros seres vivos, os bens ou o ambiente [italico nosso]». Por sua vez, de acordo com o seu n.º 2, «[c]atástrofe é o acidente grave ou a série de acidentes graves suscetíveis de provocarem elevados prejuízos materiais e, eventualmente, vítimas, afetando intensamente as condições de vida e o tecido socioeconómico em áreas ou na totalidade do território nacional».

de calamidade ou sequer tenha estabelecido mecanismos de monitorização parlamentar da sua execução⁵.

Ainda que assim se não entendesse, e no pressuposto de que a Lei de Bases da Protecção Civil daria cobertura legal para a adopção de medidas de resposta a uma pandemia, não ficariam resolvidas as dúvidas suscitadas quanto à legitimidade democrática, no plano material, das resoluções do Conselho de Ministros. É que a adopção, pelo Governo, de medidas que consubstanciem uma afectação — e uma afectação *intensa* — dos direitos e das liberdades dos cidadãos jamais poderá ir além daquilo que estiver expressamente previsto na lei. Ou seja, poderão, por exemplo, ser impostos limites ou condicionamentos à liberdade de circulação, não porque o Governo, sem mais, assim o determine, mas porque está habilitado por lei a adoptar, verificados certos pressupostos, essa medida concreta, de acordo com um procedimento preestabelecido e regulado. É a lei habilitante que serve de critério de actuação e de parâmetro de controlo da actuação do Governo.

Com efeito, o prévio enquadramento legislativo das medidas a adoptar é uma das exigências fundamentais do princípio do Estado de direito. Tal exigência não seria satisfeita se a lei se limitasse a autorizar o Governo a adoptar as medidas que, em cada caso, [o Governo] entendesse necessárias. Mais do que isso, desse princípio decorre que tem de ser a lei, ela própria, a preestabelecer, de forma precisa, que *medidas concretas* é que, verificados os pressupostos da declaração da situação de calamidade, poderá o Governo vir a adoptar. Tanto maior é o grau exigível de densificação legislativa das medidas, quanto mais intensamente estas vierem afectar os direitos, liberdades e garantias, como tal consagrados na Constituição. E é por isso que, na Lei de Bases da Protecção Civil, vêm elencadas as medidas que, no âmbito da situação de calamidade, poderão ser adoptadas. Fora das medidas que aí estejam expressamente previstas, não é possível ao Governo, com fundamento na Lei de Bases da Protecção Civil, actuar. Compreender-se-á melhor o que queremos dizer ilustrando com um problema concreto.

Na Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 30 de Abril, a medida que veio proibir ajuntamentos de mais de 10 pessoas, autorizando a polícia a mandar dispersar (artigo 3.º, n.º 6), consubstancia uma restrição intensa das liberdades de reunião e de manifestação, repercutindo-se ainda

⁵ O controlo parlamentar resume-se à competência genérica de fiscalização pela Assembleia da República da actividade do Governo e da Administração (artigo 162.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição). Sobre o assunto cf. MANUEL DA SILVA GOMES, “As declarações situacionais na Lei de Bases da Protecção Civil: alerta, contingência e calamidade”, in Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro (Coord.), *Direito administrativo de necessidade e de exceção*, Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 97-165, pp. 151-153.

no pleno exercício da liberdade de culto. Sem querer pôr em causa a sua pertinência no contexto do combate à pandemia da Covid-19, tratando-se de uma restrição a direitos, liberdades e garantias, só um acto legislativo — e um acto legislativo *parlamentar* (artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*), da Constituição) — pode legitimar a adopção de tal medida.

Ora, sendo certo que, nos termos do disposto no artigo 21.º, n.º 2, alínea *b*), da Lei de Bases da Protecção Civil, a declaração da situação de calamidade pode estabelecer «a fixação, por razões de segurança dos próprios ou das operações, de limites ou condicionamentos à circulação ou permanência das pessoas [...]», é manifesto que essa norma se refere à permanência de pessoas nas zonas atingidas pelo acidente — como se torna claro pela referência às operações em matéria de protecção civil — e não ao número de pessoas admissíveis *em qualquer local*⁶. Além disso, é inequívoco que a possibilidade de limitar ou condicionar a circulação ou permanência de pessoas em determinados espaços só é possível, nos termos dessa disposição legal, «por razões de segurança dos próprios ou das operações» e não para qualquer outra finalidade de interesse público⁷. Tal significa que desse preceito não se pode retirar uma habilitação legal para o Governo proibir, *em termos gerais* — geográfica e temporalmente não-circunscritos — e para finalidades alheias à protecção civil (prevenção, protecção e socorro de pessoas e bens em situação de acidente grave ou catástrofe), o exercício de direitos e liberdades fundamentais.

Terá sido por isso que na referida Resolução do Conselho de Ministros e noutras da mesma índole, ao estabelecer o «regime da situação de calamidade», o Governo invocou, como base legal, além da Lei de Bases da Protecção Civil, outros diplomas legais. Além da Lei de Bases da Protecção Civil, o Governo invocou, como base legal, a Lei que institui um Sistema de Vigilância em Saúde Pública⁸, os artigos 12.º e 13.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março, no qual foram estabelecidas medidas excepcionais relativas à pandemia da doença Covid-19, e ainda a alínea *g*) do artigo 199.º da Constituição.

⁶ V., ainda, o artigo 32.º, n.º 2, alínea *d*), nos termos do qual compete ao Governo, ao declarar a situação de calamidade, «adoptar [...] as medidas de carácter excepcional destinadas a repor a normalidade das condições de vida nas zonas atingidas [itálico nosso]».

⁷ Essa delimitação do âmbito material da norma decorre aliás da própria finalidade da protecção civil definido no artigo 1.º da Lei de Bases da Protecção Civil: «A protecção civil é a actividade desenvolvida pelo Estado, regiões autónomas e autarquias locais, pelos cidadãos e por todas as entidades públicas e privadas com a finalidade de prevenir riscos colectivos inerentes a situações de acidente grave ou catástrofe, de atenuar os seus efeitos e proteger e socorrer as pessoas e bens em perigo quando aquelas situações ocorram».

⁸ Lei n.º 81/2009, de 21 de Agosto.

Poderia argumentar-se que, ao invocar essa multitude de bases legais, é o Governo a reconhecer, ele próprio, a inadequação e insuficiência de qualquer um desses actos legislativos, autonomamente considerados, para as medidas que então se propôs adoptar. A lógica subjacente terá sido a de que, ao actuar em contexto de «emergência administrativa», é legítimo que o Governo se faça valer de todas as fontes legais disponíveis na ordem jurídica, ainda que dispersas. De acordo com essa premissa, poderia, portanto, o Governo, a partir de fontes distintas do poder legislativo parlamentar e governamental, através de resolução do Conselho de Ministros, proceder a uma recomposição perfeitamente harmoniosa, definindo o «regime da situação de calamidade»⁹.

Ora, põe-se assim a questão de saber até que ponto, mesmo no contexto da emergência administrativa, é admissível que o Governo, *no exercício da função administrativa*, produza uma «manta de retalhos» a partir de fragmentos de regimes autonomamente estabelecidos em actos legislativos dispersos, cujo âmbito material está devidamente delimitado, que consubstancie um regime jurídico autónomo. Dito de outro modo, pode o Governo, no exercício da função administrativa, *reconstruir e recompor a ordem jurídica*, tal como criada no exercício da função legislativa do Estado? Ou, ainda de outro modo, a emergência administrativa torna dispensável a exigência de uma habilitação legal expressamente conferida?

Há bons argumentos a favor. Desde logo argumentos de bom senso. Mas também argumentos jurídicos.

Se, após conferir com os seus serviços de apoio jurídico, o Governo tivesse chegado à conclusão de que não dispunha de poderes legais para adoptar as medidas necessárias de apoio à pandemia, será que deveria então, pura e simplesmente, «ficar de braços cruzados»? Seria razoável que o País ficasse tanto tempo em «compasso de espera» enquanto se elaborava as propostas de lei a apresentar à Assembleia da República e se aguardava a conclusão do processo legislativo até à publicação da legislação em Diário da República? Teria sido preferível que o Governo e as autoridades de saúde se tivessem limitado a recolher informação e a fazer recomendações à população sobre

⁹ Tenha-se presente que tal aconteceu num contexto em que, previamente, durante a vigência do estado de emergência, o Governo havia assumido a produção de normas jurídicas em sede de «regulamentação» do estado de emergência. Criticando a manutenção do Governo «na condição do “grande poder normativo”» no momento da transição do estado de emergência constitucional para uma situação de emergência administrativa», cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Abdicação parlamentar na emergência e continuação da abdicação na calamidade”, in *Observatório Almedina* [publicação electrónica], 21 de Maio de 2020, disponível em https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/05/21/abdicacao-parlamentar-na-emergencia-e-continuacao-da-abdicacao-na-calamidade/#notah_h.

os comportamentos a adoptar, confiando numa estratégia de cooperação por parte da sociedade?

A resposta a todas essas perguntas é: «não sabemos». E não sabemos, porque tudo depende da avaliação que, então, o Governo terá feito do custo da sua não-actuação. Com a informação de que então se dispunha ou falta dela, não era, de todo em todo, previsível qual a evolução da situação epidemiológica no país, qual a dimensão da pandemia em termos de incidência na população e em termos de perda de vidas humanas. Mesmo que hoje, em retrospectiva, se saiba um pouco mais sobre o fenómeno e a evolução que foi sofrendo, reportando-nos nós à data em que o Governo teve de decidir sobre o que deveria ou não fazer, é razoável que a avaliação que na altura foi feita tenha sido a da absoluta necessidade de agir como agiu, *ainda que ilegalmente*.

Esse raciocínio que é do domínio do bom senso corresponde também a uma doutrina jurídica, desenvolvida pelo Conselho de Estado francês, a propósito de eventos decorridos durante a Primeira Guerra mundial, segundo a qual, em circunstâncias excepcionais, uma decisão ou acção da Administração que, em circunstâncias normais, seria considerada ilegal, pode, verificados certos requisitos, ser considerada legítima¹⁰. Na sua formulação actual, de acordo com a doutrina de *circonstances exceptionnelles*, tais requisitos são: (i) a Administração ter sido impossibilitada, devido a circunstâncias excepcionais (guerra, insurreição ou catástrofes naturais), de actuar em observância da lei; (ii) a Administração ter agido, objectivamente, na prossecução do interesse público; (iii) a violação do princípio da legalidade ser proporcional à prossecução do interesse público que determinou a actuação da Administração. A verificação do preenchimento de cada um destes requisitos é avaliada, em cada caso, pelos tribunais administrativos. Em suma, o Direito aceita compressões a um princípio tão importante, como é o caso do princípio da legalidade da Administração, se o custo de observar, rigorosamente, esse princípio for desproporcionadamente superior.

Também não temos dúvidas de que o Governo actuou exclusivamente no interesse público. As medidas de distanciamento físico e social que foram adoptadas não foram medidas arbitrárias. Tiveram na sua base recomendações da comunidade científica — desde a Organização Mundial da Saúde, o Centro Europeu de Prevenção e Controlo das Doenças e, a nível nacional, a Direcção-Geral da Saúde — e como finalidade a protecção da vida humana e da saúde, que são direitos fundamentais, como tal consagrados na Constituição da

¹⁰ A designação inicial da doutrina era *pouvoirs de guerre et circonstances exceptionnelles*. Conseil d'État, 21 de Junho de 1918 (*Heyriès*) e Conseil d'État, 28 de Fevereiro de 1919 (*Dol e Laurent*).

República Portuguesa. Ou seja, o Governo adoptou medidas que, mesmo na ausência de uma habilitação legal expressa, se limitaram a cumprir deveres que o Estado tem de proteger esses direitos fundamentais. Daí as resoluções do Conselho de Ministros terem invocado a alínea g) do artigo 199.º da Constituição, nos termos do qual compete ao Governo, no exercício de funções administrativas «[p]raticar todos os atos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades coletivas».

Porventura mais duvidosa é a questão de saber se não teria sido possível ter-se preparado atempadamente a legislação necessária, designadamente durante o período de 45 dias de vigência do estado de emergência, entre Março-Maio de 2020. Com efeito, durante todo esse período, e como resulta da própria Constituição, a Assembleia da República manteve-se em funções e poderia ter aprovado o quadro legal que se revelasse necessário para a fase subsequente.

Seja como for, atendendo à intensidade do sacrifício que é imposto aos direitos e às liberdades, a que não é alheia a sua natureza tendencialmente duradoura, o problema da falta de base legal das resoluções do Conselho de Ministros que declararam a situação de calamidade nos termos em que o fizeram, estabelecendo um regime jurídico autonomamente criado pelo Governo, no exercício da função administrativa, não pode deixar de suscitar apreensão, sobretudo numa perspectiva dos seus efeitos, a longo prazo.

Num Estado de direito democrático, é ao legislador parlamentar que cabe a definição do enquadramento legal da actuação da Administração Pública, sobretudo se tal actuação vier interferir intensamente com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. As medidas de resposta a uma pandemia carecem, assim, de enquadramento em um *sistema ordenador*, especificamente concebido pelo legislador parlamentar. Entre os vários mecanismos de salvaguarda que terão que estar previstos destaca-se o de o parlamento ter o poder, por exemplo através da previsão inicial de «sunset clauses» mas também de outros mecanismos adicionais, de avaliar a necessidade ou não de se prolongar a vigência das medidas de emergência adoptadas pelo Governo¹¹.

¹¹ Uma «sunset clause» é uma disposição prevista na própria lei que define um prazo para a sua vigência, obrigando, caso tal seja necessário, a uma nova deliberação parlamentar a aprovar um novo acto legislativo para dar cobertura às medidas de emergência a adoptar pelo Governo. A inclusão de «sunset clauses» na legislação de emergência no contexto da pandemia da Covid-19 foi, logo de início, expressamente recomendada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. V. *Emergency measures and Covid-19* [publicação electrónica], 27 de Abril de 2020, disponível em https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/EmergencyMeasures_COVID19.pdf. Por exemplo, em França, a lei que procedeu a uma alteração do

A esse respeito, importa precisar que foi o próprio Conselho de Ministros a fixar em 15 dias a duração da situação de calamidade — a Lei de Bases da Protecção Civil não estabelece qualquer duração¹² —, com sucessivas prorrogações, exclusivamente determinadas pelo Conselho de Ministros, sem a intervenção de outro órgão de soberania¹³, designadamente sem a

Código da Saúde Pública, nele introduzindo um Capítulo a prever a possibilidade de ser declarado o «estado de emergência sanitária», passando a constar dos seus artigos L. 3131-12 a L. 3131-2 (Capítulo I-bis do Título III do Livro I da Parte III), estabeleceu que esse Capítulo do Código da Saúde Pública apenas seria aplicável até 1 de Abril de 2021. V. artigo 7.º da *Loi n.º 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19* [Journal officiel, n.º 0072, 24 de Março de 2020]. Note-se que, além dessa garantia, outros mecanismos de salvaguarda existem. Com efeito, o «estado de emergência sanitária», declarado ao abrigo desse Capítulo do Código da Saúde Pública, apenas pode vigorar por um mês, estando a sua eventual prorrogação sujeita a autorização por lei parlamentar, que fixa a sua duração definitiva (artigo L. 3131-14 do Código da Saúde Pública). Note-se, que, entretanto, uma parte significativa do regime foi revogada pelo artigo 1.º da *Loi n.º 2022-1089 du 30 juillet 2022 mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie à la covid-19* [Journal officiel, n.º 0176, 31 de Julho de 2022]. Na Alemanha, o poder regulamentar excepcional conferido ao Ministro da Saúde Federal está dependente da declaração, pelo Bundestag, da verificação de «uma situação epidémica de âmbito nacional», que pode também, a qualquer momento, deixando de verificar-se os respectivos pressupostos, fazer cessar essa situação (Secção 5, parágrafo 1, 1.ª e 2.ª frases, da Lei de Protecção contra Doenças Infecciosas («Infektionsschutzgesetz»), de 20 de Julho de 2000 [BGBl. I S. 1045], com alterações subsequentes), tendo o parlamento alemão na alteração que a esse diploma foi feita pela primeira Lei para a Protecção da População («Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite»), de 27 de Março de 2020 [BGBl. I S. 587], expressamente incluído uma «sunset clause» a determinar que jamais poderia essa situação durar para lá de 31 de março de 2021 [essa disposição viria a ser, posteriormente, revista através da Lei para a prorrogação das medidas relativas a uma situação epidémica de âmbito nacional («Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen»), de 29 de Março de 2021 (BGBl. I S. 370)].

¹² Outra parece ser a interpretação do Supremo Tribunal Administrativo que refere que as normas que regulam os regimes excepcionais de alerta, contingência e calamidade da Lei de Bases da Protecção Civil exigem a renovação das medidas por períodos sucessivos (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10.09.2020, Proc. n.º 088/20.8BALSB, ponto 8.1.3.). O Acórdão não refere, no entanto, que normas seriam essas, além de que a palavra «exigem» surge entre aspas.

¹³ Note-se que as medidas que a Lei de Bases da Protecção Civil prevê que possam ser pelo Governo adoptadas no âmbito da situação de calamidade (artigo 21.º, n.º 2), correspondem, *grosso modo*, às medidas que, em Espanha, podem ser adoptadas pelo Governo na vigência do *estado de alarma*, as quais vêm elencadas no artigo 11.º da *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio* [Boletín Oficial del Estado, n.º 134, de 5 de Junho de 1981], a saber: a) *limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos*; b) *practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias*; c) *intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados*; d) *limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad*; e) *impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto*. Há, no entanto, uma diferença fundamental. Atendendo à severidade dessas medidas da perspectiva das restrições impostas aos direitos e às liberdades, em Espanha, a referida lei estabelece um limite temporal de quinze dias para a declaração, pelo Governo, do *estado de alarma*. Após esse período, a prorrogação do *estado de alarma* depende de autorização do Congresso dos Deputados — exigência estabelecida, aliás, ao nível constitucional (artigo 116.º, n.º 2, da Constituição espanhola) — que poderá estabelecer o alcance e as condições vigentes durante o novo período (artigo 6.º, n.º 2). Ao longo do primeiro semestre de 2020, tendo o Governo espanhol, por deliberação do Conselho de Ministros de 14 de março, declarado o *estado*

possibilidade jurídica de a Assembleia da República fazer cessar ou sequer opor-se à prorrogação da situação de calamidade declarada pelo Governo. Ora, a possibilidade de prolongar indefinidamente um regime que, na prática, permite ao Governo legislar por decreto é seriamente problemática e contraria as orientações do Conselho da Europa, designadamente no que respeita à exigência de que a prorrogação da vigência de regimes de emergência esteja sujeita a uma avaliação quanto à necessidade da mesma por parte do parlamento¹⁴.

Num outro plano, mesmo admitindo que, face a alguma imprevisibilidade da evolução da situação epidemiológica, é da própria natureza de uma emergência sanitária que a lei delegue no Governo a decisão quanto às medidas concretas a adoptar, não só tal habilitação tem de decorrer expressa e inequivocamente da própria lei como, além disso, tem a lei que estabelecer critérios objectivos que balizem a actuação governamental, não podendo traduzir-se num «cheque em branco» ao poder executivo. Reconhecendo nós tratar-se aqui de um problema particularmente difícil de resolver, na medida em que implica encontrar o justo equilíbrio entre, por um lado, a necessidade de alguma flexibilidade na actuação do Executivo e da própria evolução da evidência científica disponível, sob pena de ineficácia na resposta à pandemia, e, por outro lado, preocupações de Estado de direito e de legalidade, temos por seguro que estas últimas não podem deixar de estar presentes e foi justamente a busca desse equilíbrio que caracterizou o debate público noutros Estados-Membros da União Europeia¹⁵.

de alarma por um período inicial de quinze dias, a sua prorrogação foi sempre precedida de discussão e de autorização parlamentar, tendo o Congresso dos Deputados autorizado, por último, na sessão de 3 de junho, a sexta e última prorrogação do *estado de alarma* até 21 de junho.

¹⁴ Conselho da Europa, Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states, 7 de Abril de 2020 [disponível em: <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40>], ponto 2.2.: «During the state of emergency, governments may receive a general power to issue decrees having the force of the law. This is acceptable, provided that those general powers are of a limited duration. The main purpose of the state of emergency regime (or alike) is to contain the development of the crisis and return, as quickly as possible, to the normality. Prolongation of the state of emergency regime should be subject to the control of its necessity by parliament. An indefinite perpetuation of the general exceptional powers of the executive is impermissible».

¹⁵ Outra a posição do Supremo Tribunal Administrativo. No Acórdão da 1.ª Secção, de 10.09.2020, Proc. n.º 088/20.8BALSB, que analisaremos mais adiante, após uma exposição do quadro legislativo aplicável à emergência administrativa, afirma-se «[ser] este o quadro legislativo parlamentar adequado e necessário a um *Estado de Direito de emergência sanitária*, ou seja, um quadro legislativo de habilitação das medidas administrativas de emergência, pois só esta via é compaginável com a *dinâmica de uma situação de crise de saúde pública e com a adopção das medidas adequadas para a sua contenção e mitigação*, sendo absolutamente impensável que as medidas necessárias para o efeito, mesmo as restritivas de direitos, liberdades e garantias, pudessem ser adoptadas por via legislativa parlamentar». Sendo mais do que duvidoso que, mesmo no

Ora, quanto à Lei de Bases da Protecção Civil, além de todos os problemas que identificámos — a começar pelo facto de o seu âmbito de aplicação se cingir a *matéria de protecção civil* (e não a matéria de protecção da saúde pública) —, nela não encontramos nenhuma norma a habilitar o Governo a adoptar medidas de emergência para além daquelas que nesse diploma estejam expressamente previstas¹⁶. Ou seja, a Lei de Bases da Protecção Civil não *delega* no Governo, antes reserva para si própria, o elenco das medidas a adoptar.

Tal delegação na Ministra da Saúde existe, sim, no artigo 17.º da Lei que institui um Sistema de Vigilância em Saúde Pública¹⁷. Essa delegação é, no entanto, feita em termos excessivamente vagos, não vindo acompanhada de qualquer esforço para parametrizar a produção normativa regulamentar através de critérios objectivos, pelo que uma sua interpretação excessivamente ampla não satisfaz minimamente as exigências próprias de um Estado

plano estritamente jurídico, seja correcto esse entendimento, o que é certo é que em outros Estados-Membros houve uma preocupação justamente em limitar o âmbito da delegação ao poder executivo. V., com referência à discussão na Holanda, Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, *Coronavirus pandemic in the EU – Fundamental Rights implications: focus on social rights*, Bulletin 6, 1 September – 31 Octobre 2020, pág. 16, disponível em https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-coronavirus-pandemic-eu-bulletin-november_en.pdf. Em França, a *Défenseure des droits*, chamou justamente a atenção para a importância de se discutir a questão da delegação do Parlamento no poder executivo, no quadro de um debate público de fundo (Claire Hédon: «L'existence d'un débat démocratique de fond sur le caractère adapté des mesures sanitaires favoriserait la cohésion sociale», *Le Monde*, 24 de Outubro de 2020). Na Alemanha, a preocupação de limitar o âmbito da delegação efectuada pela Secção 5, parágrafo 2, da *Infektionsschutzgesetz*, no Ministro da Saúde Federal levou o parlamento alemão a rever essa disposição em Novembro de 2020 (*Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, de 18.11.2020 [BGBl. I S. 2397]), densificando os critérios legais para a adopção de medidas restritivas dos direitos e das liberdades.

¹⁶ A tal entendimento não se opõe o disposto na alínea *d*), do n.º 2, do artigo 32.º, pois as medidas de carácter excepcional a que esse preceito se refere não poderão ir além do âmbito material de declaração de calamidade, tal como fixado nos termos do artigo 21.º.

¹⁷ Esse preceito atribui, verificados certos pressupostos, um poder regulamentar excepcional à Ministra da Saúde (e não ao Conselho de Ministros). A sua invocação, como base legal, nas resoluções do Conselho de Ministros é, por isso, no mínimo, pouco ortodoxa. O desvio à lei no que respeita ao órgão competente para a prática do acto nela previsto apenas se pode explicar pela consciência de que, atendendo à severidade das medidas adoptadas, se estava a ir muito além daquilo que é consentido por essa disposição legal. Ou seja, ter-se-á procurado compensar a falta de legitimidade material com a maior legitimidade formal conferida por uma deliberação colegial, em Conselho de Ministros. Problema idêntico verificou-se em França, quando, a 16 de Março de 2020, no momento inicial de resposta à crise da pandemia Covid-19, um decreto assinado pelo Primeiro-Ministro, pelo Ministro da Saúde e pelo Ministro da Administração Interna, determinou um confinamento geral a nível nacional, que entraria em vigor no dia seguinte e duraria até ao final desse mês (*Décret n.º 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19* [Journal officiel, n.º 0066, 17 de Março de 2020]). A base legal invocada por esse decreto foi o artigo L. 3131-1 do Código da Saúde Pública, disposição que atribui competência para a adopção de medidas de polícia de emergência sanitária ao Ministro da Saúde.

de direito¹⁸. Como também não satisfaz tais exigências o facto de se não estabelecer qualquer limite quanto à duração dessas medidas de emergência que, por definição, terão de ser temporárias, estando o seu prolongamento para além de um determinado período de tempo — que teria que estar fixado na própria lei —, necessariamente, sujeito a validação parlamentar.

Com este quadro legal, entendemos que o «regime da situação de calamidade» é incompatível com as exigências próprias de um Estado de direito. Saber até que ponto estamos dispostos a ir, enquanto comunidade, nas restrições aos direitos e liberdades fundamentais para efeitos de eficácia no combate a uma pandemia é matéria de *deliberação parlamentar* por excelência, sobre a qual é provável e saudável que haja debate e desacordo, prevalecendo no fim a decisão da maioria. Numa democracia constitucional, cabe ao indivíduo, através dos seus representantes, consentir nas decisões que redundem em restrições aos seus direitos e liberdades fundamentais. Não aos ministros reunidos em Conselho de Ministros.

A tudo o que já se disse acresce ainda a extrema dificuldade, por razões processuais (relativas à tramitação dos processos de fiscalização abstracta da constitucionalidade), de o Tribunal Constitucional poder exercer um controlo jurisdicional efectivo sobre as medidas adoptadas através das diversas resoluções do Conselho de Ministros que declararam ou prorrogaram a situação de calamidade. Houve decisões, que analisaremos de seguida, em que a jurisdição administrativa apreciou algumas das medidas no âmbito da declaração da situação de calamidade, designadamente a medida de proibição de ajuntamentos de mais de 10 ou de 20 pessoas¹⁹ e a medida de proibição de circulação para fora do concelho do domicílio²⁰. É, no entanto, problemático o facto de não ter sido possível garantir que a conformidade dessas e de outras medidas adoptadas pelo Governo com os direitos fundamentais fosse, oportunamente e em tempo útil, apreciada por aquele que, nos termos da Constituição, «é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional» (artigo 221.º da Constituição)²¹.

¹⁸ Uma interpretação ampla parece ser contrariada pelo facto de ser a própria Lei que institui um sistema de vigilância em saúde pública, no seu artigo 18.º, a admitir expressamente a necessidade de vir a ser declarado o estado de emergência constitucional.

¹⁹ Acórdão da 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo, de 10.09.2020, Proc. n.º 088/20.8BALS.B.

²⁰ Acórdão da 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo, de 31.10.2020, Proc. n.º 0122/20.1BALS.B.

²¹ Por exemplo, na República da Eslovénia, uma medida de conteúdo idêntico, de proibição de circulação para fora do concelho do domicílio, foi apreciada pelo respectivo Tribunal Constitucional, que considerou que tal restrição da liberdade não só prosseguia um objetivo constitucionalmente legítimo

Dito isto, é importante que se diga também que, não obstante todos esses riscos sistémicos para a democracia e o Estado de direito, resultantes do enquadramento legal do «regime da situação de calamidade», numa apreciação global, e sem prejuízo de uma ou outra medida concreta poder suscitar dúvidas²², as resoluções do Conselho de Ministros foram exclusivamente determinadas pelo dever que incumbe ao Estado de proteger a vida humana e a saúde pública, foram equilibradas e tiveram a preocupação de não ir além do estritamente necessário, incluindo no que respeita ao regime sancionatório aplicável, tendo aí o Governo sido selectivo nas regras cuja violação implicaria a cominação e a participação por crime de desobediência e privilegiando, genericamente, o quadro contraordenacional, quando não mesmo o modelo de recomendação na expectativa do acatamento voluntário das regras por parte dos cidadãos. O facto de as resoluções do Conselho de Ministros fixarem uma duração de 15 dias, estando a sua eventual prorrogação sujeita a uma reavaliação em função da evolução da situação epidemiológica e da opinião de peritos, são aspectos positivos que merecem ser assinalados. Como também deve ser realçada a assunção pelo Governo do compromisso de reporte à Assembleia da República das medidas adoptadas no âmbito da declaração da situação de calamidade. O problema é que tal resultou de um acto de autolimitação do poder por parte do Governo, não estando garantido que, no futuro, com outros protagonistas, tal abertura para com os valores da democracia e do Estado de direito se venha a verificar. Num Estado de direito, a subordinação da actividade da Administração Pública à lei e ao interesse público tem que ser uma subordinação jurídica e não resultar de actos voluntários ou de compromissos assumidos pelos titulares dos cargos políticos²³.

como respeitava as exigências do princípio da proporcionalidade. Decisão do Tribunal Constitucional da República da Eslovénia, Opravilna št. U-I-83/20, de 27 de agosto de 2020.

²² Estamos a referir-nos ao prolongamento do encerramento de locais de culto e da proibição de celebração de cerimónias religiosas entre 3 e 29 de Maio de 2020, mesmo para lá da cessação de vigência do estado de emergência, tal como previsto no calendário do plano de desconfinamento, publicado em anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-C/2020, de 30 de Abril. Teria sido desejável a atempada adopção de medidas menos restritivas da liberdade de culto, designadamente a sujeição da celebração de cerimónias religiosas a orientações específicas definidas pela Direcção-Geral da Saúde, como, de resto, posteriormente, veio a suceder (cfr. artigo 12.º, n.º 1, alínea a), do «regime da situação de calamidade», publicado em anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 40-A/2020, de 29 de Maio). Tais orientações específicas constam da Orientação n.º 029/2020 de 29 de Maio de 2020.

²³ Com efeito, pelas razões que já sabemos, a Lei de Bases da Protecção Civil não contém nenhum regime deste tipo. A Lei de Vigilância em Saúde Pública prevê apenas que as orientações e normas regulamentares emitidas pela Ministra da Saúde no exercício dos poderes de autoridade, com força executiva imediata, no âmbito das situações de emergência em saúde pública sejam comunicadas à Assembleia da República

II. A jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo

Ainda em 2020 viriam a ser conhecidas as primeiras decisões judiciais relativamente aos direitos afectados por medidas constantes das resoluções do Conselho de Ministros que haviam declarado as situações de alerta, contingência ou calamidade.

Acionado através do meio processual previsto nos artigos 109.º e seguintes do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, o Supremo Tribunal Administrativo (STA) foi chamado a pronunciar-se sobre a medida que estabelecera a proibição de ajuntamentos de mais de 10 ou de 20 pessoas²⁴. Entre outros fundamentos invocados, os requerentes alegavam que a norma em questão carecia de habilitação legal e não satisfazia as exigências de densidade normativa (artigos 18.º, n.º 2 e 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição).

Ao enquadrar a questão, o STA começa por fazer referência ao conjunto de acções judiciais que têm vindo a ser propostas em muitos Estados (sobretudo em Estados-membros da União Europeia) como reacção às medidas de emergência sanitária adoptadas pelas diferentes autoridades estaduais e de saúde pública na luta contra a pandemia da Covid-19, considerando que a questão sob apreciação não se diferencia em muito das inúmeras questões aí tratadas, as quais, em síntese, se reconduzem, quase sempre, «ao problema da “suficiência” da base legislativa habilitante das medidas governativas de combate à pandemia [...] fundada nos regimes legais de excepção administrativa, seja em matéria de protecção civil e reacção contra catástrofes [...], seja em matéria de saúde pública e prevenção de infeções [...], seja ainda no da própria prorrogação do “estado de emergência constitucional”». Afirma o Tribunal que «o conjunto destas decisões judiciais vem densificando o que se pode denominar como «parâmetros do Estado de Direito em estado de emergência administrativa sanitária e o nível e as vias de protecção de direitos fundamentais durante a respetiva vigência».

Nesse enquadramento, qualquer “limitação” de direitos decorrente das medidas administrativas de combate e mitigação — independentemente da

(artigo 17.º, n.º 4).

²⁴ Acórdão da 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo, de 10.09.2020, Proc. n.º 088/20.8BALSB. Essa decisão inaugura uma linha jurisprudencial que, com maior ou menor adesão expressa, no essencial, é seguida em acórdãos posteriores que apreciaram outras medidas constantes das Resoluções do Conselho de Ministros: Acórdão da 1.ª Secção, de 31.10.2020, Proc. n.º 0122/20.1BALSB (com voto de vencido do Conselheiro Carlos Carvalho); Acórdão da 1.ª Secção, de 27.06.2021, Proc. n.º 085/21.6BALSB (com voto de vencido do Conselheiro Carlos Carvalho e com declaração de voto da Conselheira Maria Benedita Urbano); e Acórdão da 1.ª Secção, de 27.06.2021, Proc. n.º 086/21.4BALSB (com voto de vencido do Conselheiro Carlos Carvalho).

subsunção ou não da lesão jusfundamental ao regime jurídico de uma restrição do direito fundamental de reunião — tem de ser avaliada com base nos seguintes pressupostos: (i) na excepcionalidade e temporalidade das medidas adoptadas; (ii) na existência de uma concreta cadeia ininterrupta de legitimação democrática para a medida em causa; (iii) na respectiva legitimação por via da internormatividade técnica internacional e da comparação e interdependência administrativa.

Quanto ao primeiro critério, relativo à excepcionalidade e temporalidade das medidas adoptadas, o Tribunal, após sublinhar a obrigatoriedade de renovação sucessiva da medida, lembra que a mesma foi adoptada em contexto de crise pandémica, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde. Quanto a este último ponto, o STA faz alusão à jurisprudência constitucional firmada no período da crise económica e financeira, da qual decorreria o dever de tomar em consideração os «contextos de crise» no julgamento de constitucionalidade.

Quanto ao segundo critério, que manda atender à existência de uma concreta cadeia ininterrupta de legitimação democrática para a medida em causa, entende o Tribunal que não só existe uma previsão legal expressa da medida (artigo 17.º da Lei que Institui um Sistema de Vigilância em Saúde Pública), «como a própria *adopção da mesma* se encontra “arroupada” por um amplo leque de diplomas parlamentares que constituem a sua *cadeia ininterrupta de legitimação*, os quais, de resto, estão expressamente enunciados no preâmbulo das Resoluções do Conselho de Ministros».

Na sua análise, o Tribunal conclui que não só estão preenchidos os parâmetros mínimos exigíveis em Estado de direito democrático, como seria impensável a exigência de uma lei habilitante mais parametrizada e com mais garantias. Nas palavras do acórdão:

E é este o quadro legislativo parlamentar adequado e necessário a um *Estado de Direito de emergência sanitária*, ou seja, um quadro legislativo de habilitação das medidas administrativas de emergência, pois só esta via é compaginável com a *dinâmica de uma situação de crise de saúde pública e com a adopção das medidas adequadas para a sua contenção e mitigação*, sendo absolutamente impensável que as medidas necessárias para o efeito, mesmo as restritivas de direitos, liberdades e garantias, pudessem ser adoptadas por via legislativa parlamentar. O arcaboço legislativo existente em Portugal e nos outros países da União Europeia (para recorrermos a um comparador próximo) para o Estado de Direito da Emergência sanitária assenta em leis parlamentares que

habilitam a actuação do Governo no caso de se verificar a situação de emergência e que nessa habilitação prevêm, de forma genérica, as medidas que tradicional e comumente a experiência demonstrou que são ajustadas ao efeito.

O Tribunal dá também por verificado o preenchimento do terceiro critério, relativo à legitimação por via da internormatividade técnica internacional e da comparação e interdependência administrativa, o qual «contribui, de forma significativa, para o reforço da cadeia de legitimação democrática da medida e para a *suficiência da densidade jusconstitucional* de um Estado de Direito de Emergência Sanitária». Para o efeito, é referido que, segundo o Centro Europeu de Prevenção e Controlo das Doenças, em Agosto de 2020, 22 dos 31 Estados adoptaram a medida de proibição de ajuntamentos, que existiam recomendações da Organização Mundial da Saúde nesse sentido e que o fenómeno da globalização exige agilidade na coordenação e uma “quase simultaneidade” na aplicação de medidas para garantir a eficácia do combate a um fenómeno como uma pandemia, exigências para as quais apenas o direito administrativo se revela um (o único) instrumento apto.

Por último, o STA deixa uma nota para sublinhar que não são aplicáveis, neste caso, os argumentos expendidos pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 424/2020, de 31 de julho, por não estar em causa (como ali) uma situação de privação da liberdade²⁵.

A fundamentação do Acórdão pode ser resumida em três argumentos.

O primeiro argumento é o de que a medida em questão tem cobertura legal. Segundo o STA, a mesma tem uma previsão legal *expressa* em lei

²⁵ O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 424/2020, de 31 de Julho, apreciou, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, no âmbito de um recurso interposto pelo Ministério Público de uma decisão do Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada que julgou procedente uma providência de *habeas corpus* e determinou a imediata restituição do cidadão à liberdade, a conformidade constitucional de normas contidas em resoluções do Conselho do Governo Regional dos Açores, nos termos das quais se impôs o confinamento obrigatório, por 14 dias, dos passageiros que aterrassem na Região Autónoma dos Açores, numa altura em que já não vigorava a declaração do estado de emergência. O tribunal *a quo*, ao abrigo do artigo 204.º da Constituição da República Portuguesa, havia recusado a aplicação dessas normas, entre outras razões, por o confinamento configurar uma medida privativa da liberdade, matéria sujeita a reserva de lei parlamentar para a qual não havia habilitação legal bastante, em violação do artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição. O Tribunal Constitucional, negando provimento ao recurso, veio confirmar essa decisão, com um enquadramento dogmático relevante, do qual se retirava já a ideia de *descontinuidade radical* entre «poder administrativo de excepção» e «poder de emergência constitucional», que, a propósito de uma outra questão de constitucionalidade, relacionada, por seu turno, com o regime que vigorara durante a declaração do estado de emergência, viria a ser, pela primeira vez, expressamente formulada no importante Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 352/21, de 27 de Maio. Posteriormente, a propósito de normas do «regime da situação de calamidade», a jurisprudência do Acórdão n.º 424/2020, de 31 de Julho seria mantida (Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 88/2022, 89/2022 e 90/2022, todos de 1 de Fevereiro).

parlamentar (Lei que Institui um Sistema de Vigilância em Saúde Pública). Além disso, a adopção da medida encontra-se «arroupada» por um conjunto amplo de diplomas que constituem a sua cadeia ininterrupta de legitimação.

O segundo argumento é o de que a norma satisfaz as exigências de densidade normativa. O STA entende ser «[...] absolutamente impensável que as medidas necessárias para o efeito, mesmo as restritivas de direitos, liberdades e garantias, pudessem ser adoptadas por via legislativa parlamentar».

O terceiro argumento é o de que a norma goza de legitimação técnica (primazia da actividade administrativa). Não só a medida em questão corresponde, no essencial, às recomendações da Organização Mundial da Saúde, como, além disso, a eficácia do combate a uma pandemia, num mundo globalizado, pressupõe a coordenação, a agilização e a celeridade das medidas a adoptar.

Esses três argumentos são desenvolvidos a partir de uma premissa que é a de que, em pandemia, a limitação de direitos decorrente das medidas administrativas de combate e mitigação tem de ser avaliada com base naqueles três pressupostos que servem de enquadramento, tal como enunciados pelo Tribunal, os quais, por sua vez, decorreriam do surgimento, extraível a partir de uma leitura da jurisprudência comparada, de um *Estado de Direito da emergência sanitária*.

III. Breve avaliação crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo

Importa começar por assinalar a elevada qualidade doutrinária do acórdão. Ao procurar enquadrar a questão que tinha para resolver numa reflexão ampla e profunda sobre aquilo que são os parâmetros de Estado de direito em pandemia, o STA elevou o debate para um patamar de análise próprio de um tribunal superior. A síntese que é feita da jurisprudência comparada e a sua recondução ao problema da suficiência da base legislativa habilitante das medidas governativas de combate à pandemia revela uma atitude crítica que, indo para além da resolução do caso concreto, permitiu identificar e discutir adequadamente aquilo que, por ser essencial, verdadeiramente importa discutir.

Tal feito é particularmente notável se tivermos presente a circunstância de, à data da prolação do Acórdão, as dimensões jurídico-constitucionais de uma pandemia ainda não terem sido suficientemente aprofundadas pela ciência do Direito Público em termos de permitir ter uma convicção firme sobre o seu enquadramento dogmático e, por essa via, servir para auxiliar todos aqueles que têm a seu cargo o exercício da função jurisdicional do Estado.

O nosso contributo, não obstante consistir em expor as fragilidades da jurisprudência do STA, deve ser interpretado, desde logo, como o reconhecimento de que a mesma se revela um elemento precioso e incontornável para o debate científico sobre um tema tão fundamental como seja os parâmetros de Estado de direito em pandemia, que, com serenidade, deve ter continuidade.

Dito isto, e retomando a análise do Acórdão da 1.^a Secção do STA, de 10.09.2020, oferece-nos as maiores dúvidas a enunciação inicial dos critérios para a verificação da suficiência da base legislativa habilitante. Sendo a finalidade que predetermina esse enquadramento a definição dos parâmetros do Estado de Direito em estado de emergência administrativa sanitária e o nível e as vias de protecção de direitos fundamentais durante a respetiva vigência, a enunciação de tais critérios assume, logo à partida, uma pré-compreensão do problema assente em categorias conceptuais controversas, tais como a própria ideia de «emergência administrativa sanitária». Sem prejuízo de se apreciar o esforço de construção dogmática empreendido no Acórdão, o que é certo é que as premissas em que assenta toda a sua fundamentação reconduzem-se à ideia de primazia do direito administrativo em contexto de emergência. Essa ideia não está suficientemente fundamentada e não pode ser extraída, sem mais, de uma amostra muito selectiva da jurisprudência comparada, que, sob o pretexto de que tal não seria compaginável com a economia da fundamentação de um processo urgente, não vem analisada e escrutinada de forma satisfatória. Seja como for, como veremos mais adiante, há bons argumentos que conduzem à rejeição dessa ideia.

Ainda que se aceitasse essas premissas e os critérios enunciados, o que é certo é que a aplicação de tais critérios no Acórdão é problemática.

No que respeita ao primeiro critério, relativo à excepionalidade e temporalidade das medidas adoptadas, o STA, ao ponderar o critério da temporalidade, argumenta que a medida era temporária, uma vez que as normas que regulam os regimes excepcionais de alerta, contingência e calamidade da Lei de Bases da Protecção Civil exigem a renovação das medidas por períodos sucessivos. O Acórdão não refere, no entanto, que normas seriam essas, além de que a palavra «exigem» surge entre aspas. A interpretação do STA assenta num equívoco. Na realidade, foi o próprio Conselho de Ministros a fixar a duração da situação de calamidade — a Lei de Bases da Protecção Civil não estabelece qualquer limite temporal —, com sucessivas prorrogações, exclusivamente determinadas pelo Conselho de Ministros, sem a intervenção de outro órgão de soberania, designadamente sem a possibilidade jurídica de

a Assembleia da República fazer cessar ou sequer opor-se à prorrogação da situação de calamidade declarada pelo Governo. A temporalidade da medida era assim meramente contingente, pois resultava de um acto de autolimitação do Governo, que fixava livremente a sua duração sendo que tinha na sua inteira disponibilidade a possibilidade da sua prorrogação sucessiva, como, aliás, viria a acontecer.

Além disso, carece de sentido a referência feita à chamada «jurisprudência da crise». Nesta sempre estiveram em causa normas emanadas pelo legislador democraticamente legitimado, nunca se tendo posto a questão da falta ou insuficiência de base legal. Do que então se tratava era de determinar, para efeitos da sua avaliação à luz de parâmetros constitucionais *materiais* —, se as medidas previstas em leis do orçamento do Estado operavam a título definitivo ou apenas a título transitório.

Por sua vez, no que respeita ao segundo critério, que manda atender à existência de uma concreta cadeia ininterrupta de legitimação democrática para a medida em causa, a construção do STA assenta numa utilização pouco rigorosa desse conceito. Segundo Böckenförde, a legitimação democrática da Administração analisa-se em três componentes: legitimação democrática funcional e institucional; legitimação democrática organizatória-pessoal; legitimação democrática material²⁶. Ora, enquanto o Autor desenvolve o conceito de cadeia ininterrupta de legitimação democrática ao nível da legitimação democrática organizatória-pessoal, o STA utiliza-o no plano da legitimação democrática material, em ordem a demonstrar que a medida em questão tem cobertura legal (previsão legal expressa em lei parlamentar) e que a sua adopção se encontra «arroupada» por um conjunto amplo de diplomas que constituem a sua cadeia ininterrupta de legitimação. Outro equívoco, portanto, em que assenta a jurisprudência em análise.

Por último, no que respeita ao terceiro critério, relativo à legitimação por via da internormatividade técnica internacional e da comparação e interdependência administrativa, embora seja uma ideia interessante para se discutir no plano científico e doutrinário²⁷, não se está perante uma doutrina suficientemente consolidada em termos de habilitar a decisão judicial.

²⁶ V. *supra*, nota 2.

²⁷ Cf. JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Bens, Males e (E) (Estados) (In)constitucionais: Socialidade e Liberdade(s): Notas sobre uma Pandemia”, in *Revista Estudos Institucionais*, vol. 6, n.º 3, Set./Dez. 2020 [pp. 787-832], pp. 805 ss. e PEDRO LOMBA, “Constituição, Estado de Emergência e Administração Sanitária: Alguns Problemas”, *E-Publica*, n.º 27, 2020, pp. 27-43.

É certo que, desde há muito que a ciência do Direito Público se ocupa da questão de saber se é possível justificar e compensar a insuficiência da legitimação democrática da Administração com a sua superior legitimação técnica. No domínio específico da protecção da saúde pública, evidentemente que a determinação do grau de densidade normativa exigível deve atender às especificidades desse domínio de regulação, em que a própria natureza e eficácia das medidas a adoptar pressupõem um conhecimento sobre as características de uma concreta emergência de saúde pública (por exemplo, de uma epidemia) que é, necessariamente, dinâmico e que, por definição, não se tem no acto de legislar.

Tal significa que não é exigível ao legislador que especifique na lei, com um nível máximo de detalhe e em termos esgotantes, todas as medidas concretas cuja adopção pelo Governo, pelas autoridades de saúde e demais autoridades administrativas possa vir a ser necessária, subtraindo qualquer *produção normativa* à Administração. Tal exigência não só não seria razoável como a ela se opõe uma leitura adequada do princípio da reserva de lei. A menor densidade legal poderá ser compensada pela legitimação técnica dos peritos, desde que haja mecanismos de prestação de contas (regras de impedimentos e incompatibilidades, exigências de transparência e publicidade dos procedimentos, mecanismos de revisão pelos pares, *etc.*). Seguramente que caberá então ao Ministro da Saúde a aprovação de normas regulamentares e à Direcção-Geral da Saúde a emissão de normas técnicas e orientações dirigidas às autoridades, às empresas e à população, no quadro de uma estratégia de resposta a uma concreta emergência de saúde pública, fundamentadas no nível de risco para a saúde pública. Simplesmente, a essa produção normativa pela Administração ou pelo Governo, no exercício da função administrativa, tem de preexistir um quadro legal habilitante, ao qual a mesma possa ser indubitavelmente directa ou indirectamente reconduzida, que preveja também mecanismos de controlo adequados, justamente face à menor viabilidade de a lei servir de instrumento dirigente e de parâmetro de controlo da actividade administrativa. Ou seja, esse quadro legal tem de ter conteúdo prescritivo, não podendo a definição dos seus elementos essenciais ficar inteiramente na disponibilidade da Administração. Tanto maior é o grau exigível de densificação legislativa das medidas, quanto mais intensamente estas vierem afectar os direitos, liberdades e garantias, como tal consagrados na Constituição. Ora, manifestamente, pelas razões que já vimos, as normas invocadas pelo Governo como base legal para a definição do «regime da situação de calamidade», o qual estabeleceu medidas intensamente restritivas

dos direitos e das liberdades, ficava muito aquém desse patamar de exigência.

Por outro lado, embora, no domínio da proteção da saúde pública, o papel da Organização Mundial da Saúde em matéria de alerta global em caso de surto e de resposta face a ocorrências de saúde pública de âmbito internacional, em conformidade com o seu mandato, esteja expressamente previsto no Regulamento Sanitário Internacional, ratificado pelo Estado português, de onde resultam deveres para as autoridades responsáveis no sentido de assegurar a aplicação das medidas sanitárias previstas nesse Regulamento, designadamente de implementar as recomendações dirigidas pela OMS aos Estados Partes, daí não se retira que tais recomendações adquiram, elas próprias, força jurídica no direito interno ou que possam servir para mitigar o regime de protecção dos direitos, liberdades e garantias.

Assim, tendo percorrido e analisado cada um dos critérios enunciados na jurisprudência do STA para a verificação da suficiência da base legislativa habilitante, podemos concluir que essa jurisprudência consubstancia uma construção judicial do «estado de emergência administrativa sanitária», assente na diluição da dicotomia «estado de excepção» e «normalidade constitucional». Ora, em sentido oposto, a jurisprudência constitucional tem enfatizado a *descontinuidade radical* entre «poder administrativo de excepção» e «poder de emergência constitucional»²⁸.

Ao assim proceder, a jurisprudência do STA falha no essencial. Ao contrário do pressuposto de que parte, é *sobretudo* em situações de emergência que mais precisamos das garantias que só a lei nos dá. Com efeito, é inconcebível que a ordenação da vida social possa ser definida pelo poder executivo ou no exercício do poder discricionário da Administração, ainda que sujeitos a controlo judicial. Tanto assim que, como aliás a jurisprudência do STA bem demonstra, em situações de emergência verifica-se uma clara tendência para o poder judicial ser extremamente *deferente* para com o poder executivo e para com a Administração.

Ora, a construção judicial do «estado de emergência administrativa sanitária» não só conduz inevitavelmente a um excesso de concentração de poder no Governo e à subalternização do papel do Parlamento como, num

²⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 352/21, de 27 de maio, ponto 12: «Esta diferença reflecte, como é bom de ver, a *descontinuidade radical* entre o poder administrativo de excepção, que não pode de modo algum exceder os limites materiais e o quadro de competências próprios da normalidade constitucional — estando-lhe totalmente vedada a emissão de normas em toda a matéria de reserva de lei —, e o poder de emergência constitucional, que nasce exclusivamente com a declaração de um estado de excepção e que implica uma concentração extraordinária de poder executivo fundada no n.º 8 do artigo 19.º da Constituição».

plano mais profundo, provoca a erosão da autoridade da lei como instrumento dirigente e parâmetro de controlo da atividade administrativa, com efeitos sistémicos permanentes e irreversíveis.

A esse propósito importa refutar o argumento de que seria impensável, face à dinâmica de uma situação de crise de saúde pública, que as medidas necessárias para o efeito, mesmo as restritivas de direitos, liberdades e garantias, fossem adoptadas por via legislativa parlamentar e de que, portanto, o direito administrativo seria o único instrumento apto²⁹. Tanto assim, que, em outros Estados-Membros da União Europeia, logo no início da pandemia e várias vezes ao longo das diferentes fases do período pandémico, foi perfeitamente possível adotar ou rever a legislação pertinente em termos de assegurar a cobertura legal necessária. Ora, isso não aconteceu por acaso. Saber até que ponto estamos dispostos a ir, enquanto comunidade, nas restrições aos direitos e liberdades fundamentais para efeitos de eficácia no combate a uma pandemia é matéria de *deliberação parlamentar* por excelência, sobre a qual é provável e saudável que haja debate e desacordo, prevalecendo no fim a decisão da maioria. Numa democracia constitucional, cabe ao indivíduo, através dos seus representantes, consentir nas decisões que redundem em restrições aos seus direitos e liberdades fundamentais.

²⁹ Aliás, quanto a este ponto, há uma precisão importante que é feita no Acórdão da 1.ª Secção do STA, de 31.10.2020, Proc. n.º 0122/20.1BALSb, e que contraria o argumento segundo o qual seria impensável a exigência de uma lei habilitante mais parametrizada e com mais garantias, como havia concluído o Acórdão da 1.ª Secção do STA, de 10.09.2020, Proc. n.º 088/20.8BALSb. No Acórdão de 31.10.2020, em sede de apreciação da conformidade constitucional do conteúdo da medida à luz do princípio da proporcionalidade, afirma-se o seguinte: «a ausência de um quadro legislativo especial para os poderes de autoridade em contexto de pandemia não pode inviabilizar totalmente, no contexto de um estado de normalidade constitucional, como o actual, a adopção de medidas necessárias à gestão do risco de propagação da doença, sempre e quando as mesmas encontrem a sua fonte de legitimação parlamentar mediante cadeias normativas e se atenham à proporcionalidade que lhes é exigida». O STA vem reconhecer que, afinal, é possível um quadro legal habilitante, mas desvaloriza o facto de o mesmo não existir. No entender do Tribunal, tratando-se de medidas necessárias e proporcionais, minimamente reconduzíveis a uma base legal, elas poderão ser legitimamente adoptadas. O problema desse raciocínio está, desde logo, no facto de, nos termos da Constituição (artigo 18.º, n.º 2), o juízo sobre se tais medidas são ou não necessárias ou proporcionais não caber nem ao Governo nem ao STA (a expressão, contida nesse preceito constitucional, «a lei só pode [...]» significa, desde logo que *só* a lei pode). Sendo possível e hipotizável — como é — uma lei parlamentar que tivesse vindo estabelecer, com a densidade legal constitucionalmente exigível, o quadro de combate à pandemia e habilitasse o Governo a actuar, a sua ausência, ao contrário do que afirma o STA, é jurídico-constitucionalmente relevante. Ao não retirar as devidas consequências da «ausência de um quadro legislativo especial para os poderes de autoridade em contexto de pandemia», o STA retirou pressão ao Governo para que promovesse a sua adopção. Com efeito, só muito mais tarde, em parte devido à divulgação da reflexão feita pelo Provedor de Justiça nos Cadernos da Pandemia, onde se sustentou faltar uma lei (*supra*, nota 1, pp. 37-42), se viria a proceder, por decisão do Primeiro-Ministro, à constituição de uma comissão técnica para o estudo e elaboração de anteprojectos de revisão do quadro jurídico vigente em função da experiência vivida durante a pandemia da doença COVID-19 (Despacho n.º 6668/2021, de 29 de junho, publicado em *Diário da República*, 2.ª Série — C, n.º 131, de 8 de julho de 2021, pp. 24-25).

Em suma, não vemos razões para acolher a premissa essencial em que assenta a jurisprudência do STA, segundo a qual, em pandemia, a limitação de direitos decorrente das medidas administrativas de combate e mitigação tem de ser avaliada com base em pressupostos decorrentes do surgimento de um *Estado de Direito da emergência sanitária*. Pelo contrário, vemos bons argumentos para rejeitar a densificação judicial da categoria de «parâmetros do Estado de Direito em estado de emergência administrativa sanitária». Em nosso modo de ver, no contexto de uma pandemia, ou de qualquer outra emergência de saúde pública, os parâmetros de Estado de direito são os mesmos de sempre e, portanto, as questões que se venham a pôr podem e devem ser resolvidas no quadro da dogmática geral dos direitos fundamentais.

Emergência Sanitária, Ius Ambulandi e Constituição – Uma Relação Inevitavelmente Conflitual*

Sandra Oliveira e Silva

*Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto;
Investigadora integrada do CIJ – Centro de Investigação Jurídica
sosilva@direito.up.pt*

I. Introdução

A pandemia de COVID-19 provocou uma catástrofe sanitária de proporções ciclópicas, que obrigou a uma reação rápida dos Estados no sentido de minimizar os contágios e travar a propagação da doença ou, pelo menos, reduzir a velocidade da sua disseminação. O isolamento dos doentes e infetados, a imposição de quarentenas e confinamentos profiláticos, a suspensão de atividades e serviços, a instituição de cordões sanitários ou a limitação da liberdade de circulação entre concelhos, foram algumas das medidas preventivas impostas um pouco por todo o mundo.

Em Portugal, a adoção das referidas medidas não se apresentou especialmente problemática durante o estado de emergência: em estado de exceção constitucional, e de modo a que se criem as condições para que seja restaurada a normalidade, admite-se a suspensão parcial de direitos fundamentais e atribuem-se ao executivo poderes (de outra forma intoleráveis) de restrição das liberdades fundamentais.

Fora desse quadro de exceção constitucional, e ainda que alguma catástrofe, acidente ou emergência sanitária justifiquem a atuação pronta das autoridades públicas, toda a intervenção restritiva de direitos fundamentais tem forçosamente

* Fazendo jus à sua natureza, este texto mantém-se fiel ao estilo informal e ao tom ensaístico da comunicação oral a que serviu de base. À AATRIC, na pessoa dos Senhores Drs. António Manuel Abrantes e Bárbara Churro, agradeço o amável convite e o honroso desafio.

de se conter dentro dos limites formais, orgânicos e materiais impostos pela Constituição. Por definição, os direitos fundamentais, o princípio da separação de poderes e os normais mecanismos de *checks and balances* na atuação dos órgãos de soberania recuperam a sua plena vigência logo que restaurada a normalidade constitucional. As situações de calamidade, contingência e alerta conformam estados de exceção administrativa¹, mas não podem ser lidas ou tratadas como estados de exceção constitucional «atípicos» – proibidos pelo artigo 19.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP). Embora destinadas a responder a acontecimentos anormais de risco para a vida das pessoas, o ambiente ou a saúde pública, as providências e medidas administrativas adotadas nesse âmbito, se restritivas de direitos fundamentais, têm de encontrar fonte de legitimação em lei parlamentar (ou decreto-lei autorizado) e respeitar os limites materiais enunciados no artigo 18.º da Constituição.

As palavras seguintes pretendem discutir a admissibilidade, em contexto de normalidade constitucional, de medidas de isolamento individual destinadas a evitar a disseminação de doença contagiosa. A lealdade para com o leitor obriga a uma advertência: não se espere encontrar nestas linhas mais do que um desprezioso exercício de exegese jurisprudencial, uma espécie de glosa a uma seleção de acórdãos do Tribunal Constitucional.

A primeira lição que a «jurisprudência pandémica» permitiu colher situa-se no plano *formal-orgânico*: a restrição de direitos fundamentais para acudir a crises de saúde pública em tempos de normalidade constitucional não é legítima se não existir uma prévia lei parlamentar que forneça o adequado enquadramento normativo à atuação do Governo. Estando em discussão um Anteprojeto de Lei de Proteção em Emergência de Saúde Pública², empreendeu-se já um tímido primeiro passo no caminho para afastar os problemas apontados em dezenas de acórdãos do Tribunal Constitucional.

Para não se tornar num simples repetitório jurisprudencial ou num mero retalho de memória histórica, estas notas marginais privilegiam o tópico da eventual inconstitucionalidade *material* de medidas de confinamento individual de doentes / infetados e isolamento profilático de contactos de risco – como as que, ao abrigo daquela lei, poderão vir a ser adotadas no futuro. Não tanto, obviamente, a inconstitucionalidade material que possa resultar de uma eventual violação do princípio da proporcionalidade (cf. artigo 18.º da CRP). Essa só pode ser aferida perante um retrato completo da norma

¹ Cf. artigo 8.º da Lei de Bases da Proteção Civil (Lei n.º 27/2006, de 3 de julho).

² O texto do Anteprojeto pode ser consultado em <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/comunicacao/documento?i=anteprojeto-de-lei-de-protecao-em-emergencia-de-saude-publica>.

restritiva, o que implica o conhecimento quer do exato recorte normativo das disposições da lei de emergência sanitária que preveem medidas de isolamento ou confinamento (ainda em discussão), quer do sentido e alcance que em definitivo lhes seja atribuído no momento da sua densificação e aplicação concreta (a que apenas poderá aceder-se perante uma situação de emergência real). E daí que a nossa análise se cinja à questão da possibilidade mesma, à luz da Constituição em vigor, de medidas individuais de confinamento ou isolamento profilático por razões de saúde pública. Uma discussão que se situa, portanto, a *montante* daquela outra referida ao respeito pelo princípio da proporcionalidade e que dela é *pressuposto*.

Colocada em termos simples, a pergunta a que importa dar resposta é a seguinte: a Constituição admite, na atual configuração das suas normas, que uma pessoa doente ou infetada por doença contagiosa, ou simplesmente suspeita de infeção, possa ser obrigada a permanecer no seu domicílio, num quarto de hotel ou numa unidade de saúde, como forma de prevenir a disseminação da patologia?

A resposta a esta pergunta supõe que se identifique, primeiro, qual de entre os direitos fundamentais imediatamente convocáveis – o direito à liberdade pessoal ou o direito de deslocação – servirá, em definitivo, de parâmetro à apreciação **(II)**. Concluindo-se ser esta uma medida limitativa da liberdade pessoal, teremos de enfrentar nova interrogação: toda a limitação da liberdade monta a privação dela ou admitem-se restrições da liberdade (permitidas se proporcionais) ao lado das privações (proibidas fora dos casos tipificados) **(III)**? E sendo o caso de uma verdadeira privação da liberdade, encontrará ela fundamento em alguma das alíneas do artigo 27.º, n.º 3, da CRP **(IV)**? Tudo isto para concluir se se impõe ou não a previsão específica, em sede de revisão constitucional, da possibilidade de confinamento ou internamento de portador de doença infetocontagiosa **(V)**.

II. O parâmetro material de aferição: direito à liberdade pessoal (artigo 27.º) ou direito de deslocação (artigo 44.º)?

Nas decisões que se pronunciam sobre a (in)constitucionalidade material das medidas de confinamento e isolamento pós-estado de emergência (todas da 2.ª secção), são discerníveis dois entendimentos diferentes sobre o sentido e alcance do direito de deslocação a que se refere o artigo 44.º da CRP.

Para um – o acolhido pelos acórdãos n.ºs 489/2022 e 490/2022 –, o direito de deslocação seria um corolário do direito de liberdade, que o legislador constituinte teria individualizado como direito autónomo.

Corresponderia, em termos simples, «a um direito a livremente entrar e sair de locais públicos ou privados», conferindo ao seu titular as faculdades de «livre passagem e permanência em qualquer lugar», bem como de «circulação pelas vias públicas» – faculdades que sempre decorreriam do artigo 27.º da CRP³. Assim vistas as coisas, o direito de deslocação equivaleria a uma manifestação periférica (não nuclear) do direito à liberdade, admitindo, ao contrário deste, restrições por razões de saúde pública. Entre os artigos 27.º e 44.º da Constituição existiria uma relação de continuidade dogmática: todas as limitações do *ius ambulandi* seriam ou privações da liberdade (proibidas) ou restrições do direito de deslocação (permitidas), deixando de haver um espaço para se falar de restrições do direito à liberdade.

Noutro entendimento – assumido pelos acórdãos n.ºs 464/2022, 465/2022 e 466/2022 –, atribui-se ao direito de deslocação um âmbito de proteção específico, que não se confunde com a área de tutela própria do direito à liberdade. Apesar de respeitar também ao arbítrio de movimentos, o artigo 44.º introduziria uma forma de tutela «peculiar e diferente em essência»: não estaria já em causa «a liberdade física do ser humano e a defesa contra a imobilização do seu corpo», mas a garantia do direito a deslocar-se entre (e nas) várias unidades territoriais do país, proibindo-se a criação de fronteiras intranacionais, de barreiras ao livre-trânsito ou de zonas de exclusão⁴. Em consonância com o princípio da unidade territorial do Estado, proibem-se obstáculos à migração ou circulação dentro do território nacional, numa dupla vertente: pela negativa, ninguém pode ser «impedido de deslocar-se para certa região (ou dentro de certa região) ou de nela fixar residência»; pela positiva, ninguém pode ser «obrigado a fixar-se em determinado local ou região (proibição de “desterro” ou “residência fixa”)⁵. Para esta compreensão, o direito de deslocação *pressupõe* a liberdade de movimentos – no sentido de que dele não goza a pessoa privada da liberdade –, mas não é em rigor uma sua derivação ou manifestação periférica. «É um *aliud*», como diz o Conselheiro Pedro Machete⁶. E a diferença seria clara: o direito de deslocação toma como critério a unidade territorial; o direito à liberdade, o espaço vital da pessoa.

³ Acórdão n.º 489/2022 (n.º 19); Acórdão n.º 490/2022 (n.º 14).

⁴ Acórdão n.º 464/2022 (n.º 11.1); Acórdão n.º 465/2022 (n.º 11.1); Acórdão n.º 466/2022 (n.º 10.1).

⁵ J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, “Anotação ao Artigo 44.º”, in *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 632, citado nos Acórdãos n.ºs 464/2022 e 465/2022 (n.º 10) e no Acórdão n.º 466/2022 (n.º 9).

⁶ Declaração de voto ao Acórdão n.ºs 489/2022 (n.º 1.1.).

A nitidez do recorte conceptual esbate-se no momento da aplicação prática. Perante uma norma que proíbe a circulação entre concelhos ou estabelece um cordão sanitário, dir-se-ia ser apenas convocável o direito de deslocação, ainda que seja pequena a área geográfica de referência (p. ex., um bairro ou um quarteirão). Contudo, na perspetiva de quem se encontra na zona de acesso restrito e dela não pode sair, a medida não se distingue da que obrigue os passageiros provindos de países com taxas de contágio mais altas a um período probatório num *resort* hoteleiro ou da que (por hipótese académica!) institua um acampamento para infetados como as antigas gafarias ou lazaretos. O primeiro conjunto de restrições é definido em torno de uma unidade territorial, e não «por referência à pessoa humana que se encontre nas condições nela previstas»⁷, mas o motivo da proibição é o mesmo – a maior probabilidade de determinadas pessoas estarem infetadas –, igual o seu efeito – o impedimento de deslocações para fora da área delimitada – e o fim que a anima – travar o contágio. A imposição do dever de isolamento domiciliário de estudantes da escola onde ocorreu um surto infeccioso não difere do estabelecimento de um cordão sanitário em torno de nove torres de habitação em Melbourne⁸, pelo menos não a ponto de justificar um distinto enquadramento jus-constitucional. Por outro lado, os exemplos de escola de restrições à liberdade de deslocação e residência contemplam medidas construídas por referência à pessoa, às suas características ou às condições em que se encontre, e não apenas às singularidades de determinada parcela de território – é o caso da sanção penal de desterro⁹, da instituição de guetos para os judeus, ou da proibição de fixação de residência em determinadas zonas centrais de uma cidade por pessoas com título de residência há menos de “x” anos¹⁰.

Cientes da dificuldade da distinção prática, os acórdãos n.ºs 464/2022, 465/2022 e 466/2022 acabam por capitular no seu esforço conceptual, admitindo que medidas como as cercas sanitárias ou a proibição de circulação entre concelhos, à primeira vista qualificáveis como restrições da liberdade de deslocação, possam afinal corresponder a restrições não-privativas da liberdade (na perspetiva das pessoas que estão fora e pretendem deslocar-se

⁷ Acórdão n.º 464/2022 (n.º 11.1); Acórdão n.º 465/2022 (n.º 11.1); Acórdão n.º 466/2022 (n.º 10.1).

⁸ O exemplo é real e foi descrito em REBEKAH McWHIRTER, “The right to Liberty in a pandemic”, *University of Queensland Law Journal* 40 (n.º 2) (2021), p. 163.

⁹ J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, “Anotação ao Artigo 44.º”, cit., p. 632.

¹⁰ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, “Liberdade de circulação”, in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. III, Lisboa: UCE, 2020, p. 2273.

para o espaço “x”), ou mesmo privações da liberdade (na ótica de quem está dentro do espaço “x” e é dele proibido de sair)¹¹. Não relevaria já o enfoque pessoal ou territorial da medida, mas a gravidade da afetação da liberdade por ela ocasionada à luz da situação concreta da(s) pessoa(s) atingida(s).

Sem prejuízo da autonomia dogmática do direito à liberdade e do direito de deslocação – sem a qual não se compreenderia a sua consagração em normas constitucionais distintas – existe entre eles uma íntima conexão evidente e uma ampla margem de sobreposição normativa. Não é pensável uma situação em que alguém goze do direito de deslocação e fixação de residência sem a concomitante liberdade de mover-se segundo o próprio arbítrio, podendo dizer-se que, na prática, o direito à liberdade «perde autonomia» e as faculdades de atuação individual que o integram são «integralmente consumida[s] pelo direito à deslocação»¹². Do mesmo modo, todas as restrições do direito de deslocação correspondem *in re ipsa* a uma compressão do direito à liberdade, seja qual for a natureza ou o fundamento da providência em causa. As decisões judiciais que proibem o toxicómano de frequentar o centro de Amesterdão onde se vendem drogas, o pirómano de entrar em áreas de mata protegida ou o namorado violento de se fixar na freguesia de residência da vítima; as providências administrativas gerais que interditam a circulação na zona crítica de um atentado terrorista, de uma descarga poluente ou da instabilidade de uma arriba; as normas que proibem a circulação entre concelhos ou estabelecem um cordão sanitário em torno de determinada localidade – todas ilustram uma restrição da liberdade de deslocação e uma concomitante compressão da liberdade ambulatoria.

Porém, nem todas as restrições do direito de deslocação configuram (felizmente!) autênticas *privações* da liberdade, garantia especificamente assegurada pelo n.º 2 do artigo 27.º. É nesta dimensão negativa de defesa contra o Estado que o direito à liberdade se destaca como garantia eidética: a de que ninguém pode ser «detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar»¹³. Toda a intromissão dos poderes públicos deverá deixar ao indivíduo este reduto mínimo de liberdade ambulatoria.

A distinção verdadeiramente decisiva estabelece-se, portanto, entre privações da liberdade e restrições não-privativas da liberdade. Quando se afirma que as quarentenas territoriais e as cercas sanitárias, «embora afetem a liberdade pessoal, respeitam especificamente (...) ao direito de deslocação e fixação em

¹¹ Acórdão n.º 464/2022 (n.º 11.1); Acórdão n.º 465/2022 (n.º 11.1); Acórdão n.º 466/2022 (n.º 10.1).

¹² Declaração de voto de Pedro Machete ao Acórdão n.º 489/2022 (n.º 1.1.).

¹³ J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, “Anotação ao Artigo 44.º”, cit., p. 478.

qualquer parte do território nacional»¹⁴, ensaia-se na verdade uma aproximação à distinção entre privações e simples restrições da liberdade: dizer que as medidas que limitam o espaço de ação pessoal em função de uma determinada parcela do território convocam em primeira linha o artigo 44.º equivale a afirmar que essas medidas não são *prima facie* privações da liberdade. Quando se distingue a proibição de voo para os Açores da obrigação de, aí chegado, permanecer num quarto de hotel, dizendo-se ser aquela antes de mais uma restrição do direito de deslocação e esta uma compressão do direito à liberdade¹⁵, opera-se uma decisiva redução da complexidade e faz-se um primeiro recorte normativo da realidade: a primeira situação não tem, à partida, o caráter de uma privação da liberdade; a segunda poderá bem sê-lo. No fundo, a eleição do parâmetro constitucional de análise, situando-o prioritariamente no artigo 44.º ou no artigo 27.º, é apenas uma antecipação intuitiva e provisória à distinção entre privações da liberdade (proibidas) e restrições não-privativas da liberdade (permitidas).

Mas a ser assim, não seria preferível reconduzir as providências limitativas da liberdade ambulatoria a privações do direito à liberdade (artigo 27.º) ou a restrições do direito de deslocação (artigo 44.º), seguindo a opção metodológica dos acórdãos n.ºs 489/2022 e 490/2022? Este é, de resto, o caminho trilhado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) que interpreta o artigo 5.º da Convenção como garantia contra privações arbitrárias da liberdade pessoal (*right to liberty*)¹⁶, não sendo relevantes para esse efeito as «simples restrições da liberdade de movimentos» (*freedom of movement*), que são reguladas pelo artigo 2.º do Protocolo n.º 4¹⁷. A estrita separação e não sobreposição entre o âmbito normativo de cada um dos direitos é uma consequência do princípio *pacta sunt servanda*. Uma vez que nem todos os Estados signatários da Convenção ratificaram o Protocolo n.º 4, o direito à liberdade não pode ser lido como incluindo o conjunto dos deveres negativos e positivos que integram o direito de deslocação¹⁸, mas apenas a defesa contra privações da liberdade *stricto sensu*, ou seja, aquelas que se traduzam em prisão, detenção ou confinamento físico equivalente¹⁹.

¹⁴ JORGE REIS NOVAIS, “Direitos fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia COVID-19”, *e-pública – Revista Eletrónica de Direito Público* 7 (n.º 1) (2020), p. 96, disponível em <https://scielo.pt/pdf/epub/v7n1/v7n1a05.pdf>.

¹⁵ JORGE REIS NOVAIS, “Direitos fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise”, *op. cit.*, p. 99.

¹⁶ *Engel c. Países Baixos*, 1976, § 58.

¹⁷ *Engel c. Países Baixos*, 1976, § 57; *De Tommaso c. Itália* [GC], 2017, § 80.

¹⁸ *Austin e Outros c. Reino Unido* [GC], 2012, § 55.

¹⁹ Voto de vencido do Juiz Gerald Fitzmaurice em *Guzzardi c. Itália*, 1980, n.ºs 6 e 7.

No plano interno não se coloca semelhante constrangimento interpretativo, ou seja, nada obsta – e, pelo contrário, tudo aconselha – a que se atribua ao artigo 27.º da CRP um programa normativo mais amplo, que compreenda a tutela contra todas as formas de compressão da liberdade física, mesmo as não reconduzíveis a privações dessa mesma liberdade.

Em suma, a admissibilidade constitucional de medidas de isolamento ou confinamento individual, à semelhança do que sucede com a proibição de circulação entre concelhos, a interdição de determinadas zonas críticas ou a imposição de cordões sanitários, deve aferir-se à luz de um duplo parâmetro: o direito à liberdade do artigo 27.º e o direito à deslocação do artigo 44.º. O preliminar enquadramento da medida como afetação do direito de deslocação constitui apenas um indício de que se está perante uma restrição não-privativa da liberdade, mas não dispensa a consideração atenta da norma do caso – que poderá conduzir a conclusão diversa.

III. Privações da liberdade v. restrições da liberdade

Na conceção acolhida pelos acórdãos n.ºs 489/2022 e 490/2022, todas as limitações do direito à liberdade correspondem a privações dela e apenas são legítimas nos casos tipificados no n.º 3 do artigo 27.º da CRP. Existem, claro, outras restrições permitidas do *ius ambulandi*: as reconduzíveis à compressão do direito de deslocação (artigo 44.º), entendido como manifestação periférica do direito à liberdade (artigo 27.º).

Pelo contrário, os acórdãos n.ºs 464/2022, 465/2022 e 466/2022 reconhecem um tríptico de medidas compressivas da liberdade de movimentos: as privações da liberdade, as restrições não-privativas da liberdade e as restrições do direito de deslocação, embora seja pouco claro o critério que permite (em abstrato) distingui-las. E idêntica trilogia é admitida, ainda que à luz de diferente critério de delimitação, nas declarações de voto do conselheiro Pedro Machete a todos os referidos acórdãos.

Parece-me correta esta tripartição das medidas limitativas da liberdade de movimentos. A par das limitações admissíveis ao direito de deslocação, também o direito à liberdade pessoal é suscetível de restrição, como qualquer outro direito²⁰. Como sublinha REIS NOVAIS, a evidência de todos os dias basta para comprová-lo: sempre que um automobilista é obrigado a parar ao sinal vermelho em observância de regras rodoviárias, sempre que o cumprimento

²⁰ Por todos, J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, “Anotação ao Artigo 27.º”, in *Constituição da República Portuguesa anotada...* op. cit., p. 479.

de uma obrigação legal obriga à presença e permanência num determinado serviço, temos restrições (legítimas) da liberdade física ou ambulatoria. No n.º 2 do artigo 27.º consagra-se «uma outra garantia dirigida a proteger contra as restrições mais graves e extremas à liberdade, contra a “privação total ou parcial da liberdade” e essa outra garantia já é tratada de forma substancialmente distinta pela Constituição»²¹. É consagrada com um carácter preciso, definitivo, absoluto: ninguém pode ser, total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser nas condições taxativamente enunciadas no n.º 3 do artigo 27.º. Será, assim, de presumir que o legislador constituinte adotou deliberadamente os termos *privação* / *privado* para se referir às medidas mais gravemente compressivas da liberdade, deixando para as outras a designação comum: *restrições*.

A distinção entre restrições da liberdade (admissíveis) e privações dela (*prima facie* proibidas) tem colocado dificuldades particularmente espinhosas à doutrina e à jurisprudência constitucional. Creio que o critério mais adequado não pode deixar de tomar como referente o elenco de hipóteses em que se admite, a título excecional, a privação da liberdade. Cada um dos casos referidos no n.º 3 do artigo 27.º representa, na ótica do legislador constituinte, uma privação da liberdade, se bem que excecionalmente permitida. Identificado o pivô aglutinador comum a cada uma das exceções, estaria encontrado o critério operativo adequado a discernir, de entre todas as medidas limitativas do *ius ambulandi*, as configuráveis como autênticas privações da liberdade. Se não é mais interessante do que a norma – como disse CARL SCHMITT a outro propósito –, a exceção pelo menos dá a conhecer e confirma a norma²².

É seguro que não pode erigir-se o contexto penal ou processual penal a critério agregador, sobretudo tendo em conta que o elenco do n.º 3 do artigo 27.º inclui também medidas puramente administrativas como a expulsão de estrangeiros (al. c)) ou o internamento compulsivo do portador de anomalia psíquica (al. h)), assim como medidas de natureza tutelar educativa (al. e)). A condenação judicial em pena de prisão ou medida de segurança é ainda o paradigma das privações legítimas da liberdade, explicando a localização sistemática do preceito imediatamente antes das garantias fundamentais em matéria penal, mas não as esgota²³.

²¹ JORGE REIS NOVAIS, “Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise”, op. cit., p. 103.

²² CARL SCHMITT, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von den Souveränität*, Berlin: Duncker & Humblot, 1922, p. 49.

²³ Contra, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Pensar no estado da exceção na sua exigência”, *Observatório Alameda*, 7 de abril de 2020, disponível em: <https://observatorio.alameda.net/index.php/2020/04/02/pensar-no-estado-da-excecao-na-sua-exigencia/>.

Creemos que não servirá igualmente o critério da institucionalização, de que lançaram mão os acórdãos n.ºs 489/2022 e 490/2022. Não se põe em causa que «o enquadramento institucional levanta diversos problemas, no plano dos direitos fundamentais: a pessoa institucionalizada fica isolada da sua comunidade, ao mesmo tempo que é forçada a conviver com os outros sujeitos que se encontram nas mesmas circunstâncias; perde um grau significativo de controlo sobre a própria vida, e fica impossibilitada de tomar livremente uma série de decisões que a afetam; além disso, no contexto de institucionalização, as exigências da organização prevalecem, em regra, sobre as necessidades e desejos individualizados de cada pessoa. Estar institucionalizado implica, pois, perder uma importante parte da liberdade de decisão sobre si mesmo, nas pequenas e grandes coisas: a pessoa institucionalizada não escolhe o que come, não define os seus horários ou rotinas, nem as visitas que pode ou não receber, não estabelece livremente os percursos de deslocação dentro da instituição, vê significativamente limitados os seus direitos à privacidade e à intimidade»²⁴.

Sendo indiscutível que a institucionalização comporta uma limitação particularmente grave da liberdade, não pode relevar para este efeito a intromissão noutras áreas de autodeterminação alheias à liberdade de movimentos. E a verdade é que nem todas as exceções do n.º 3 do artigo 27.º implicam o enquadramento institucional: basta pensar na detenção em flagrante delito (al. a)) ou por crime doloso punível com pena de prisão superior a três anos (al. b)), ou na detenção para comparência perante autoridade judiciária (al. f)) ou para estritos fins de investigação (al. g)). Em cada uma destas hipóteses de limitação precária da liberdade, que não implicam (pela sua natureza) inserção institucional, temos indubitavelmente privações da liberdade – que são legítimas porque as admite a Constituição. O que as singulariza das meras restrições da liberdade e é comum às medidas a cumprir em contexto institucional é a circunstância de a pessoa ser constrangida a permanecer em determinado lugar e a sua sujeição a custódia pública. Numa prisão, num centro educativo, num hospital psiquiátrico, na esquadra da polícia enquanto decorrem os procedimentos de identificação ou a condução ao juiz, a pessoa visada está confinada a um espaço fisicamente delimitado e impedida de o abandonar por meio de obstáculos físicos. Nas palavras do Conselheiro Pedro Machete, «dir-se-á que a pessoa privada da sua liberdade só pode abandonar o local fechado em que se encontra, vencendo ou superando (...) as barreiras físicas ou materiais que os poderes públicos

²⁴ Acórdão n.º 489/2022 (n.º 21); Acórdão n.º 490/2022 (n.º 17).

colocaram, tendo em vista impedir fisicamente o movimento dessa pessoa para fora do local em causa: a vontade natural de sair não basta»²⁵.

A subtração da liberdade de movimentos em termos tais que a pessoa deve dizer-se privada da liberdade pode decorrer da atuação de privados: pense-se no rapto ou sequestro. Também aqui não basta que a liberdade de locomoção da vítima seja afetada. Constranger uma pessoa a abandonar certo lugar ou impedi-la de se dirigir para esse lugar não equivale a detê-la, prendê-la, mantê-la detida²⁶; para que haja sequestro é necessário que a pessoa seja obrigada a permanecer em determinado local e que a sua liberdade de movimentação seja restringida por algum obstáculo físico ou outro de efeito análogo, obrigando-a a vencê-lo para se libertar²⁷.

Segundo tal entendimento, são dois os elementos que caracterizam a privação da liberdade: (a) «a supressão da liberdade de movimentos de uma pessoa em todas as direções, confinando-a a um espaço fisicamente delimitado»²⁸; e (b) a existência de um elemento limitador da liberdade de movimentos que transcenda o efeito coativo resultante da simples proibição de se deslocar. Uma norma que proíba o acesso ou a permanência num local (de outra forma) fáctica ou juridicamente acessível restringe a liberdade de movimentos, mas não representa uma privação da liberdade. E o mesmo se diga da medida que se limite a impor o dever de permanecer em determinado lugar. «A realidade já será diferente naqueles casos em que à proibição de abandono do local se associe um qualquer obstáculo dirigido especificamente à pessoa, tendo em vista garantir que ela permaneça no mesmo (por exemplo, as grades nas janelas, a porta trancada ou um guarda à porta, ou, inclusivamente, uma vigilância ativa e individualizada, seja por via eletrónica ou por qualquer outro meio, como telefonemas não pré-anunciados, visitas-surpresa ou rondas aleatórias). Nestes casos, (...) a saída do local implica, da parte do visado, a vontade suplementar de “quebrar” tais obstáculos, sinalizando tal oposição ativa, desde logo, uma “fuga” ou “reconquista” da liberdade de movimentos, confirmativa de que esta anteriormente se encontrava tolhida». A situação das

²⁵ Declarações de voto ao Acórdão n.ºs 464/2022 (n.º 2.3.) e ao Acórdão n.º 489/2022 (n.º 1.3.2.).

²⁶ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, «Anotação ao Artigo 158.º», in Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo I*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 644.

²⁷ A afirmação não pretende estabelecer uma equação linear entre os conceitos de privação da liberdade no artigo 27.º, n.ºs 2 e 3, da CRP, e no artigo 158.º, n.º 1, do CP. É à dogmática penal, e não à teoria dos direitos fundamentais, que cabe densificar, para efeitos de preenchimento do tipo, o sentido das expressões «detiver, prender, manter presa ou detida outra pessoa ou de qualquer forma a privar da liberdade» e concretizar que meios devem ser tidos como relevantes para concretizar a ação privadora da liberdade.

²⁸ Acórdão n.º 464/2022 (n.º 9.2); Acórdão n.º 465/2022 (n.º 9.2); Acórdão n.º 466/2022 (n.º 8.2).

peçoas colocadas sob vigilância ou custódia pública não é, do ponto de vista da liberdade pessoal, «idêntica à das peçoas que se podem movimentar sem que previamente tenham de se opor ativamente (fisicamente) aos obstáculos materiais tendentes a confiná-las num dado local. As primeiras encontram-se numa situação de privação de liberdade pessoal, enquanto as segundas, não»²⁹.

Apesar de admitir flutuações em função das circunstâncias do caso, também o TEDH toma em consideração a existência ou não de vigilância individual como critério na qualificação de determinada medida como privação do direito à liberdade (artigo 5.º da CEDH) ou, antes, como restrição da liberdade de movimentos (artigo 2.º do Protocolo n.º 4) – assim, por exemplo, no caso *Terhes c. Roménia*, entendeu-se não ser privativa da liberdade uma medida de confinamento geral (*lockdown*) de que resultou para o queixoso uma situação de confinamento domiciliário por 52 dias, sem vigilância individual, com liberdade de sair de casa por vários motivos e para diferentes lugares, a qualquer hora do dia³⁰.

Não se está, todavia, como tem entendido o Tribunal de Estrasburgo, perante uma diferença quantitativa («de intensidade ou de grau»³¹). As condições em que a restrição da liberdade física ocorre (o local, a duração, a disponibilidade de um espaço circulatório mínimo, a permissão de saída por períodos curtos ou por concretos motivos) não relevam para a concretização da medida como privativa ou restritiva da liberdade – embora condicionem o juízo de proporcionalidade da restrição nos termos do artigo 18.º da CRP. Podemos ter *privações* da liberdade por períodos curtos, com hiatos temporais, no domicílio pessoal ou numa zona insular aberta e com razoável liberdade de movimentos, como aconteceu a Napoleão no seu exílio em Santa Helena ou a Guzzardi na quase ignota Asinara³². São as privações parciais da liberdade. E podemos ter *restrições* da liberdade ininterruptas, por períodos mais longos ou

²⁹ Declarações de voto do Conselheiro Pedro Machete ao Acórdão n.ºs 464/2022 (n.º 2.3.) e ao Acórdão n.º 489/2022 (n.º 1.3.2.).

³⁰ *Terhes c. Roménia*, 2021, §§ 41-45.

³¹ *Guzzardi c. Itália*, 1980, §§ 92-93; *De Tommaso c. Itália* [GC], 2017, § 80.

³² *Guzzardi* foi sujeito a uma medida de supervisão especial a cumprir na pequena ilha de Asinara, a noroeste da Sardenha. Estava obrigado a permanecer no domicílio durante a noite e a apresentar-se às autoridades diariamente, mas podia circular livremente na ilha durante o dia numa área aproximada de 2,5 km² e, se houvesse motivo justificativo, poderia ser autorizado a deslocar-se à Sardenha. Chegou a residir com a família e manteve os contactos sociais por telefone e correio postal. A área reduzida da ilha e as suas fronteiras físicas naturais distinguem o caso de *De Tommaso c. Itália* [GC], 2017, em que se considerou estar apenas em causa uma restrição da liberdade de movimentos (artigo 2.º do Protocolo n.º 4, entretanto ratificado pela República italiana). Estas diferenças não foram suficientes para convencer Paulo Pinto de Albuquerque (e os juízes que acompanharam o seu voto de vencido) da razoabilidade da decisão.

não determinados à partida, sem previsão de condições de desconstrangimento circulatório mínimo. Serão, provavelmente, desproporcionais, mas não se convertem, por esse motivo, em privações da liberdade, a menos que o visado esteja sujeito a custódia pública ou a vigilância individual.

IV. A tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade

As medidas de confinamento em estabelecimento de saúde ou com vigilância efetiva das autoridades públicas configuram, como vimos, situações de privação da liberdade. Encontrarão respaldo em alguma das alíneas do n.º 3 do artigo 27.º?

Não obstante a aceitação do princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade³³, há quem cogite interpretação extensiva da alínea *h*) do n.º 3 no sentido de tornar legítimo o internamento em estabelecimento de saúde ou mediante vigilância de portadores de agentes patogénicos que sinalizem indicadores de perigo público de alcance idêntico³⁴. Outra corrente de opinião enquadra o internamento ou confinamento de doentes e infetados como «medida de segurança não sancionatória», cabível no espectro normativo do n.º 2 do artigo 27.º³⁵. Estas leituras parecem-nos, todavia, dificilmente compatíveis com o sentido da previsão de um elenco fechado de exceções, recortadas de forma clara e precisa, por um legislador constituinte que terá preferido antecipar todas as ponderações e predeterminar os casos em que aos poderes públicos é legítimo impor privações da liberdade³⁶.

V. Revisão constitucional

Se o confinamento com vigilância ativa ou enquadramento institucional não é admitido à luz da atual redação das normas e a matéria está sujeita a reserva de Constituição, será oportuno o alargamento do elenco de situações

³³ J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, “Anotação ao Artigo 27.º”, *op. cit.*, p. 479; na jurisprudência, vejam-se os Acórdãos do TC n.ºs 479/94, 363/00 e 161/05.

³⁴ Vide ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Sida, Toxicodpendência e Esquizofrenia: estudo jurídico sobre o Internamento Compulsivo”, *Lex Medicinæ* 7 (n.º 14) (2010), pp. 63-79.

³⁵ Este entendimento, de origem jurisprudencial, foi acolhido por ANA PAULA GUIMARÃES / FERNANDA REBELO, “Fundamentos da privação da liberdade II”, in Paulo Pinto de Albuquerque (Org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, *op. cit.*, pp. 830-831.

³⁶ Cf. JORGE REIS NOVAIS, “Direitos fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise”, *op. cit.*, pp. 104-105; e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Sobre os poderes normativos do Presidente da República e do Governo em estado de exceção”, *Revista da Ordem dos Advogados* 81 (n.ºs 3-4) (2021), p. 789. Contudo, evidenciando os paradoxos da interpretação das (de algumas) normas de direitos fundamentais como traduzindo uma ponderação antecipada de possíveis colisões, cf. GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO, “What is constitutional interpretation?”, *International Journal of Constitutional Law* 20 (n.º 3) (2022), pp. 1135-1137 e 1142-1146.

típicas em que é consentida a privação total ou parcial da liberdade no sentido de se albergar, também, o internamento ou confinamento de portadores de doença contagiosa? Propostas desse tipo, com recorte e âmbito diferente, foram apresentadas pelo PSD e pelo PS³⁷.

Existe, todavia, um risco evidente. Pensadas em torno da COVID-19, qual «fato à medida», estas exceções rapidamente sofrerão a erosão do tempo, tornando-se insuficientes para responder a futuras e potenciais emergências, impondo ao legislador constituinte que, de tempos a tempos, acorde do seu estado de hibernação para acudir à preocupação do momento. A mais de insuficiente, a intervenção do legislador constituinte pode revelar-se contraproducente por converter o n.º 3 do artigo 27.º numa amálgama normativa que dificilmente deixará discernir o critério de unidade das várias exceções, inviabilizando-se, do mesmo passo, uma distinção clara – como a que hoje ainda é possível fazer – entre restrições (permitidas) e privações (proibidas da liberdade).

Mais avisado seria reestruturar por completo o artigo 27.º, estabelecendo-se uma cláusula aberta de fundamentos de privação da liberdade, compensada com a previsão de requisitos formais e materiais mais exigentes, designadamente a intervenção necessária de juiz. É assim na Alemanha, onde a Constituição prevê, sem as especificar, medidas limitadoras da liberdade pessoal (*Freiheitsbeschränkungen*) e medidas privativas da liberdade (*Freiheitsentziehungen*), sujeitando-as a diferentes pressupostos de admissibilidade. As privações de liberdade são entendidas, neste contexto, como manifestações especiais de limitação da liberdade pessoal, distinguindo-se umas e outras em função da severidade da ingerência³⁸, num sistema que se afigura, assim, mais flexível, evolutivo e amigo do intérprete. Longe de potenciar ambiguidades e abrir a porta ao arbítrio, a solução favorece a criação de correntes jurisprudenciais estáveis, numa dinâmica de aproximação a um critério unívoco de distinção entre limitações da liberdade contrárias e conformes à Constituição. Um resultado que o método da enumeração taxativa não foi, manifestamente, capaz de produzir – como se vê das severas clivagens geradas, em Portugal, dentro de uma mesma secção do Tribunal Constitucional.

³⁷ Os projetos de revisão constitucional podem ser encontrados em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/IniciativasLegislativas.aspx>.

³⁸ MICHAEL SACHS, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, Springer, 2000, p. 216.

Conservação de Metadados – O Acórdão n.º 268/2022*

Sónia Fidalgo

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
sfidalgo@fd.uc.pt

I. Evolução legislativa relativa a metadados

Quando, em 1987, foi aprovado o atual Código de Processo Penal (CPP), nele não se encontrava qualquer norma que se referisse à utilização dos metadados como meio de prova. Tal veio a acontecer apenas com a revisão introduzida no CPP pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto. O artigo 189.º, n.º 2, do CPP passou então a prever que “a obtenção e junção aos autos de dados sobre a localização celular ou de registos da realização de conversações ou comunicações só podem ser ordenadas ou autorizadas, em qualquer fase do processo, por despacho do juiz, quanto a crimes previstos no n.º 1 do artigo 187.º e em relação às pessoas referidas no n.º 4 do mesmo artigo”.

Cerca de um ano depois foi aprovada a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações. Esta lei veio regular expressamente a conservação e a transmissão dos dados de tráfego e de localização, para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves (artigo 1.º). Manteve-se, porém, inalterado até hoje o disposto no artigo 189.º, n.º 2, do CPP, o que tem gerado diversos problemas de interpretação¹.

* Este texto corresponde, com ligeiros desenvolvimentos e algumas alterações essencialmente formais, à conferência apresentada no V Seminário da Associação dos Assessores do Tribunal Constitucional – *Jurisprudência Constitucional Recente*, que decorreu na Sala de Atos do Tribunal Constitucional, no dia 14 de dezembro de 2022. Na conferência, longe de aspirarmos a um tratamento profundo do tema, procedemos apenas a uma análise crítica do Acórdão n.º 268/2022. Nesta publicação mantivemos o nosso propósito inicial, sem qualquer atualização do texto partilhado naquele dia.

¹ Cf. também RUI CARDOSO, “A conservação e a utilização probatória de metadados de comunicações eletrónicas após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 – o que nasce torto...”, *Revista do Ministério Público* 172 (2022), p. 14.

Cerca de um ano depois, foi aprovada a Lei n.º 109/2009, de 16 de setembro (Lei do Cibercrime), transpondo para a ordem jurídica interna a Decisão-Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, e adaptando o direito interno à Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime. Também em 2009, o legislador não se preocupou em harmonizar o disposto nesta nova lei com o que se encontrava já no CPP. A Lei do Cibercrime compreende um regime geral sobre recolha de prova em suporte eletrónico, aplicável em processo por qualquer crime (cf. artigo 11.º, n.º 1, alínea c))²; não se trata de regras processuais específicas para o sector da cibercriminalidade ou que se estendam também apenas aos processos por crimes praticados por meio de sistemas informáticos. Não se compreende, por isso, por que razão estas regras não foram inseridas no Código de Processo Penal³.

Por outro lado, é certo que a Lei do Cibercrime não tem normas sobre a conservação dos dados⁴, mas tem disposições sobre o acesso e a utilização de dados informáticos, que são de difícil harmonização com o que se encontra na Lei n.º 32/2008⁵. E o artigo 11.º, n.º 2, da Lei do Cibercrime estabelece que “as disposições processuais previstas no presente capítulo não prejudicam o regime da Lei n.º 32/2008”.

II. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022

No contexto nacional e supranacional de todos conhecido, em agosto de 2019, a Senhora Provedora de Justiça requereu a fiscalização abstrata da constitucionalidade dos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008.

Abreviadamente, poderemos dizer que nos termos destas normas: os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis

² Sobre a distinção entre prova eletrónica e prova digital, cf. DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos Ocultos de Investigação em Ambiente Digital*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 98 e ss.

³ Refutando os argumentos apresentados na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 289/X/4ª para o enquadramento sistemático adotado pelo legislador e defendendo que estas normas processuais deveriam ter sido inseridas no Código de Processo Penal, cf. PAULO DÁ MESQUITA, “Prolegómenos sobre prova eletrónica e interceptação de telecomunicações no Direito Processual Penal Português – o Código e a Lei do Cibercrime”, in: *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 98 e ss.; cf., ainda, JOÃO CONDE CORREIA, “Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter”, *Revista do Ministério Público* 139 (2014), p. 35.

⁴ Note-se que *conservação de dados* (regulada nos termos da Lei n.º 32/2008) é diferente de *preservação expedita de dados* (prevista no artigo 12.º da Lei do Cibercrime). Cf., *infra*, ponto IV.2.

⁵ Sobre estas dificuldades de harmonização, cf. CARLOS PINHO, “Os problemas interpretativos resultantes da Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho (Conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações)”, *Revista do Ministério Público* 129 (2012), p. 63 e ss.

têm o dever de conservar os dados de tráfego e de localização de todas as comunicações eletrónicas (artigo 4.º); os dados devem ser conservados pelo período de um ano (artigo 6.º); a conservação é feita para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves, sendo certo que a transmissão dos dados só pode ser autorizada por despacho fundamentado do juiz de instrução, mediante requerimento do Ministério Público ou da autoridade de polícia criminal competente (artigo 9.º).

No Acórdão n.º 268/2022, de 19 abril de 2022, o Tribunal Constitucional decidiu “declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, conjugada com o artigo 6.º da mesma lei, por violação do disposto nos números 1 e 4 do artigo 35.º [direito à autodeterminação informativa] e do n.º 1 do artigo 26.º [direitos à reserva da intimidade da vida privada e familiar], em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição”. Quanto aos dados de base e ao endereço IP, o Tribunal Constitucional decidiu pela inconstitucionalidade das normas, porque a lei não prescreve a obrigatoriedade de os dados serem conservados em território da União Europeia. Quanto aos dados de tráfego e de localização, o Tribunal Constitucional decidiu pela inconstitucionalidade das normas por duas ordens de razões: por um lado, por a lei não prescrever a obrigatoriedade de os dados serem conservados em território da União Europeia; por outro lado, devido ao carácter *generalizado* da conservação dos dados (são conservados os dados de todos os utilizadores e assinantes, atingindo-se assim “sujeitos relativamente aos quais não há qualquer suspeita de atividade criminosa”⁶).

O Tribunal Constitucional decidiu ainda “declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 9.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, relativa à transmissão de dados armazenados às autoridades competentes para investigação, deteção e repressão de crimes graves, na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros”. Esta norma foi declarada inconstitucional por violação do disposto no n.º 1 do artigo 35.º (direito à autodeterminação informativa) e do n.º 1 do artigo 20.º (direito a uma tutela jurisdicional efetiva), em conjugação com o n.º 2 do artigo 18.º, todos da Constituição.

⁶ Acórdão n.º 268/2022, ponto 18.

III. Apreciação do Acórdão

Concordo, em geral, com a decisão do Tribunal Constitucional. Também me parece que a conservação, por parte dos fornecedores de serviço, dos dados de tráfego e de localização de todos os assinantes e utilizadores, pelo período de um ano, para a eventualidade de vir a ser necessário a eles aceder com a finalidade de deteção, investigação e repressão de crimes graves restringe, de modo desproporcionado, o direito à autodeterminação informativa (artigo 35.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição da República Portuguesa – CRP) e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º, n.º 1, da CRP).

Parece-me, porém, que as normas constantes dos artigos 4.º e 6.º da referida Lei n.º 32/2008, ao determinarem a conservação generalizada dos dados de tráfego gerados pelas comunicações entre pessoas (ou a sua tentativa), materializam também uma restrição desproporcionada do direito à inviolabilidade das comunicações, consagrado no artigo 34.º, n.º 4, da CRP. Esta ideia consta, aliás, de uma das declarações de voto conjuntas⁷. A Constituição consagra para a inviolabilidade das comunicações uma garantia constitucional autónoma em relação àquela que decorre do n.º 1 do artigo 26.º da CRP. Encontramos, no artigo 34.º, a proteção de uma esfera de privacidade e de sigilo no domínio específico das comunicações interpessoais, “com um regime de inviolabilidade mais intenso e cujas exceções são constitucionalmente determinadas”⁸. E, de acordo com jurisprudência anterior do próprio Tribunal, esta “defesa constitucional independente quanto à proteção das comunicações” abrange não apenas o *conteúdo* da comunicação, mas também os dados de tráfego gerados a seu propósito⁹.

Parece-me, por isso, que deveria ter sido mobilizado como parâmetro do juízo de inconstitucionalidade o direito consagrado nos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Constituição.

Quanto à declaração de inconstitucionalidade da norma do artigo 9.º, relativa à transmissão de dados armazenados, na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, tenho dúvidas de que deva considerar-se que tal previsão deveria constar expressamente do regime de conservação e transmissão dos dados regulado na Lei n.º 32/2008.

⁷ Declaração de voto conjunta (Afonso Patrão, José João Abrantes, Assunção Raimundo, Mariana Canotilho).

⁸ *Id.*

⁹ Cf. Acórdão n.º 403/2015, referido na declaração de voto conjunta (Afonso Patrão, José João Abrantes, Assunção Raimundo, Mariana Canotilho).

O acesso, por parte do Ministério Público ou das autoridades de polícia criminal aos dados de tráfego e de localização consubstancia, neste contexto, um meio de obtenção de prova em processo penal. E, nos termos da Lei n.º 32/2008, a transmissão destes dados ao processo penal só é admissível mediante despacho fundamentado do juiz de instrução, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter (artigo 9.º, n.º 1). Neste domínio, o juiz de instrução vai intervir precisamente como juiz das liberdades; o controlo da legalidade da transmissão dos dados é feito pelo próprio juiz. É esta a função do juiz de instrução neste contexto; é este o modelo no nosso processo penal.

Por outro lado, estando em causa um meio de obtenção de prova em processo penal, terão, neste domínio, total aplicação as regras do Código de Processo Penal (CPP) relativas à produção e valoração de prova. No caso de se verificar uma violação do regime previsto na Lei n.º 32/2008 – imagine-se, por exemplo, que o fornecedor de serviço transmite os dados diretamente à autoridade de polícia criminal, sem despacho prévio do juiz instrução – entrar-se-á no domínio das proibições de prova, sujeito, por isso, ao regime estabelecido no artigo 126.º do CPP. Tratando-se de uma prova obtida mediante intromissão na vida privada e nas telecomunicações, tal prova será nula e não poderá ser valorada.

Não me parece, por isso, que possa dizer-se que “a inexistência da notificação aos visados de que os seus dados foram acedidos pelos órgãos competentes pela investigação criminal (...) impedirá que estes possam exercer um controlo jurisdicional da legalidade daquela transmissão”¹⁰. Este acesso aos dados por parte do Ministério Público ou das autoridades de polícia criminal nos termos previstos na Lei n.º 32/2008 ficará sempre a constar dos autos, e o arguido terá acesso a esses elementos, se não antes – dada a possibilidade de sujeição do processo a segredo durante a fase de inquérito – pelo menos, no momento do encerramento do inquérito (e, neste momento, surgirá a possibilidade de requerimento de abertura de instrução).

Além disso, e como se refere no Acórdão¹¹, a lei que aprovou as regras relativas ao tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais (Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto) determina que o responsável pelo armazenamento dos dados é obrigado a facultar ao titular dos dados pessoais retidos, a seu pedido,

¹⁰ Ponto 19 do Acórdão n.º 268/2022.

¹¹ Ponto 19.1. do Acórdão n.º 268/2022.

informações sobre a sua transmissão (artigos 13.º e 15.º, n.º 2, alínea c)), podendo este apresentar queixa à autoridade de controlo no caso de eventuais violações do regime jurídico (artigo 15.º, n.º 2, alínea f)). Estabelecendo a lei expressamente que a informação de que os dados foram transmitidos pode ser recusada para evitar prejuízos para investigações criminais (artigo 16.º, n.º 1)¹², prevêem-se nela mecanismos judiciais e administrativos de controlo de eventuais recusas dessa transmissão (artigo 18.º). Por outro lado, ainda, quer a Lei n.º 32/2008 (artigos 12.º e 13.º), quer a Lei n.º 59/2019 (artigos 52.º a 60.º) preveem contraordenações e crimes para o caso de violação das regras nelas estabelecidas.

Concluindo-se – como, aliás, se conclui no próprio Acórdão – que o ordenamento jurídico português “atribui ao titular dos dados o direito a *conhecer* que estes foram transmitidos às autoridades de investigação criminal” quando essa informação já não for prejudicial para investigações criminais em curso¹³, duvido que deva afirmar-se que a ausência de previsão da notificação do visado restringe “de modo desproporcionado o direito à autodeterminação informativa, consagrado no artigo 35.º, n.º 1, da Constituição (na dimensão de controlo do acesso de terceiros a dados pessoais) afetando, igualmente, o direito a uma tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º, n.º 1, da Constituição), por prejudicar a viabilidade prática de exercício de controlo judicial de acessos abusivos ou ilícitos aos dados conservados”¹⁴.

Por todas estas razões, tenho dúvidas que o direito à autodeterminação informativa (artigo 35.º, n.º 1, da CRP) e o direito a uma tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º, n.º 1, da CRP), devessem ter sido mobilizados como parâmetros do juízo positivo de inconstitucionalidade.

IV. Consequências da declaração de inconstitucionalidade

Uma palavra, agora, sobre as consequências, no processo penal, da declaração de inconstitucionalidade das normas referidas. Neste domínio as questões são muito diversas. Seleccionei, por isso, algumas áreas problemáticas sobre as quais gostaria que refletíssemos.

¹² Já se previa também a dispensa de obrigação de informação relativa à comunicação de dados por motivos de investigação criminal no artigo 10º, n.º 5, da Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de outubro).

¹³ Ponto 19.2. do Acórdão n.º 268/2022 (itálicos do Acórdão).

¹⁴ Ponto 19.2. do Acórdão n.º 268/2022.

1. O acesso ao endereço IP

Desde que entrou em vigor a Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009), tem sido muito discutida a questão de saber se a ordem de acesso a um endereço IP deve seguir o regime previsto na Lei n.º 32/2008 – acesso restrito à investigação de crimes graves e mediante autorização do juiz de instrução – ou se, quando o processo se encontra na fase de inquérito, a ordem poderá ser dirigida aos fornecedores de serviço pelo próprio Ministério Público.

No âmbito dos metadados – os dados que não abrangem o conteúdo das comunicações, mas dizem respeito somente às suas circunstâncias (são os dados sobre dados) –, a jurisprudência constitucional tem vindo a fazer uma distinção (que manteve no acórdão agora em análise) entre *dados de base* e *dados de tráfego*. Os *dados de base* referem-se à conexão à rede, independentemente de qualquer comunicação, permitindo a identificação do utilizador de certo equipamento (nome, morada, número de telefone)¹⁵. Já os *dados de tráfego* são definidos como “os dados funcionais necessários ao estabelecimento de uma ligação ou comunicação e os dados gerados pela utilização da rede (por exemplo, localização do utilizador, localização do destinatário, duração da utilização, data e hora, frequência)”¹⁶.

O endereço IP tem vindo a ser integrado pela jurisprudência constitucional na categoria dos *dados de base*, por não revelar quaisquer circunstâncias da comunicação, permitindo apenas a identificação do computador que se conectou à rede. Concordo com esta posição que vem sendo assumida pelo Tribunal Constitucional e que foi reiterada no Acórdão agora em análise¹⁷: a querer manter-se a distinção entre *dados de base* e

¹⁵ Acórdãos n.ºs 241/2002, 486/2009, 403/2015, 420/2017 e 464/2019, todos referido no ponto 6.1. do Acórdão n.º 268/2022.

¹⁶ Acórdão n.º 403/2015, referido no ponto 6.1. do Acórdão n.º 268/2022.

¹⁷ Cf. ponto 17.1. do Acórdão n.º 268/2022. No Acórdão em análise o Tribunal não deixa de reconhecer que “os protocolos IP podem ser *estáticos* (identificando permanentemente um ponto de acesso à rede) ou *dinâmicos* (sendo atribuídos a certo computador *apenas no momento em que se conecta à rede e durante a sua ligação*). Quer isto dizer que a identificação de um protocolo IP dinâmico envolve informação da sua utilização *num determinado momento*, revelando não apenas o utilizador como também o uso da internet em certo contexto. Neste quadro, a identificação do sujeito a que estava atribuído determinado *protocolo IP dinâmico* não permite, de forma tão clara, obedecer à divisão entre *dados de base* e *dados de tráfego*, pois certas circunstâncias da comunicação (a data e a hora) são inerentes à identificação do protocolo de IP dinâmico” (ponto 6.1.). O Tribunal conclui, porém, que o regime jurídico-constitucional relevante para apreciação da medida de conservação dos endereços de protocolo IP dinâmicos que identificam a *fonte* da comunicação deve ser o dos *dados de base*. Nos termos do Acórdão, “ainda que seja discutível a respetiva categorização (...), a intensidade de agressão aos direitos à reserva da intimidade da vida privada e à autodeterminação informativa é, neste domínio, similar à dos demais dados de base” (ponto 17.1.).

dados de tráfego, o regime jurídico-constitucional relevante para a apreciação da medida de conservação dos endereços IP deve ser o dos *dados de base*.

Volto agora à questão que coloquei há pouco: atendendo ao nosso quadro legal, terá o Ministério Público legitimidade para, durante o inquérito, ordenar ao fornecedor de serviço a comunicação do endereço IP utilizado por um cliente ou a identidade do utilizador da fonte da comunicação a quem estava atribuído o endereço IP num certo momento?

Nos termos do artigo 14.º, n.º 4, da Lei do Cibercrime, a autoridade judiciária competente – portanto, na fase de inquérito, o Ministério Público – “pode ordenar aos fornecedores de serviço que comuniquem ao processo dados relativos aos seus clientes, neles se incluindo qualquer informação diferente dos dados relativos ao tráfego ou ao conteúdo”.

Quer o Gabinete do Cibercrime, quer a jurisprudência dominante¹⁸ têm considerado que neste conjunto de dados está incluída a informação sobre o endereço concreto de IP utilizado numa determinada comunicação, que esteja já identificada numa investigação. Ou seja, tem-se entendido que é da competência do Ministério Público solicitar aos fornecedores de serviço que indiquem a identidade do seu cliente que, num determinado contexto temporal (dia e hora) utilizou um determinado endereço IP. E o mesmo poderá dizer-se da situação em que na investigação há necessidade de saber qual o endereço IP utilizado por um determinado cliente.

Apesar de os dados referidos no artigo 4.º da Lei n.º 32/2008 abrangerem também o endereço IP, tem-se entendido que o acesso ao endereço IP nos termos agora referidos é regulado no artigo 14.º da Lei do Cibercrime (que, aliás, é posterior à lei de 2008). Tudo ponderado, poderá acabar por se concluir que a declaração de inconstitucionalidade das normas da Lei n.º 32/2008 pode não significar a impossibilidade de acesso aos dados de base (incluído o endereço IP) no âmbito do processo penal¹⁹. Na verdade, a conservação dos dados por parte dos fornecedores de serviço continua a ser admissível para fins de faturação dos serviços. Da conjugação das normas da Lei dos Serviços Públicos (Lei n.º 23/96, de 26 de julho – artigo 10.º, n.ºs 1 e 4) e da Lei que regula a proteção de dados pessoais e a privacidade nas telecomunicações (Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto – artigo 4.º, n.º 3,

¹⁸ Cf. Gabinete do Cibercrime, *Nota prática n.º 3/2013*, bem como a súmula de jurisprudência aí referida. Cf., também, a *Nota prática n.º 1/2012*.

¹⁹ Considerando também que continua a ser admissível o acesso ao endereço IP mesmo após a declaração de inconstitucionalidade do Acórdão n.º 268/2022 do Tribunal Constitucional, DAVID SILVA RAMALHO, “A importância dos metadados”, *Jornal i*, 4 de maio de 2022, p. 18, e RUI CARDOSO, “A conservação e a utilização probatória de metadados...”, *op. cit.*, p. 58.

e artigo 6.º, n.ºs 2 e 3) resulta que certos dados podem ser conservados pelo fornecedor de serviços, pelo período de 6 meses, para fins de faturação dos serviços.

Deste modo, continuará a ser possível, no âmbito de um processo penal, aceder ao endereço IP nos termos descritos, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade das normas da Lei n.º 32/2008. Há, porém, a limitação de os dados só serem conservados pelo período de 6 meses.

2. O acesso aos dados de tráfego e de localização

Quanto ao acesso aos dados de tráfego e de localização, na sequência do acórdão do Tribunal Constitucional, a resposta é mais complexa. Desde logo, a solução não se encontra na Lei do Cibercrime.

Não pode encontrar-se o fundamento legal para o acesso aos dados conservados pelos fornecedores de serviços no artigo 12.º da Lei do Cibercrime (*Preservação expedita de dados*), porque esta norma não prevê a possibilidade de acesso a quaisquer dados, prevendo apenas a possibilidade de ser ordenada a preservação de dados (quando houver receio de que possam perder-se, alterar-se ou deixar de estar disponíveis). Saliente-se, ainda, que o que se prevê nesta norma é uma preservação de dados para o futuro. Ou seja, a ordem de preservação expedita de dados pressupõe que os dados tenham sido previamente conservados (trata-se da preservação de dados já *armazenados num sistema informático*)²⁰.

Também não pode encontrar-se esse fundamento para o acesso aos dados conservados pelos fornecedores de serviços no artigo 18.º da Lei do Cibercrime. O acesso a metadados conservados não é uma interceção de dados. A interceção (que pode incluir os metadados) é sempre de dados que estão a ser transmitidos em tempo real. Tratar-se-á, sempre, por isso, de transmissões de dados que ocorrem em momento posterior ao despacho que autoriza ou ordena a interceção²¹.

E também não pode encontrar-se aquele fundamento no artigo 14.º da Lei do Cibercrime. É certo que nos termos desta norma a autoridade judiciária competente “pode ordenar aos fornecedores de serviço que comuniquem ao processo dados relativos aos seus clientes, neles se incluindo qualquer informação diferente dos dados relativos ao tráfego ou ao conteúdo”, e que permita, designadamente, obter “informação sobre a localização do equipamento de comunicação disponível com base num acordo de prestação

²⁰ Assim também, RUI CARDOSO, “A conservação e a utilização probatória de metadados...”, *op. cit.*, p. 40.

²¹ Neste sentido também *ibid.*, p. 41.

de serviços” (n.º 4, alínea c)). Tem-se entendido, porém – e bem, do meu ponto de vista – que esta “informação sobre a localização do equipamento de comunicação” não diz respeito à localização dos equipamentos móveis em cada momento, durante cada comunicação. Trata-se sim do local onde o equipamento foi instalado (o serviço de televisão, o telefone fixo, o *router* da internet, etc.).²²

Questiona-se agora se o fundamento normativo para acesso aos dados de tráfego e localização pode, atualmente, ser o artigo 189.º, n.º 2, do CPP. Esta norma constituía o fundamento normativo para a obtenção de tais dados antes da entrada em vigor da Lei n.º 32/2008. Após a entrada em vigor desta lei, o artigo 189.º, n.º 2, do CPP havia sido parcialmente revogado, de modo tácito²³. Porém, na sequência da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma do artigo 9.º da Lei n.º 32/2008, a norma do n.º 2 do artigo 189.º terá sido ripristinada (cf. artigo 282.º, n.º 1, da CRP).

Deste modo, sendo os dados de tráfego e de localização conservados pelo prazo de seis meses para efeitos de faturação do serviço (cf. artigo 10.º, n.ºs 1 e 4 da Lei dos Serviços Públicos – Lei n.º 23/96, de 26 de julho; artigo 4.º, n.º 3, e artigo 6.º, n.ºs 2 e 3 da Lei que regula a proteção de dados pessoais e a privacidade nas telecomunicações – Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto), poderá a eles aceder-se para obtenção de prova no processo penal. Esclareça-se que o facto de a conservação dos dados ao abrigo da Lei n.º 41/2004 se destinar, num primeiro momento, à proteção da relação contratual no contexto das relações estabelecidas entre as empresas fornecedoras de serviços de comunicações eletrónicas e os seus clientes, não impede que possa aceder-se a esses dados para fins de investigação criminal. Os metadados são um meio de prova – prova documental / digital – e o meio de obtenção de prova a utilizar para a eles aceder será a injunção prevista no artigo 189.º, n.º 2, do CPP²⁴.

3. A ressalva dos casos julgados

Uma outra questão muito discutida na sequência do Acórdão foi a dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Não tendo sido fixados efeitos

mais restritos da declaração de inconstitucionalidade, valerá a regra supletiva: a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional e determina a ripristinação das normas que ela eventualmente tenha revogado (artigo 282.º, n.º 1, da CRP). Ficam, porém, ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal (artigo 282.º, n.º 3 CRP).

Não tendo o Tribunal Constitucional decidido expressamente em sentido contrário, devem considerar-se ressalvados os casos julgados.

Outra questão que tem sido levantada neste contexto prende-se com a admissibilidade do recurso de revisão – um recurso interposto depois do trânsito em julgado da decisão – nos termos do artigo 449.º, n.º 1, alínea f), do CPP. Nos termos desta norma, a revisão da sentença transitada em julgado é admissível quando “seja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação”.

Nos últimos meses, têm sido apresentados no Supremo Tribunal de Justiça vários pedidos de revisão, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade das normas resultante do Acórdão em análise. O Supremo Tribunal de Justiça tem entendido – e bem, da minha perspetiva – que a possibilidade de revisão de sentença só existirá nos casos em que o próprio Tribunal Constitucional excluir a ressalva dos casos julgados²⁵. Coisa que, como vimos, não aconteceu no Acórdão em análise.

E o Supremo Tribunal de Justiça tem entendido ainda – e bem, também, do meu ponto de vista – que mesmo que o Tribunal Constitucional tivesse afastado expressamente a ressalva dos casos julgados, a revisão da sentença não seria *automática*. Caberia sempre ao Supremo Tribunal de Justiça avaliar caso a caso se a norma de conteúdo menos favorável ao arguido declarada inconstitucional havia servido de “fundamento à condenação” – este é um pressuposto da admissibilidade da revisão de sentença, nos termos do CPP.

²² Precisamente nestes termos, com justificação pormenorizada, *ibid.*, p. 50-51.

²³ Sobre a questão da revogação / derrogação da norma do artigo 189.º do CPP, cf. PAULO DÁ MESQUITA, “Prolegómenos sobre prova electrónica...”, *op. cit.*, p. 117, RITA CASTANHEIRA NEVES, *As ingerências nas comunicações eletrónicas em processo penal. Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 280, JOÃO CONDE CORREIA, “Prova digital...”, *op. cit.*, p. 36, e RUI CARDOSO, “A conservação e a utilização probatória de metadados...”, *op. cit.*, p. 58 e ss.

²⁴ Precisamente nestes termos, com reflexão pormenorizada sobre o problema e ampla referência a jurisprudência, RUI CARDOSO, “A conservação e a utilização probatória de metadados...”, *op. cit.*, p. 61 e ss.

²⁵ Cf., de modo exemplificativo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de setembro de 2022 (Processo n.º 4243/17.0T9PRT-K.S1), o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de setembro de 2022 (processo n.º 618/16.0SMPRT-BS, e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de novembro de 2022 (processo n.º 71/11.4JABRG-G.S1). A este propósito, cf., ainda, J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, “Anotação ao artigo 282º”, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 1041.

V. As propostas de alteração legislativa

Apesar deste caminho – sinuoso – que pode ser feito no sentido da admissibilidade de conservação e acesso aos dados de tráfego e de localização nos termos referidos, há, claramente, necessidade de intervenção legislativa nesta matéria.

São conhecidas, neste momento, várias iniciativas legislativas apresentadas pelos diversos partidos políticos, que propõem a alteração da Lei n.º 32/2008²⁶, e também uma proposta de lei do Governo²⁷, em que se propõe a revogação da Lei n.º 32/2008 e a alteração da Lei n.º 41/2004.

Nos acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia que são amplamente referidos no Acórdão agora em análise, o Tribunal de Justiça considerou que a conservação de dados só é admissível quando obedecer a três critérios objetivos: *um período temporal; uma zona geográfica determinada; e um círculo de pessoas determinado*.

A generalidade dos projetos de lei apresentados preocupou-se em acautelar que os dados são conservados em Portugal ou num Estado-Membro da União Europeia; fixa períodos de conservação dos dados mais curtos do que o prazo de um ano (atualmente previsto); e determina ainda o dever de o visado ser notificado de que os seus dados foram acedidos no âmbito de um processo penal.

Não encontramos, porém, nos projetos de lei apresentados pelos diversos partidos, qualquer limitação nem de carácter geográfico, nem quanto ao círculo de pessoas cujos dados devam ser conservados. Esta dificuldade na apresentação das propostas é, porém, compreensível. Na verdade, uma medida legislativa de conservação de dados, geograficamente condicionada, dirigida a um círculo de pessoas determinadas, sem que se tenha verificado já a prática de um facto ilícito típico, será de difícil harmonização com norma constante do n.º 3 do artigo 35.º da CRP, que apenas admite que o legislador autorize o tratamento informático de dados relativos à vida privada *com garantias de não discriminação*. Uma norma que delimite o âmbito subjetivo da conservação dos dados, muito dificilmente não violará, assim, o princípio da igualdade e a proibição de discriminação²⁸.

Já a proposta de lei do Governo prescinde da existência de bases de dados autónomas para fins de investigação criminal, afirmando, com clareza, a

²⁶ Projeto de Lei n.º 70/XV/1ª (PSD); Projeto de Lei n.º 79/VI/1ª (Chega); Projeto de Lei n.º 100/XV/1ª (PCP).

²⁷ Proposta de Lei n.º 11/XV/1ª.

²⁸ Este aspeto é, aliás, referido, na declaração de voto de Lino Ribeiro.

possibilidade de as autoridades judiciais (juiz e Ministério Público) acederem aos dados conservados nas bases já existentes para efeitos de faturação.

Eu simpatizo com a previsão de um regime que não preveja a conservação generalizada dos dados de tráfego e de localização para efeitos de investigação criminal e não tenho reservas de princípio quanto à possibilidade de acesso, no âmbito de um processo penal, aos metadados conservados pelos fornecedores de serviço para efeitos de faturação. Parece-me, todavia, que na proposta de lei do Governo há um enfraquecimento da tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos, por comparação com o regime de conservação de dados previsto na Lei n.º 32/2008, cujas normas foram declaradas inconstitucionais.²⁹

Desde logo, o acesso aos metadados por parte do Ministério Público ou das autoridades de polícia criminal pressupunha, nos termos da Lei n.º 32/2008, um despacho de autorização de um juiz de instrução que controlava o cumprimento dos requisitos de legalidade no acesso. Essa exigência desaparece nesta proposta do Governo. Nos termos da proposta, a solicitação dos dados aos fornecedores de serviço pode ser apresentada pelas “autoridades judiciais” (artigo 2.º). Deste modo, na fase de inquérito, tal “solicitação” poderá ser apresentada diretamente pelo Ministério Público.

Por outro lado, nos termos desta proposta de lei do Governo, o acesso aos metadados pode ser “solicitado” quando “haja razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, quanto a crimes” cometidos “por meio de sistema informático, puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a um ano” (artigo 2.º, alínea c)). Verifica-se, deste modo, um alargamento do âmbito do acesso aos metadados, em face do previsto na Lei n.º 32/2008, em que apenas se admitia o acesso a tais dados em caso de crime grave.

VI. Conclusão

A descoberta da verdade constitui uma das finalidades do processo penal. Não posso (nem quero) recusar a intervenção das realizações tecnológicas no processo penal. Comprovadas as vantagens da utilização dos novos meios de obtenção de prova em ambiente digital da perspetiva da repressão das formas mais graves de criminalidade, há que encontrar uma forma de eles poderem ser usados no processo penal sem que se perca de vista a proteção dos direitos

²⁹ Referindo-se também a uma “diminuição das garantias fundamentais dos cidadãos”, cf. o Parecer da Comissão Nacional de Proteção de Dados (Parecer 2022/50, de 21 de junho de 2022).

fundamentais das pessoas. Não podemos perder de vista, designadamente, o direito à privacidade e o direito à autodeterminação informativa.

O que se pede ao direito processual penal – que é *direito constitucional aplicado* – não é novo. O que se lhe pede, uma vez mais, é que encontre um equilíbrio – uma *concordância prática*³⁰ – entre a descoberta da verdade material e a realização da justiça, por um lado, e a proteção dos direitos fundamentais das pessoas, por outro.

³⁰ Cf. já JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma reforma global do processo penal português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais”, in: *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra: Almedina, 1983, p. 206 e ss.

Acórdão n.º 268/2022 – Perspectivas a Partir do Prisma da Tutela Multi-Nível de Direitos Fundamentais e do Diálogo Inter-Jurisdicional*

Vânia Costa Ramos

Advogada;

Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Investigadora não integrada do CIDPCC - Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais

vaniacostamos@carlospintodeabreu.com

I. Introdução

O presente texto corresponde à intervenção oral proferida no V Seminário da Associação dos Assessores do Tribunal Constitucional, em 14 de Dezembro de 2022¹. Por este motivo, não contém todas as referências bibliográficas usuais, mas apenas os textos imediatamente utilizados na comunicação oral, cujo estilo foi mantido. Trata-se o Acórdão n.º 268/2022 do Tribunal Constitucional (TC)², com foco na metodologia adoptada quanto à questão da tutela multi-nível dos direitos fundamentais e do papel do direito da União como *standard* normativo a considerar pelo TC. Este aspecto está muitas vezes ausente ou matizado nos comentários à decisão, mais focados nas

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

¹ Agradecemos o honroso convite ao Presidente da Direcção da AATRIC, Dr. António Manuel Abrantes, e à sua Vice-Presidente, Dr.ª Bárbara Churro.

² Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, Relator: Conselheiro Afonso Patrão, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220268.html> [consulta em 19.11.2023].

consequências do juízo positivo de inconstitucionalidade que resultou deste aresto e das respectivas consequências e desafios para os poderes legislativo, executivo e judicial. Neste texto não é objecto de tratamento o mérito da decisão ou a questão de constitucionalidade material suscitada. Apresenta-se tão só uma primeira e singela leitura do Acórdão nessa outra perspectiva, sem pretensões de exaustividade, e sem que daqui se retire uma conclusão fechada sobre o método adoptado, a sua propriedade e repercussão nos resultados alcançados na decisão em causa. Procurou-se tão só abrir o palco ao diálogo sobre estes aspectos. O interesse e complexidade metodológica da decisão, numa perspectiva da tutela multi-nível de direitos fundamentais e do diálogo inter-jurisdicional, justificarão análises mais detalhadas sobre esta sua dimensão, que caberá fazer em outros locais.

II. O constitucionalismo multinível na UE – vários parâmetros e vários árbitros

O Acórdão n.º 268/2022 do TC é uma ilustração perfeita para um tema que tem sido objecto de discussão nos foros académicos e judiciais nas últimas décadas, intensificada após a aprovação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE): o constitucionalismo e a protecção dos direitos fundamentais em sistemas multi-nível.

Em 1998, PERNICE desenvolveu o conceito, explicando que “[o] direito constitucional [...] já não pode [...] ser lido apenas a partir do texto da ‘Grundgesetz’, deve ser interpretado no seu ‘contexto’, formado pela constituição e legislação da CE ou, no futuro, da UE. Ambas as ordens jurídicas, embora autónomas quanto à sua origem, legitimidade e procedimentos legislativos, estão entrelaçadas, inter-relacionadas e são complementares, por vezes até interpenetradas, tanto institucionalmente como em substância. São, cada uma, elemento de um sistema constitucional único, obtendo a sua respectiva legitimidade dos mesmos cidadãos (europeus) e conferindo a autoridade para legislação e acção pública aplicável às mesmas pessoas. Sugeri chamar a este sistema ‘Verfassungsverbund’ (composto de constituições) – uma expressão que sublinha a natureza constitucional do processo europeu e significa, de facto: ‘constitucionalismo multi-nível’. Isto, creio, descreve a União Europeia (UE) de forma mais adequada do que o termo ‘composto de Estados’, utilizado pelo Tribunal Constitucional no seu acórdão sobre o Tratado de Maastricht, e parece já ter encontrado alguma aceitação entre os meus colegas alemães” (citações omitidas)³.

³ INGOLF PERNICE, “Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional

A UE é, sem dúvida, um “sistema multi-nível”. Neste sistema, abstraindo aqui de entrar nos nódulos problemáticos mais complexos, o nível constituído pelo direito da União reclama para si o primado no respectivo âmbito de aplicação. Como é sabido, a aceitação do primado sobre o direito constitucional estadual não está isenta de controvérsia, com reflexo na jurisprudência dos tribunais constitucionais dos Estados-Membros⁴. Em matéria de direitos fundamentais, o debate em torno do primado tem sido particularmente aceso, colocando-se (de uma forma simplificada) a questão de saber se, nesta matéria, prevalece sempre o direito fundamental que oferece maior nível de protecção (o que nem sempre é fácil de determinar quando existe um conflito entre dois direitos fundamentais), ou se, tal como em outras áreas, em caso de conflito entre os níveis de protecção, prevaleceria sempre o direito da União. Sendo este que determinaria se, num caso concreto, a aplicação de um direito fundamental consagrado na Constituição de um EM seria precluída pela aplicação do direito da União, nomeadamente pelo *standard* de protecção desse direito consagrado no direito da União.

Vários casos têm surgido na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) sobre esta matéria, podendo dizer-se, de uma forma

Integration – German Constitution and «Multilevel Constitutionalism», in Eibe Riedel (ed.), *German Reports on Public Law. Presented to the XV. International Congress on Comparative Law*, Bristol 26 July to 1 August 1998, Baden-Baden: Nomos, 1998, pp. 42-43.

⁴ V.g. TC português, no (tardio) Acórdão n.º 422/2020, de 15 de Julho de 2021, Relator: José António Teles Pereira, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200422.html> [consulta em 19.11.2023], com citação da jurisprudência de outros EM. Sobre este aresto, cf. por todos por RUI TAVARES LANCEIRO, “2020: um ano histórico para a relação entre o TC e o Direito da UE – Um breve comentário aos Acórdãos do TC n.º 422/2020 e n.º 711/2020”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Lisbon Law Review* 1-2 (2022), pp. 984-993. Como refere o autor, o artigo 8.º, n.º 4, da CRP, “estabelece uma autorização constitucional para o primado do direito da UE sobre o direito português”. Assim, o Tribunal reconhece que os actos de direito da UE não estão sujeitos a fiscalização de constitucionalidade, como determinado pelo primado, sendo um exclusivo da jurisdição do TJUE a sua sindicância face aos direitos fundamentais consagrados na UE, reconhecendo o TC a legitimidade e equivalência de protecção do sistema da UE, nomeadamente do controlo jurisdicional pelo TJUE. Esta conclusão está apenas sujeita a uma limitação prevista na parte final, que, no Acórdão n.º 422/2020, o Tribunal interpretou como um “contra-limite”, sobre o qual entende ser o próprio TC quem “tem a última palavra sobre a delimitação da zona de fronteira prevista no mesmo”. No caso concreto, o Tribunal não considerou a invocação da violação do princípio da igualdade constante no artigo 13.º da CRP por um Regulamento da UE como suficiente para activar esse contra-limite. Esta situação verificar-se-ia quando a alegada violação da CRP pelo direito da UE se referisse a uma incompatibilidade com um princípio fundamental do Estado de direito democrático ausente, por falta de um equivalente, do direito da UE. *In casu*, como o princípio da igualdade tinha um valor paramétrico materialmente equivalente nas duas ordens jurídicas, tornando assim o controlo de constitucionalidade redundante, o Tribunal não activou a parte final do artigo 8.º, n.º 4, da CRP. Em bom rigor, assim sendo, nem teria de entrar na substância, pois o controlo da constitucionalidade do Regulamento seria violador do primado. Mas, como refere o autor, o Tribunal “não resistiu a acrescentar que não houve claramente qualquer violação do princípio da igualdade”.

simplista, que a posição deste Tribunal vem sendo no sentido de o direito fundamental estabelecido a nível dos EM apenas poder prevalecer quando tal não ponha em causa o primado, a unidade e a efectividade do direito da União. O que aconteceria nos casos em que o direito da União preclui a aplicação do direito dos EM, regulando exaustivamente uma determinada questão ou área – sendo fluida a determinação de quando se está perante tal situação⁵.

No que diz respeito à dimensão do diálogo entre as unidades constituintes do sistema multi-nível da União, são vários os seus canais, nomeadamente ao nível jurisdicional.

Por um lado, os tribunais dos EM com jurisdição, na respectiva unidade, para interpretar os direitos fundamentais consagrados no seu ordenamento podem buscar os sentidos interpretativos colhendo o exemplo dos tribunais dos outros EM. Igualmente, colherão argumentos na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). E, finalmente, na jurisprudência do TJUE. Neste diálogo, não estão obrigados a acolher, para interpretação das protecções dos respectivos textos fundamentais, as perspectivas e os *standards* de protecção dos direitos homólogos das Constituições dos outros EM, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), ou da CDFUE. No entanto, seria desejável que evidenciassem nas suas decisões o diálogo com tais posições, fundamentando o respectivo acolhimento ou divergência, que pode muito bem fundar-se em precedentes jurisprudenciais consolidados e fundados numa determinada perspectiva historicamente condicionada por idiosincrasias que distinguem um sistema de protecção dos demais. Caso concluam que a protecção conferida a nível interno é inferior àquela consagrada na CDFUE ou na CEDH, tal significará que, na prática, essa protecção cede perante a aplicação do direito com um nível de protecção mais elevado estabelecido nestes instrumentos europeus, por força dos artigos 53.º da CDFUE e 53.º da CEDH, segundo os quais os EM têm que garantir, quanto aos direitos consagrados nestes instrumentos, pelo menos o nível de protecção que estes conferem (*constituindo assim, como é hábito referir, um “chão” mínimo de protecção*).

Por outro lado, no desenvolvimento dos respectivos *standards* de protecção, através da interpretação da CDFUE e da CEDH, tanto o TJUE

⁵ V.g. Acórdão do TJUE de 26.02.2013, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal* [GS], C-399/11 (*Melloni*), ECLI:EU:C:2013:107; Acórdão do TJUE de 26.02.2013, *Åkerberg Fransson c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), ECLI:EU:C:2013:105; Acórdão do TJUE de 30.05.2013, *Jeremy F. c. Premier Ministre*, C-168/13 PPU (*Jeremy F.*), ECLI:EU:C:2013:358; Acórdão do TJUE de 05.12.2017, *M.A.S. & M.B. (Taricco II)*, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936; Acórdão do TJUE de 17.01.2019, *Dzivev e Outros*, C-310/16, ECLI:EU:C:2019:30.

como o TEDH deveriam olhar ao nível de protecção estabelecido nos textos fundamentais do EM, também aqui procurando identificar traços comuns e diferentes, para desenvolver a interpretação daqueles instrumentos. Pelo menos do ponto de vista teórico, o diálogo inter-jurisdicional será susceptível de “gerar um consenso mais alargado e, por outro lado, a coincidência, em muitos casos, dos parâmetros internacionais e nacionais”⁶. Em qualquer caso, da “multiplicação de sistemas de protecção, que constitui parte integrante do constitucionalismo multinível, não decorre necessariamente a unificação ao nível mundial de todos os comandos vinculativos em matéria de direitos fundamentais. Pelo contrário, o imbricado conjunto de valores, princípios e regras em que se funda o constitucionalismo multinível pressupõe a manutenção das regras nacionais, as quais devem ser interpretadas e aplicadas de modo a beneficiarem das experiências dos outros sistemas jurídicos, sejam eles quais forem – global, europeu ou até estrangeiro”⁷. Não se trata aqui de identificar qual o limiar mínimo de protecção nos EM e adoptar esse como o *standard* respectivo. Embora, por vezes, tal aconteça, e seja alvo de crítica por significar que instrumentos aprovados com o intuito de fortalecer e alargar a protecção de direitos humanos possam levar, indirectamente, a uma redução global do nível de protecção, pois os EM com níveis mais elevados de protecção acabariam por acomodar a sua ordem jurídica nivelando *por baixo* a protecção⁸. Trata-se, antes, de identificar as diferentes dimensões ou interpretações possíveis de um direito fundamental e escolher aquela que fará mais sentido para o sistema de protecção em causa, com as suas características particulares, pondo aqui o TEDH, em geral e de forma simples, a tónica no respeito de alguma margem de apreciação dos EM, por um lado, mas, por outro lado, no reconhecimento de que as protecções da CEDH têm de ser “práticas e efectivas” e não “teóricas ou ilusórias”⁹. E o TJUE põe a tónica na

⁶ ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, *A tutela multinível dos direitos fundamentais – a posição do TC Português – Relatório na 16.ª Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal – Santiago de Compostela, 16 a 19 de Outubro de 2014*, texto junto à nota 16, https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri201410/ctri20141018_relatorio_pt.pdf [consulta em 19.11.2023].

⁷ *Ibid.*, texto junto à nota 14.

⁸ Um exemplo foi o Acórdão do TC espanhol no caso *Melloni*, originado precisamente por se tratar de um conflito entre uma protecção mais ampla da Constituição espanhola com as normas de uma Decisão-Quadro, cuja compatibilidade com a CDFUE se questionava. Após a decisão do TJUE no caso *Melloni*, em que o primeiro acabou por reinterpretar a Constituição espanhola reduzindo o nível de protecção respectivo ao acolhido pelo TJUE para o direito homólogo da CDFUE. Sobre o tema, cf. por todos, ALDA TORRES PÉREZ, “*Melloni* in Three Acts: From Dialogue to Monologue”, *European Constitutional Law Review* 2 (2014), pp. 308-331.

⁹ O primeiro caso em que o TEDH afirmou a obrigação de os direitos consagrados na CEDH terem de

garantia da *efectividade* do direito da União, efectividade essa que poderá ser vista, em alguns casos, de um prisma da efectividade de um direito ou liberdade fundamental consagrada na União – e, portanto, num prisma de maximização desse direito. Mas, em outros casos, é vista de um prisma da efectividade de outras disposições do direito da União e, como tal, numa perspectiva de restrição de direitos que possam conflitar com tal efectividade, mesmo que tenham a natureza de protecções fundamentais consagradas ao nível dos EM.

Para além do diálogo informal na jurisprudência de cada Tribunal, no plano argumentativo, existem também mecanismos institucionalizados de diálogo e cooperação, em particular a nível “vertical”, corporizados no reenvio prejudicial para o TJUE em matéria de interpretação ou validade do direito da União (cf. artigo 267.º do TFUE) e ainda nos pedidos de decisão sobre a interpretação da CEDH a título consultivo ao TEDH, instituídos pelo Protocolo n.º 16 à CEDH, em vigor deste 1 de Agosto de 2018, mas que Portugal ainda não ratificou¹⁰. Estes mecanismos permitem que o diálogo inter-jurisdicional se faça no próprio caso em análise, obtendo do TJUE ou do TEDH a interpretação autoritativa sobre o *standard* de protecção consagrado nos respectivos textos fundamentais.

Observar o Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, da perspectiva do constitucionalismo multi-nível é deveras pertinente, como evidenciam a Declaração de Voto¹¹ (e o próprio Voto de Vencido)¹² constante do mesmo. É importante, designadamente, tentar destilar de que forma o Tribunal dialogou com o TJUE e como perspectivou o papel do direito da União. Trata-se de um acórdão inovador ao nível do diálogo com os *standards*

ser “práticos e efectivos” (“*practical and effective*”) foi em 1979, obrigando a uma interpretação do teor da Convenção com pendor para o elemento teleológico, no sentido de impor aos EM a consagração de remédios jurídicos e processuais efectivos para os cidadãos poderem beneficiar dos direitos da Convenção – *Airey c. Irlanda*, 09.10.1979, proc. n.º 6289/73 (a inexistência de apoio judiciário para acesso a um processo perante o *High Court* para obter uma decisão de separação de um marido violento viola o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção, ao tornar o direito de acesso ao tribunal um direito teórico e ilusório, pois mesmo que a requerente se possa representar a si própria, o processo envolve matéria jurídica complexa, recolha e exame da prova testemunhal e pericial e um distanciamento emocional que permita advogar com objectividade).

¹⁰ Protocolo n.º 16 à Convenção para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (STES n.º 214), <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=214> [consulta em 19.11.2023].

¹¹ Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, Declaração de Voto Concorrente dos Conselheiros Teles Pereira, Maria Benedita Urbano, Pedro Machete, Joana Fernandes Costa, Gonçalo de Almeida Ribeiro e João Pedro Caupers.

¹² Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, Declaração de Voto de Vencido do Conselheiro Lino Ribeiro.

normativos de protecção e do direito da União, ou do diálogo com o Tribunal de Justiça? Deixaremos aqui alguns apontamentos resultantes de uma primeira leitura do aresto em causa.

III. Inovação do Acórdão n.º 268/2022 no diálogo institucional com o TJUE e o direito da União?

Quanto ao diálogo institucional, a resposta é fácil. O Acórdão não foi inovador, pois continuou a não fazer uso do mecanismo do reenvio prejudicial para o TJUE. Talvez esta observação não possa ser vista como uma crítica, já que o problema interpretativo em análise tinha, à data, sido já objecto de tratamento bastante exaustivo pelo TJUE.

No entanto, se observarmos o comportamento de outros tribunais, incluindo órgãos com jurisdição em matéria constitucional, nesta matéria (*data retention* ou conservação de dados de telecomunicações e acesso pelas autoridades de segurança ou competentes em matéria de investigação e prossecução penais), que colocaram questões prejudiciais com vista a levar à apreciação do TJUE os parâmetros normativos do seu direito interno, considerando diferenças entre estes e os que tinham dado origem a outros pedidos de decisão prejudicial, facilmente se concluirá que não teria sido despidendo o TC fazer uso do mecanismo de reenvio prejudicial¹³. Este ponto foi suscitado no voto de vencido do Conselheiro Lino Ribeiro, que considerou que a visão que a maioria adoptara do direito da União não decorria

¹³ Acórdão do TJUE de 21.12.2016, *Tele2 Sverige AB c. Post- och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson e Outros*, C-203/15 e C-698/15 (*Tele2 e Watson*), ECLI:EU:C:2016:970, referente ao regime na Suécia e no Reino Unido; Acórdão do TJUE de 02.10.2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/16, ECLI:EU:C:2018:788, referente ao regime em Espanha; Acórdão do TJUE de 06.10.2020, *Privacy International c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs e Outros*, C-623/17 (*Privacy International*), ECLI:EU:C:2020:790, referente ao regime no Reino Unido; Acórdão do TJUE de 06.10.2020, *La Quadrature du Net and Others c. Premier ministre e Outros*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18 (*La Quadrature du Net*), referente ao regime em França e na Bélgica; Acórdão do TJUE de 2.03.2021, *Processo Penal c. H. K. (Prokuratur)*, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152, referente ao regime na Estónia; Acórdão do TJUE de 05.04.2022, *G.D. c. The Commissioner of An Garda Síochána*, C-140/20 (*An Garda Síochána*), ECLI:EU:C:2022:258, referente ao regime na Irlanda; Acórdão do TJUE de 20.09.2022, *Bundesrepublik Deutschland c. SpaceNet AG e Telekom Deutschland GmbH*, C793/19 e C794/19 (*SpaceNet e Telekom Deutschland*), ECLI:EU:C:2022:702, referente ao regime na Alemanha; Acórdão do TJUE de 20.09.2022, *VD e SR*, C-339/20 e C-397/20, ECLI:EU:C:2022:703, referente ao regime em França no domínio dos crimes de mercado; Acórdão do TJUE de 17.11.2022, *Spetsializirana prokuratura*, C-350/21, ECLI:EU:C:2022:896, referente ao regime na Bulgária. E ainda os casos pendentes submetidos em outras questões relacionadas: *Procura Generale della Repubblica presso il Tribunale di Bolzano*, C-178/22 (pedido do Tribunale di Bolzano); *Criminal proceedings against DX*, C-241/22 (pedido do Hoge Raad der Nederlanden), referente a retenção de dados por motivos diferentes de obrigação legislativa; *La Quadrature du Net, Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs, Franciliens.net, French Data Network c. Premier ministre, Ministre de la Culture*, C-470/21 (pedido do Conseil d'État).

necessariamente das decisões do TJUE, pelo que só com a colocação de uma questão prejudicial se poderia ter concluído com segurança que o juízo de proporcionalidade efectuado pelo TJUE nos casos *Digital Rights Ireland*, *Tele 2* e *La Quadrature du net* seria transponível para o juízo sobre as normas da lei portuguesa.

Nesta perspectiva, se tivesse decidido colocar a questão prejudicial, o Acórdão já não teria recebido o galardão de Acórdão histórico, por ter pela primeira vez feito uso desse mecanismo¹⁴. Esse pertence ao Acórdão n.º 711/2020¹⁵. No entanto, por um lado, este Acórdão tem como particularidade ter sido proferido num processo de fiscalização concreta ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, al. i), da Lei do Tribunal Constitucional, ou seja, não no contexto da fiscalização de constitucionalidade e de um possível confronto de uma norma de direito constitucional com o direito da UE, mas sim da compatibilidade do direito interno ordinário com o direito internacional. Por outro lado, uma vez que neste caso o TC viria a retirar o pedido de decisão prejudicial que dera origem ao processo perante o TJUE (C-136/21), face à decisão no processo de incumprimento contra Portugal (C-169/20), o Acórdão n.º 268/2022 poderia ter ficado para a história como o primeiro processo em que o TC apresentara um pedido de decisão prejudicial efectivamente decidido pelo TJUE.

A colocação da questão prejudicial poderia ter sido pertinente, não só pelo marco histórico que constituiria, mas porque tem sido suscitada a dúvida sobre se tal reenvio poderia ter resultado num sentido diferente do decidido pelo TC. Isto é, a indagação sobre se, face a uma possível interpretação do TJUE sobre o direito da União que viesse a redundar num resultado diferente daquele que o TC retirou dos anteriores arestos daquele Tribunal, o nosso TC teria seguido o mesmo critério decisório quanto ao significado e à autonomia do direito da UE como parâmetro normativo de constitucionalidade a aplicar no juízo de conformidade constitucional à luz da Constituição da República Portuguesa (CRP) e qual teria sido assim o resultado do juízo de constitucionalidade material das normas em apreciação.

¹⁴ A maior “abertura” do TC ao direito da União e, possivelmente, à utilização do mecanismo do reenvio prejudicial ao TJUE parece ter sido inaugurada no Acórdão n.º 422/2020 – cf. RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, nota 4, p. 993.

¹⁵ Acórdão n.º 711/2020, de 9 de Dezembro de 2020, Relator: Maria de Fátima Mata-Mouros, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200711.html> [consulta em 19.11.2023]. Para um comentário sobre o Acórdão, cf. RUI TAVARES LANCEIRO, “Notas sobre o Conhecimento do Recurso previsto na Alínea i) do n.º 1 do Artigo 70.º da LTC Quando Está em Causa a Integração Europeia – em Jeito de Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 711/2020, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional* 2 (2022), pp. 81-104.

IV. Inovação do Acórdão n.º 268/2022 no diálogo informal com o TJUE e o direito da União?

1. Antecedentes

Oito anos antes, em 2014, no relatório apresentado pelo TC na Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português, a Conselheira ANA MARIA GUERRA MARTINS e MIGUEL PRATA ROQUE salientavam que, tendo em conta as limitações do sistema português de fiscalização da constitucionalidade, “a participação do TC Português na articulação dos diversos níveis de tutela dos direitos fundamentais tem vindo a ocorrer, essencialmente, num plano informal, através do diálogo judicial”¹⁶. Ou seja, no prisma do diálogo argumentativo e não institucional. Os autores distinguiam assim várias fases na jurisprudência do TC.

Numa fase inicial de “(quase) negação”, “raramente invocava fontes internacionais ou europeias (não obstante o artigo 16.º, n.º 2, da CRP)”, mas invocava direito comparado (em regra, observando determinadas jurisdições, como a alemã ou italiana). Davam como exemplo o Acórdão n.º 423/87, em que o Tribunal abordara o “problema da fixação do ensino de religião e moral como disciplina obrigatória no sistema público de educação, tendo-se limitado a proceder a uma análise comparatista com as soluções ordenadas noutros ordenamentos jurídicos estrangeiros”, sem, todavia, fazer “apelo a considerações ou parâmetros normativos de índole internacional, como a CEDH ou o PIDCP”¹⁷.

Numa segunda fase, de “progressiva abertura”, segundo aqueles autores, o Tribunal passaria a tomar em consideração fontes internacionais e europeias, utilizando-as como instrumento de reforço das opções constituintes nacionais, ou seja, para comprovar o bem-fundado do parâmetro de constitucionalidade interno aplicado, mas sem que estas constituíssem um parâmetro autónomo de decisão. A adesão às Comunidades Europeias parecia ter operado uma abertura, ainda que mínima, às fontes europeias e internacionais. Não obstante, o TC nunca assumiu essas fontes como parâmetro autónomo de “normatividade constitucional”. Na prática, tal significou que os arestos do Tribunal passaram a conter um breve excuro sobre o nível de protecção daquelas fontes. Exemplo da primeira decisão relevando esta nova fase, segundo os autores, foi o Acórdão n.º 352/98. Neste, a propósito da possibilidade de rejeição imediata de recurso penal manifestamente improcedente, foi analisada a jurisprudência

¹⁶ ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, *op. cit.*, nota 6, ponto IV-10.

¹⁷ *Ibid.*, ponto IV-10.1.

do TEDH sobre as garantias de defesa dos arguidos. No entanto, o Tribunal reafirmara “a autossuficiência do texto constitucional português”¹⁸.

Já numa terceira fase, o Tribunal passa a tomar em consideração aquelas fontes, mas agora conferindo-lhes um papel relevante para a definição do parâmetro de constitucionalidade interno aplicado. Ou seja, para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Para os autores, passa assim a assistir-se a uma aplicação autónoma de parâmetros de constitucionalidade de fonte externa. Não é directa – ou seja, o Tribunal não “aplica” o direito consagrado no direito europeu para decidir o caso. Mas utiliza-o como “elemento decisivo de interpretação actualista e sistemática do próprio texto constitucional”. O exemplo considerado paradigmático pelos autores é o Acórdão n.º 544/2014, sobre a liberdade religiosa no âmbito do exercício profissional, no respectivo local de trabalho. Neste, além da abundante referência a fontes internacionais e europeias, o Tribunal ainda explicita e pondera vários Acórdãos do TEDH, com um grau de minúcia não só na identificação mas na compreensão demonstrada dos instrumentos internacionais que “evidencia um novo julgador, bem munido das ferramentas indispensáveis a uma compreensão global e mundividente do Direito, que já não se cinge aos territórios e aos instrumentos jurídicos nacionais”. Citam, ainda, o Acórdão n.º 574/2014, entendendo que este confirmou que “o juiz constitucional português se considera vinculado ao Direito Internacional e ao Direito Europeu”, pois nas decisões em matéria de austeridade foi evidente que adoptou uma perspectiva segundo a qual “os princípios constitucionais consagrados na Lei Fundamental portuguesa não divergem dos princípios gerais igualmente reconhecidos pela comunidade internacional e europeia”¹⁹. Esta evolução na jurisprudência do Tribunal deve-se, segundo os autores, a factores endógenos e exógenos: (i) os primeiros referentes à designação de membros do Tribunal provenientes de áreas de especialização em Direito Internacional e Direito Europeu, quer ao nível da academia, quer das magistraturas; (ii) os segundos relacionados com a crise financeira de 2008 e o programa de assistência financeira de 2011, com a consequente vinculação a uma série de compromissos internacionais de austeridade que implicavam medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias, suscitando pedidos de fiscalização de constitucionalidade; bem como com a progressiva globalização que torna impossível a resolução de questões jurídicas a nível nacional e ainda mais acessível a informação sobre outros sistemas jurídicos que permite ver a identidade dos problemas ali colocados.

¹⁸ *Ibid.*, ponto IV-10.2.

¹⁹ *Ibid.*, ponto IV-10.3.

2. O Acórdão n.º 268/2022 – terceira ou quarta fase?

Será o Acórdão n.º 268/2022 ainda um aresto da terceira fase? Ou podemos já fazer uma interpretação desta decisão como pertencente a uma fase diferente?

Cremos que a distinção ter-se-á de fazer descobrindo se a decisão adoptou o direito da União (i) como reforço argumentativo do parâmetro de constitucionalidade aplicado (*i.e.*, se chegou a uma conclusão do ponto de vista do direito interno constitucional apenas apresentando o direito da União, que chegaria ao mesmo resultado como reforço argumentativo para a bondade da sua decisão); como parâmetro interpretativo integrador do parâmetro de constitucionalidade aplicado (*i.e.*, se chegou a uma conclusão do ponto de vista do direito interno constitucional utilizando o direito da União como determinante para a definição do conteúdo material do direito fundamental homólogo da CRP), (ii) por deferência perante o reconhecimento da adequação da ponderação constitucional ali definida, ou (iii) por obrigação resultante do primado do direito da UE, ou ainda (iv) como parâmetro de constitucionalidade, por força do princípio do primado e do seu reconhecimento constitucional no artigo 8.º, n.º 4, da CRP (*i.e.*, por considerar que a violação de um direito fundamental estabelecido no direito da União, por força desta norma, implica a violação do direito homólogo da Constituição).

Não é fácil, sobretudo numa análise com as limitações do presente texto, responder a esta questão. Tendemos, todavia, a incluir este Acórdão numa “quarta fase”. É que, na verdade, nos parece que o resultado da decisão do Tribunal – quer na leitura da decisão, quer da Declaração de Voto concorrente – é uma maior vinculação do parâmetro normativo do direito interno constitucional português ao direito da União do que aquela que resultaria apenas do diálogo inter-jurisdicional no qual a adopção da posição do direito da UE seria consequência de uma deferência para com este direito ou a jurisprudência bem estabelecida do TJUE, por exemplo, em domínios inovadores.

Assim, numa primeira leitura, parece-nos que o Tribunal pode estar, de facto, a entrar num novo paradigma, em que reserva ao direito da UE o “primado” sobre o conteúdo de protecção de direitos fundamentais no âmbito em que o direito da União seja aplicável. Na prática: nesse âmbito, o parâmetro de constitucionalidade normativa relevante, e autónomo do parâmetro do direito interno, seria o do direito da União. Este estabeleceria o “chão mínimo” (e porventura, o “tecto máximo”), consoante o caso, e sujeito à evolução da jurisprudência de *Kirchberg*.

Ainda assim, o percurso metodológico seguido na decisão não é isento de dúvidas sobre as respectivas implicações²⁰. Do ponto de vista das afirmações constantes da decisão acerca da sua metodologia, o Tribunal efectuou, no Acórdão n.º 268/2022, a apreciação da constitucionalidade ao abrigo do parâmetro de direito interno, que depois confrontou com o parâmetro de direito da UE, para verificar se o resultado era com este compatível²¹.

No entanto, em substância, o que parece é que o Tribunal aderiu, na definição do parâmetro de constitucionalidade de direito interno, à definição já avançada no direito europeu, que foi determinante do resultado atingido – tornando assim a averiguação da “conformidade” da interpretação preconizada com o direito da UE algo redundante²². A adopção desta perspectiva tem o risco de sujeitar o parâmetro de direito interno às flutuações do direito da União, e em particular da jurisprudência do TJUE, que vai evoluindo.

Para compreender o impacto desta nova perspectiva, cremos que é importante o confronto da Fundamentação da decisão com as Declarações de Voto.

3. Fundamentação da decisão

Ao debruçar-se sobre o papel do direito da UE, a decisão começa por salientar que “as normas fiscalizadas se colocam no domínio de aplicação do Direito da União Europeia e, por isso, estão abrangidas pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, em particular do artigo 15.º da Directiva 2002/58/CE²³. Passa então a debruçar-se sobre “a relevância desta ordem jurídica” para a fiscalização de constitucionalidade, em particular sobre o modo de que a eventual incompatibilidade das normas internas com a CDFUE e aquela disposição da Directiva influiriam na apreciação da conformidade com a Constituição, tendo em conta que o artigo 8.º, n.º 4, da CRP, determina que a aplicação do direito da União se faz “*nos termos definidos pelo Direito da União*”, significando assim que, com ressalva da parte final daquela norma, é o próprio direito da União que determina o seu modo de relacionamento com o direito interno, onde se inclui o direito constitucional²⁴. Na decisão, afirma-

²⁰ Por exemplo, a decisão não é muito clara sobre as constelações em que o direito da UE tenha um nível de protecção inferior ao da CRP.

²¹ Veja-se, por exemplo, Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, §14, onde se compara o resultado do Acórdão n.º 420/2017 com a jurisprudência do TJUE.

²² Veja-se, por exemplo, *id.*, §10, onde refere que o “*sentido dos padrões constitucionais mobilizáveis*” será encontrado através de interpretação à luz do direito da UE, face ao artigo 8.º, n.º 4, da CRP.

²³ Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, §7.

²⁴ *Id.*, §8.

se que a autonomia das ordens jurídicas da União e dos EM implica que uma contrariedade das normas internas com as normas da União não tenha como efeito a invalidade das primeiras, mas tão só a sua não aplicação, o que reflecte a circunstância de o relacionamento entre aqueles sistemas jurídicos não ser configurado segundo um paradigma de “pirâmide”, mas antes de uma rede²⁵. Assim, para a decisão, o efeito do direito da União “para o Tribunal Constitucional” não será o de “declarar a sua invalidade com fundamento na transgressão de regras e princípios de direito da União Europeia”. Porém, como o papel do TC é apreciar a validade de normas nacionais e não o de as desaplicar –, continua a decisão –, a mera “demonstração da contradição das normas em crise com o direito da União Europeia não permite inferir uma conclusão pela respetiva inconstitucionalidade”, tendo esta invalidade de se sustentar noutra norma constitucional e não apenas no artigo 8.º, n.º 4, da CRP e nas normas do direito da União que definem os respectivos efeitos²⁶.

A decisão passa então a propugnar a sua visão sobre o efeito do direito da União, com recurso ao princípio da interpretação conforme ao direito da União, com base no disposto no artigo 4.º, n.º 3, do TUE, com referência ao artigo 8.º, n.º 4, da CRP. O que significa esta obrigação de interpretação conforme para o Tribunal? Que na interpretação das normas do direito interno, incluindo as normas da Constituição, deve ser escolhido o resultado interpretativo conforme ao direito da União, conferindo-lhe assim efeito útil na ordem jurídica interna. Assim, para o Tribunal, sempre que estejamos perante o âmbito de aplicação do direito da União e a necessidade de interpretar um direito fundamental constante da CRP que tenha um homólogo na CDFUE, caberá interpretar o primeiro dando-lhe um sentido consonante com o segundo, em particular quando este preveja um grau de protecção mais elevado²⁷. Este princípio aplica-se também no que diz respeito

²⁵ A decisão refere ainda uma diferença entre primazia e supremacia das normas europeias. No entanto, consideramos que a distinção pode ser confusa, no sentido de que aparenta uma dicotomia entre o primado do direito da UE sobre o direito interno dos EM – como regra de preferência aplicativa – diferente da supremacia – como regra de parâmetro de validade – parece querer significar que seria diferente do relacionamento entre a Constituição federal dos EUA sobre o direito dos Estados, mas esta diferença, com a configuração descrita no Acórdão, não existe, pois também neste sistema a supremacia não implica a invalidade das normas estaduais.

²⁶ Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, §8.1, citando jurisprudência que rejeita a *qualificação da incompatibilidade do direito interno com o direito da União como inconstitucionalidade* e ainda considera que não seria congruente o TC decidir questões que podem também ser decididas pelo TJUE.

²⁷ *Id.*, §8.2: “o direito da União Europeia, em decorrência do princípio da cooperação leal (cfr. n.º 3 do artigo 4.º do TUE), consagra uma imposição aos Estados-Membros de garantir o efeito útil das normas europeias; e é de entre as suas várias refrações que se encontra o princípio da interpretação conforme ao Direito da União Europeia. [...] Trata-se, pois, de uma garantia de eficácia do direito europeu plenamente recebida pelo

às condições para a restrição de direitos fundamentais, como o princípio da proporcionalidade²⁸. Conclui-se assim que, “situando-se as normas fiscalizadas no domínio de aplicação do direito da UE, a interpretação dos parâmetros constitucionais a que as regras em crise se submetem tem em conta o sentido das normas europeias, procurando-se estabelecer a interpretação mais próxima do direito europeu”²⁹.

O resultado é conhecido: (i) o Acórdão adoptou o juízo de ponderação constitucional do TJUE, considerando que “o artigo 35.º da Constituição, interpretado em conformidade com os artigos 7.º e 8.º da CDFUE, impõe ao legislador, como condição de efetividade das garantias nele consagradas, a previsão da obrigatoriedade de armazenamento dos dados pessoais” num EM da UE, pelo que as normas de conservação de dados seriam, por este motivo, inconstitucionais³⁰. Mas, mesmo que o armazenamento fosse em território da UE, o Tribunal considerou, adoptando também aquele juízo de ponderação do TJUE, que (ii) as normas em causa quanto ao IP (ainda que dinâmico), não seriam inconstitucionais, como resultara do Acórdão n.º 420/2017, que preconizou interpretação das normas constitucionais internas conforme com a interpretação da CDFUE pelo TJUE³¹⁻³², (iii) quanto aos (demais) dados de tráfego e de localização, por a sua conservação gerar uma agressão mais intensa dos direitos fundamentais à reserva da intimidade e vida privada e autodeterminação informativa, como resultara do Acórdão n.º 464/2019, seria inconstitucional, por violação dos artigos 35.º, n.º 1 e 4, e 26.º, n.º 1, da CRP, conjugados com o artigo 18.º, n.º 2, a conservação nos termos previstos, por virtude de um excesso no âmbito subjectivo, visto que abrangia os dados de todas as pessoas, sem qualquer suspeita de actividade criminosa, juízo

disposto no n.º 4 do artigo 8.º da Constituição. Ora, *pedindo-se ao Tribunal Constitucional a fiscalização de normas organicamente nacionais por referência ao seu parâmetro hierárquico de validade, é na interpretação da Constituição que intervém o Direito da União Europeia (incluindo a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [CDFUE])*. [...] *É o que sucede no domínio de direitos fundamentais que estejam simultaneamente previstos na Constituição e na CDFUE, sobretudo quando nesta última se preveja um nível de proteção mais elevado (cfr. artigo 53.º da CDFUE)*. Operando-se uma ponderação das fontes internacionais de direitos fundamentais no momento da aplicação das normas e princípios constitucionais internos. Daqui decorre que, *quando o Estado atua no domínio de aplicação do direito da União Europeia (n.º 1 do artigo 51.º da CDFUE), o sentido a dar aos direitos fundamentais que parametrizam a validade das normas internas deve privilegiar uma consonância com as normas europeias a que o Estado se encontra vinculado, estabelecendo-se uma relação interativa, mais do que hierárquica. [...] (realces nossos)*.

²⁸ *Id.*, §8.2; cf. artigo 52.º da CDFUE.

²⁹ *Id.*, §8.2, citando como tendo o mesmo sentido o Acórdão n.º 464/2019.

³⁰ *Id.*, §12 e §16.

³¹ *Id.*, §17.3.

³² O Tribunal estendeu a conclusão aos IP referentes a pessoas colectivas – *id.*, §17.4.

que deveria ser “reafirmado” à luz dos “parâmetros europeus” convocáveis no caso, citando o Tribunal o Acórdão *La Quadrature du net*³³, (iv) no que dizia respeito ao regime de acesso aos dados pelas autoridades de investigação criminal, foi também declarado inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade, estabelecido no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, da restrição dos artigos 35.º, n.º 1, e 20.º, n.º 1, da CRP³⁴, tendo em conta a ausência de notificação, conclusão “suportada” pelo juízo de proporcionalidade não se desligar daquele que decorre do parâmetro europeu, citando o Tribunal o Acórdão *Tele2*³⁵.

4. A Declaração de Voto concorrente e o Voto de Vencido

Na Declaração de Voto concorrente dos Conselheiros José António Teles Pereira, Benedita Urbano, Pedro Machete, Joana Fernandes Costa, Gonçalo de Almeida Ribeiro e João Pedro Caupers é expressado, apesar da concordância com o sentido da decisão, o desacordo quanto a dois pontos: (a) a opinião de que o artigo 8.º, n.º 4, da CRP, primeira parte (aplicação do direito da UE “*nos termos por este definidos*”) deveria ter constituído um parâmetro de constitucionalidade *autónomo* ao abrigo do qual a decisão foi proferida, visto que tal foi determinante para o processo decisório; (b) a discordância quanto aos termos em que o direito da União condiciona o juízo de inconstitucionalidade ao abrigo do princípio da interpretação conforme, devendo ser outra a perspectiva em que o direito da União se reflectiria no juízo de constitucionalidade³⁶.

No que se refere ao primeiro aspecto, a Declaração de Voto concorrente critica a decisão por traçar uma distinção que inexistente entre o papel dos tribunais

³³ *Id.*, §18.

³⁴ *Id.*, §19.

³⁵ *Id.*, §19.2.

³⁶ Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, Declaração de Voto Concorrente dos Conselheiros Teles Pereira, Maria Benedita Urbano, Pedro Machete, Joana Fernandes Costa, Gonçalo de Almeida Ribeiro e João Pedro Caupers, §1. “[...] entendemos que nos parâmetros constitucionais desse juízo teria de constar – adicionalmente aos artigos 35.º, n.ºs 1 e 4, 26.º, n.º 1, e 20.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, da CRP – o artigo 8.º, n.º 4 da CRP, referido ao seu segmento inicial. A inclusão deste parâmetro, dando conteúdo à necessária projecção do Direito da União Europeia (DUE) na apreciação da questão colocada, assinala que a aplicação deste – nos termos por ele próprio definidos – é neste caso determinante do percurso conducente à decisão. Aliás, na fundamentação do pedido, foi esse o caminho da Requerente, a título principal, [...] sendo de natureza assumidamente subsidiária a referência subsequente a um controlo “[...] à luz de parâmetros exclusivamente decorrentes do texto da Constituição da República [...]”. Por outro lado, a definição dos termos em que o DUE condiciona o juízo de inconstitucionalidade, corresponde a um outro ponto de afastamento dos subscritores da presente declaração da fundamentação do Acórdão. Referimo-nos concretamente ao recurso, no processo de construção da decisão, ao princípio da interpretação conforme ao Direito da União” (realces nossos).

ordinários (desaplicação) e o dos tribunais constitucionais (invalidação), recordando que “o problema é o mesmo – qual seja, o da necessidade de dar solução a situações de contrariedade de regras de DUE por parte de normas de Direito nacional. A forma de o decidir é que é distinta, devendo ter-se em consideração as diferentes competências atribuídas pela Constituição aos tribunais ordinários e ao Tribunal Constitucional”³⁷. Na perspectiva da Declaração, no controlo abstracto da constitucionalidade, a desconformidade constitucional de uma norma gera a invalidade desta, invalidade que também será mobilizada para os casos de contrariedade da norma interna com o direito da União. No entanto, existem obstáculos decorrentes do entendimento de que as normas de direito da UE “*não podem constituir ou servir de parâmetro de inconstitucionalidade, o qual será sempre e unicamente a própria Constituição*”. Para os Conselheiros subscritores da Declaração de Voto concorrente, as normas internas contrárias ao direito da UE seriam inválidas por violação da própria Constituição, “por força da violação da primeira parte do n.º 4 do artigo 8.º da CRP, mais concretamente, das obrigações às quais Portugal ficou adstrito por conta da sua adesão às, então, Comunidades Europeias”³⁸. Se bem vemos, a adopção da visão propugnada pela Declaração de Voto concorrente significaria que, em sede de fiscalização concreta, não é possível declarar a inconstitucionalidade das normas, por força da limitação do contencioso de constitucionalidade nessa sede. Com efeito, na Declaração, afirma-se que, “*diversamente da lógica que presidiu à redação do Acórdão, entendemos resultar da conjugação dos artigos 7.º, n.º 6, e 8.º, n.º 4, da CRP, no quadro do DUE (por força do princípio da cooperação leal, na sua vertente negativa, decorrente do artigo 4.º, n.º 3, 3.º parágrafo, do TUE) e da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a interação das duas ordens jurídicas (designadamente, do Acórdão n.º 422/2020), que este Tribunal deveria ter assumido (integrando como condicionante), no iter conducente ao juízo de inconstitucionalidade, o que qualificamos como o standard europeu de controlo de proporcionalidade*”³⁹. Assim, para os Conselheiros, como estava em causa a declaração de invalidade pelo TJUE de uma norma com o mesmo conteúdo das normas internas declaradas inconstitucionais, e que estas estão tão estreitamente ligadas ao direito da União, por se tratar de normas directamente determinadas por

³⁷ *Id.*, §1.1.

³⁸ *Id.*, §1.1.

³⁹ *Id.*, §1.1. *Standard europeu* que, como referem os Conselheiros, neste caso foi fixado pelo TJUE no Acórdão *Digital Rights* (C-293/12 e C-594/12), e reafirmado subsequentemente nos Acórdãos *Tele2 Watson* (C-203/15 e C-698/15), *Privacy International* (C-623/17), *La Quadrature du Net* (C-511/18 e C-512/18); *H. K. Prokuratur* (C-746/18) e *Commissioner of the Garda Síochána* (C-140/20).

estas, “*como obrigação de resultado*” (com referência ao artigo 288.º do TFUE), o controlo “funcionalmente equivalente ao nacional” (*i.e.*, de natureza constitucional no sentido da apreciação da proporcionalidade de uma restrição de direitos fundamentais) e “com base em valores paramétricos materialmente equivalentes aos que estão em causa na Constituição da República” que o TJUE efectuara relativamente àquelas normas europeias deveria valer também para as normas nacionais em causa. Para os Conselheiros, seria este o significado do artigo 8.º, n.º 4, primeira parte, considerando até que o mesmo estava implícito no Acórdão n.º 422/2020⁴⁰.

Esta divergência quanto à ausência do artigo 8.º, n.º 4, do dispositivo do Acórdão, convocando esta norma como parâmetro próprio de inconstitucionalidade, “reflete, pois, uma discordância de fundo quanto ao percurso argumentativo seguido nos itens 8.2. a 9.2. do Acórdão”, imputando os subscritores da Declaração de Voto concorrente à decisão uma “leitura particularmente radical da projecção paramétrica do [direito da União Europeia] na ordem constitucional nacional – conferindo ao princípio da interpretação conforme uma aptidão geral, ampla ao ponto de gerar juízos de invalidade total de normas – como aqui sucedeu – e não, como seria apropriado ao sentido de uma interpretação conforme, juízos de validação de determinadas dimensões interpretativas por referência a valores paramétricos pretendidos projetar nessas normas”⁴¹. Para os Conselheiros, a interpretação conforme poderia ter servido para “salvar” uma qualquer dimensão interpretativa das normas cuja constitucionalidade era sindicada, mas não resultar na “supressão pura e simples destas”⁴².

⁴⁰ *Id.*, §1.2: “Entendemos que esta asserção é a que descreve adequadamente a teleologia do trecho inicial do referido n.º 4 do artigo 8.º, que aqui se aplica, e sublinhamos que a mesma está implícita no Acórdão n.º 422/2020. A circunstância de na presente situação estar em causa o exercício do controlo da constitucionalidade do Direito nacional, e não do DUE (como sucedia no Acórdão n.º 422/2020), não torna imprestável, neste contexto, a fundamentação constante desse aresto. Este, com efeito, interpretou e definiu o n.º 4 do artigo 8.º da CRP, nos dois espaços de alcance da jurisdição constitucional que nele coexistem, sendo que aqui releva, decididamente, o sentido que o Tribunal Constitucional fixou ao segmento inicial da norma, que nos permite deduzir, integrando os termos específicos do Direito da União, o caminho para a adequada abordagem do pedido, com base no princípio da cooperação leal – aliás, coisa diversa não resulta da fundamentação do presente Acórdão, ao recorrer, como pressuposto decisório, a um instituto próprio do DUE”.

⁴¹ *Id.*, §2.

⁴² A declaração critica ainda o recurso à interpretação conforme por esta só se justificar para os actos de direito da União que não tenham efeito directo. Não nos parece que esta crítica seja totalmente precisa e além do mais dificilmente se poderá referir que as disposições da CDFUE têm efeito directo, pois não são incondicionais e suficientemente claras e precisas.

Os Conselheiros criticam assim a adopção da metodologia seguida pela decisão, em que “se afirma que as normas internas são inválidas por violação de direitos fundamentais consagrados na Constituição da República, designadamente por serem os mesmos restringidos de forma desproporcionada pelas normas impugnadas, direitos e princípio da proporcionalidade *interpretados em conformidade com o DUE*”⁴³. A objecção prende-se com a defesa, por estes Conselheiros, de que o princípio da interpretação conforme foi utilizado num sentido que foge à lógica que lhe é própria, que seria a de conferir um efeito útil a normas de direito da UE, suprimindo a falta de efeito directo de certas normas; e ainda da consideração de que o recurso a essa figura deveria servir para “salvar” a norma da inconstitucionalidade, e não para a declarar⁴⁴.

Em conclusão, defendem os Conselheiros que a decisão de inconstitucionalidade deveria ter assentado num diferente plano metodológico, em que a incidência do direito da União actua através do princípio da cooperação leal, princípio que, na sua vertente positiva⁴⁵, no caso de uma Directiva, obriga os EM a transporem a mesma, para lhe darem execução⁴⁶, como, na sua vertente negativa⁴⁷, a não aplicarem as normas adoptadas em transposição da Directiva, e também a eliminar as mesmas do ordenamento jurídico nacional, suprimindo assim também a contrariedade com o direito da

⁴³ *Id.*, §1.1.

⁴⁴ *Id.*, §1.1: “Este tipo de raciocínio seguido no Acórdão [...] suscita-nos as maiores dúvidas. Dúvidas essas que têm que ver essencialmente, como adiante melhor se explicitará, com a utilização da figura da interpretação conforme com um sentido que não corresponde à lógica que lhe é própria. Na verdade, a aplicação da interpretação conforme consubstancia uma forma de suprir a falta de um efeito direto de certas normas de Direito Europeu através da produção de um efeito útil. Num outro plano, pode afirmar-se que a interpretação conforme com o Direito Europeu constitui um poder-dever do juiz ordinário. Sinteticamente, a interpretação conforme é uma prática conciliatória que impõe ao juiz nacional a resolução, *in casu*, de uma contradição entre normas internas e normas de Direito Europeu pela via hermenêutica. O que encontra justificação na primazia do Direito Europeu, nos seguintes termos: se não for possível tornar operativa a interpretação conforme de uma norma interna – porque nenhum dos seus sentidos possíveis está conforme com o DUE –, essa norma deve ser desaplicada ou invalidada. Com o recurso à interpretação conforme, na medida em que se mostre operativa, não se chega a conhecer o problema da desconformidade das normas internas com o DUE. Admitindo-se a utilização da interpretação conforme pelo Tribunal Constitucional, a mesma, tendo em consideração a sua lógica própria, servirá necessariamente para salvar uma norma interna da sua inconstitucionalidade e não, como se faz no presente acórdão, para a fundar” (realces nossos).

⁴⁵ Artigo 4.º, n.º 3, §2, parte final, do TUE: “Os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União”.

⁴⁶ Artigo 288.º, n.º 3, §2, TFUE: “A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”.

⁴⁷ Artigo 288.º, n.º 3, §3, TFUE: “Os Estados-Membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União”.

União, ou a modificá-las. Consequentemente, o controlo de proporcionalidade já avançado pelo TJUE impor-se-ia, enquanto manifestação do direito da União (o direito da União *nos termos por ele definidos*), como “*dado prévio*” que teria de ser integrado na apreciação de constitucionalidade pelo TC, “não realizando este um controlo redundante daquele – que sempre envolverá a possibilidade, mesmo que eventual, de chegar a resultados diferentes dos correspondentes ao *standard europeu*” que aqui deve ser projectado.

Já o Conselheiro Lino Ribeiro manifestou, no seu voto de vencido⁴⁸, neste segmento, (a) a oposição à preclusão de uma apreciação do caso à luz do direito constitucional interno, considerando que o primado do direito da União ao abrigo do artigo 8.º, n.º 4, da CRP, não abrangia o primado sobre os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição; (b) a consideração de que o juízo de proporcionalidade do TJUE era incompatível com o juízo que decorreria da aplicação dos artigos 18.º, n.º 2, e 35.º da CRP ao caso, dos quais resultaria uma visão mais restritiva dos direitos à auto-determinação informativa, no confronto com o direito à segurança, pelo que nunca poderia o direito da UE prevalecer. No que diz respeito a esta posição, não estamos de acordo com a mesma, e cremos que não reflecte, de todo, de forma adequada, o primado do direito da UE, não só como estabelecido pelo TJUE, interpretando os Tratados, mas como hodiernamente aceite pelos tribunais constitucionais a nível europeu, e pelo artigo 8.º, n.º 4, da CRP, conforme interpretado no Acórdão n.º 422/2020. De facto, o primado do direito da UE abrange, também, os direitos fundamentais estabelecidos na CRP, sob reserva de casos excepcionais onde possa estar em causa a identidade constitucional de um EM, o que não era o caso⁴⁹. No que diz respeito ao segundo motivo de discordância, também não coincidimos com a visão do voto de vencido. E, em qualquer caso, essa visão significaria que o direito fundamental consagrado na CRP teria que ser desaplicado por ter um nível de protecção inferior ao estabelecido no direito da UE, conforme decorrente do artigo 53.º da CDFUE e do princípio do primado, tornando-se por isso irrelevante. Não nos parece que pudesse argumentar-se na perspectiva de uma aplicação do *standard* interno assim definido invocando que este garantiria um grau mais elevado de protecção do “direito à segurança”, face ao direito da UE. Mas esta

⁴⁸ Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, Declaração de Voto Vencido do Conselheiro Lino Ribeiro.

⁴⁹ Assim, também, Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, Declaração de Voto Concorrente dos Conselheiros Teles Pereira, Maria Benedita Urbano, Pedro Machete, Joana Fernandes Costa, Gonçalo de Almeida Ribeiro e João Pedro Caupers, nota 10: “Estamos fora do âmbito de aplicação do contralimite que subjaz ao trecho final do referido n.º 4”.

dissemelhança de opinião evidencia o problema da determinação do *standard* de protecção mais elevado em casos de conflito de direitos fundamentais.

5. Síntese intermédia

Em suma, o Acórdão n.º 268/2022 pode, de facto, ser classificado, em nossa opinião, como inovador. Por exemplo, comparando com o Acórdão n.º 420/2017⁵⁰. Neste último o Tribunal reiterara que a circunstância de o TJUE não poder invalidar uma lei interna (ainda que de transposição de uma Directiva da UE) não impedia que se fiscalizasse a validade de tal lei à luz do direito internacional, incluindo a CEDH, do Direito da UE, incluindo a CDFUE, ou do direito nacional, decorrente da Constituição. No entanto, referia que muito embora o juízo sobre a validade de tal lei devesse *ter em conta* o juízo de validade efectuado pelo TJUE sobre a Directiva transposta pela mesma, o juízo a efectuar continuaria a ser “autónomo” relativamente ao efectuado pelo TJUE. No Acórdão n.º 268/2022, o Tribunal, muito embora formalmente afirme uma tal autonomia, materialmente parece adoptar posição segundo a qual o *standard* do direito da União, definido pelo TJUE, passa a ser, no campo de aplicação do direito da União, ele próprio parâmetro de constitucionalidade material ao abrigo do direito homólogo da Constituição.

V. Esboço de observações sobre as decorrências da posição adoptada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 268/2022

1. Harmonização dos *standards* normativos de direitos fundamentais?

É sabido que a aplicação de diversos *standards* normativos com referência a direitos homólogos consagrados em diferentes textos com natureza materialmente constitucional, ancorando direitos fundamentais, apesar de ser teoricamente possível, é praticamente de difícil execução.

Tal significa, tendencialmente, que, das duas uma: ou os tribunais tendem a harmonizar os diferentes *standards* e, paulatinamente, textos muito semelhantes, mas dos quais resultava um parâmetro normativo diverso, passam a ter o mesmo conteúdo (com a vantagem de uma maior harmonia entre sistemas, facilitando a respectiva aplicação, mas com a desvantagem de eliminar uma saudável diversidade que, no diálogo, poderia levar à evolução e consolidação dos vários *standards* em causa); ou – para simplificar – os tribunais aplicam apenas um *standard* normativo, fazendo tábua rasa dos demais

(com a desvantagem de poderem ignorar *standards* normativos aplicáveis ao caso e com isso obliterarem porventura os direitos das pessoas que deles poderiam beneficiar – um risco mais acrescido quando se trata de jurisdições não especializadas que, para além destas questões, têm que dirimir outras).

Na minha experiência como Advogada, vejo como particularmente difícil argumentar perante um Tribunal usando vários *standards* normativos simultaneamente – como a CEDH, a CDFUE e a Constituição. Não só pelo nível de conhecimentos e investimento de tempo necessário para o poder fazer devidamente, como pela circunstância de esse tipo de argumentação levar a que as peças processuais se tornem demasiado longas. Mas também porque, no resultado, os tribunais tendem a privilegiar apenas um dos *standards* que analisam mais detidamente – o que relevar directa e imediatamente da sua jurisdição –, tratando os outros de forma sumária. Dir-se-á que os Advogados têm de optar e seleccionar apenas um dos *standards* em causa, mas tal selecção levaria a que prescindíssemos de fazer uso da tutela multi-nível que é conferida às pessoas por força do direito da União, ou do direito europeu da CEDH.

A perspectiva adoptada pelo Acórdão n.º 268/2022 poderia tornar, neste ponto, mais simples a tarefa do juiz e dos vários sujeitos processuais tanto quanto dita que, sempre que nos encontremos no domínio de aplicação do direito da UE, a ponderação feita por este nível do sistema seria a que prevalecerá. O que significa, na prática, harmonizar o *standard* normativo aplicável, aplicando apenas o *standard* do direito da União. Esta posição parecer ser claramente a da opinião dos Conselheiros que emitiram declaração de voto concorrente, para quem, nestes casos, parece ser defendido que o artigo 8.º, n.º 4, é ele próprio norma violada (o que implicaria, possivelmente, mesmo a preclusão de aplicação de *standards* mais protectores do direito interno, caso estes não possam ser aplicados por força da violação do primado, unidade e efectividade do direito da União, sempre que estejamos no âmbito de aplicação do direito da União, sem prejuízo da situação excepcional prevista na parte final daquela norma). A perspectiva adoptada na decisão parece resultar um pouco mais dúbia, sobretudo na forma como o critério é aplicado. Mas concordamos com a Declaração de Voto no sentido de que a leitura da decisão indicia que, de facto, foi o direito da União o determinante para o sentido da interpretação do *standard* constitucional interno. Aliás, parece decorrer da decisão o entendimento de que, no âmbito de aplicação do direito da União, é este que prevalece na definição do conteúdo e limitações admissíveis do direito fundamental consagrado na CRP, até porque, caso este tenha conteúdo desconforme ao definido no direito da União, mas admita

⁵⁰ Acórdão n.º 420/2017, de 13 de Julho de 2017, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170420.html> [consulta em 19.11.2023].

diferente interpretação que lhe seja conforme, terá de prevalecer esta última. Aparentemente, assim, a posição que venceu opera uma alteração do conteúdo do direito consagrado na CRP e do juízo de admissibilidade de restrição ao mesmo em função do direito da UE e do juízo do TJUE, que pode ir mudando até com o tempo.

2. Disparidade dos *standards* normativos de direitos fundamentais fora do âmbito de aplicação do direito da União?

Ficamos com a dúvida sobre o que sucederá nos casos que estejam fora do âmbito de aplicação do direito da União. Nestes, o *standard* normativo interno poderá ser diferente? Fará sentido sê-lo?

Se o for, causará porventura uma divergência de *standards* pouco compreensível. Por exemplo, será difícil ao destinatário compreender porque é que, em um caso, a proporcionalidade das restrições ao direito à privacidade e à autodeterminação informacional é aferida em função de um juízo que tem em conta as normas referentes à conservação de dados, sem considerar as garantias de acesso (como faz o TJUE, por analisar separadamente os dois aspectos), enquanto noutros fará uma análise global em que tem em conta tanto as normas referentes à conservação, como as referentes à transmissão desses dados às autoridades (como faz o TC), com resultados diferentes.

Esta divergência de *standards* poderá causar alguma fricção e, em última análise, criar uma “*race to the bottom*”, no sentido de que o *standard* interno que supostamente manteria a sua autonomia, fora do âmbito de aplicação do direito da União, e seria mais protector, passará a ser interpretado a partir de uma *lockstep approach*⁵¹: o seu conteúdo reflectirá a cada momento o do *standard* normativo definido pela unidade constituinte central. Resultado: uma teórica manutenção do sistema multi-nível com diferentes *standards* normativos de protecção a nível da unidade constituinte local, passaria a ser na prática um sistema de protecção materialmente reduzido a apenas um parâmetro de tutela. Nesta perspectiva, a metodologia da decisão poderia suscitar um risco de “colar” o *standard* constitucional interno ao do direito da União, ficando sujeito à evolução – sobretudo a evolução jurisprudencial sob a égide do TJUE – deste.

⁵¹ Cf. ROBERT F. WILLIAMS / LAWRENCE FRIEDMAN, *Lockstepping State Constitutional Rights with Federal Constitutional Law*, in Robert F. Williams / Lawrence Friedman, *The Law of American State Constitutions*, 2.ª ed., Nova Iorque: Oxford University Press, 2023, pp. 224-238.

3. Maior “acesso” ao direito da União e ao TJUE no contencioso de constitucionalidade?

Como é bastante sabido, e expusemos *supra*, o TC vem reiterando expressamente a posição de que o direito da União não é um *standard* autónomo de fiscalização da constitucionalidade e como tal não cumpre ao Tribunal sindicat a compatibilidade de normas do direito interno com o direito da União.

Seja seguindo a perspectiva da decisão, com a circunstância de o TC passar a considerar o direito da UE como um *standard* de interpretação “obrigatório” para a conformação do conteúdo material do direito fundamental constante da CRP, seja a perspectiva da Declaração de Voto concorrente, tal deveria ter consequências para os mecanismos de diálogo inter-jurisdicional com o TJUE. Isto porque, passando a aplicar o direito da União, e sendo, nesta matéria, sempre um tribunal de última instância, o TC fica obrigado à colocação de questões prejudiciais ao TJUE sempre que se verifiquem os pressupostos do artigo 267.º do TFUE⁵². Em concreto, quando esteja em causa uma questão de interpretação ou validade do direito da União considerada necessária ao julgamento da causa⁵³. O que será particularmente relevante quando surjam questões de interpretação novas com interesse geral para a aplicação uniforme do direito da União, ou quando a jurisprudência existente não dê o necessário esclarecimento num quadro jurídico ou factual inédito⁵⁴. A submissão da questão é obrigatória para os tribunais de cujas decisões não caiba recurso, salvo quando exista jurisprudência firme na matéria, ou quando a forma correcta de interpretar a norma em causa não dê origem a dúvida razoável⁵⁵.

Outra dúvida ficou no nosso espírito: qual o impacto desta decisão a nível da fiscalização concreta da constitucionalidade? Com o Acórdão n.º 268/2022 – pelo menos na nossa primeira leitura – o Tribunal parece ter aberto a via do controlo da conformidade do direito interno com o direito da União em matéria de direitos fundamentais, em sede de fiscalização concreta, fora do caso do artigo 70.º, n.º 1, al. i), da Lei do Tribunal Constitucional. Na nossa primeira leitura, a adopção do *standard* do TJUE como *standard*

⁵² Artigo 267.º, §3, TFUE.

⁵³ Artigo 267.º, §2, TFUE.

⁵⁴ Cf. Recomendações do TJUE à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais (2019/C 380/01), §5, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2019_380_R_0001 [consulta em 19.11.2023].

⁵⁵ Cf. *ibid.*, §6.

de constitucionalidade através da incorporação do sentido interpretativo dos direitos constantes da CDFUE nas protecções homólogas da CRP, desde que no âmbito de aplicação do direito da UE e daquela Carta⁵⁶, abre a via a uma invocação do direito da UE como parâmetro de constitucionalidade autónomo, pois, mesmo seguindo a posição da decisão no Acórdão n.º 268/2022, esta torna necessário aferir o conteúdo do direito da UE e, como tal, recorrer ao TJUE sempre que tal conteúdo não seja suficientemente claro e determinado e seja necessário à decisão do caso. Esta posição parece, através do recurso à obrigação de interpretação conforme, contornar a questão da insusceptibilidade de invocar inconstitucionalidades indirectas por violação do artigo 8.º, n.º 4, da CRP, em sede de contencioso de fiscalização concreta da constitucionalidade⁵⁷. Já a visão da Declaração de Voto concorrente parece não resolver esta questão, pois, ao insistir na utilização do artigo 8.º, n.º 4, parece pretender manter aquela barreira (em nosso ver incompreensível) à suscitação de questões de violação do direito da UE no contencioso da fiscalização concreta, fora do âmbito do artigo 70.º, n.º 1, al. i), da Lei do Tribunal Constitucional. Com efeito, neste âmbito, a única possibilidade de aceder ao TC é em caso de recusa de aplicação de normas de direito interno por violação do direito da União⁵⁸.

⁵⁶ Artigo 51.º, n.º 1, CDFUE.

⁵⁷ Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão n.º 501/2021, de 9 de Julho de 2021, Relator: Maria José Rangel de Mesquita, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210501.html> [consulta em 19.11.2023], §17: “[...] é de referir desde logo que a violação de normas de Direito Internacional ou de Direito da União não gera um vício de inconstitucionalidade controlável neste contexto. Como ponderado no Acórdão n.º 241/2017, desta 3.ª Secção (recentemente corroborado pelo Acórdão n.º 60/2020, II. 10.): «8.2. Além disso [...] no quadro de uma protecção multinível, também não assiste razão aos reclamantes. Com efeito, [...] verifica-se [...] ser jurisprudência firmada deste Tribunal que por questões de constitucionalidade «apenas se podem entender as questões de constitucionalidade directa», pelo que a pretendida contrariedade de uma norma legislativa interna, como sucede *in casu*, com uma convenção internacional – como as invocadas pelos ora reclamantes –, incluindo os Tratados institutivos da União Europeia (e a CDFUE, à qual aqueles conferem idêntico valor jurídico), não pode relevar como questão de inconstitucionalidade para efeitos de fiscalização concreta pelo Tribunal Constitucional (neste sentido o Acórdão n.º 569/2016, II. Fundamentação n.º 12, e jurisprudência aí citada).» Para além disso, reitera-se que os parâmetros invocados para fundar a inconstitucionalidade da norma foram já objeto da ponderação [...] O mero facto de esses parâmetros serem invocados pelos recorrentes com base também em fonte de direito internacional regional (CEDH) ou de direito da União Europeia não representa, só por si, uma inovação substantiva face à equivalência normativa da protecção decorrente dos princípios e normas aí consagrados. Tal só não ocorreria se os recorrentes lograssem demonstrar com evidência que existem diferenças na protecção resultante de tais fontes não nacionais [...]” (realces nossos).

⁵⁸ Assim, RUI TAVARES LANCEIRO, *op. cit.*, nota 4, p. 998, referindo, a propósito do Acórdão n.º 711/2020, que o papel do TC no controlo da conformidade de disposições nacionais com o direito da UE está aberto, mas que “é um caminho estreito”, pois só é possível recorrer para o Tribunal “após a obtenção de uma decisão de outro tribunal de não aplicação da disposição nacional e apenas em casos de violação do direito primário da UE”. Pelo que, vaticina o autor, a intervenção do Tribunal “continuará provavelmente a ser muito limitada”. Cf. também, a título de exemplo, o Acórdão n.º 569/2016, de 19 de Outubro, Relator: Fernando Ventura, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160569.html> [consulta em 19.11.2023], §12.

Tem razão, todavia, esta Declaração, quando refere que a decisão pode não ter traçado um caminho claramente aplicável em sede de fiscalização concreta, já que, ao partir de uma polarização entre “desaplicação / invalidação das normas”, diferenciando os “tribunais ordinários” do TC, “a referida dicotomia deixa por explicar todo o vasto domínio da fiscalização concreta – em que se aprecia a validade constitucional de uma norma, mas o efeito do juízo positivo de inconstitucionalidade é a sua desaplicação no caso concreto. Ora, no controlo de tipo abstrato, a contrariedade de uma norma com a Constituição gera a invalidade da norma e a mesma invalidade deve ser mobilizada para os casos de contrariedade da norma interna com o DUE”⁵⁹.

4. Que desafios se colocam em termos de metodologia e interpretação constitucional num sistema multi-nível onde são aplicáveis simultaneamente vários *standards* de protecção?

Seria interessante perceber que desafios se colocarão no futuro em termos de metodologia e interpretação constitucional em matéria de direitos fundamentais. Noutros sistemas multi-nível, como nos EUA, o direito federal estabelece os critérios que tornam as decisões dos Estados constituintes sindicáveis ao abrigo do *standard* federal de protecção da Constituição, delimitando-as daquelas que ficam imunes a esta sindicância, por resultarem de uma aplicação autónoma de um *standard* constitucional estadual. Desde que uma decisão estadual seja decidida com fundamento adequado e independente num direito estabelecido na Constituição estadual (*adequate and independent state grounds*) e que tal esteja declarado claramente na decisão (*plain statement rule*), esta não será sindicável com fundamento na interpretação do direito em causa. Se este não for o caso, e for aparente que a decisão assenta primeiramente no direito federal, o Supremo Tribunal Federal assumirá que a decisão se baseia de facto no direito federal e terá jurisdição⁶⁰.

Tendo em conta este critério, discute-se na doutrina se os Tribunais estaduais devem aplicar primeiro o direito federal ou o direito estadual e ainda qual o papel do direito federal na interpretação do direito estadual. Questões metodológicas que podem ter impacto na dinamização do desenvolvimento da doutrina constitucional estadual (quando o direito constitucional estadual é primeiramente considerado e na respectiva interpretação não se limita a

⁵⁹ Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril de 2022, Declaração de Voto Concorrente dos Conselheiros Teles Pereira, Maria Benedita Urbano, Pedro Machete, Joana Fernandes Costa, Gonçalo de Almeida Ribeiro e João Pedro Caupers, §1.1.

⁶⁰ *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032 (1983); *Fox Film Corp. v. Muller*, 296 U.S. 207 (1935).

aderir ao *standard* federal acriticamente), ou na respectiva estagnação e até neutralização (quando a metodologia escolhe a aplicação primeira do direito constitucional federal, ou, não o fazendo, adopta como método interpretativo o da deferência desta face à doutrina constitucional federal). Parece vir prevalecendo neste sistema a visão segundo a qual deve ser primeiramente aplicada a constituição estadual. No entanto, a visão sobre o papel da Constituição federal na interpretação da homóloga estadual permanece debatida. Em nome da maior uniformidade e também de uma simplificação da análise constitucional, alguns Supremos Tribunais estaduais adoptam uma visão de *lockstep*, adoptando o conteúdo da Constituição federal para a estadual⁶¹. Por vezes, tal leva a que tenham de adivinhar como viria a decidir o Supremo Tribunal Federal dos EUA um caso ainda não decidido, o que pode levar à adopção de visões muito limitativas do conteúdo dos direitos, para evitar uma futura revogação das decisões pelo Supremo Tribunal federal.

É certo que o sistema multi-nível da UE é muito diferente e o papel dos tribunais constitucionais e da doutrina constitucional estadual dos Estados-Membros é mais consolidado. O que levaria a concluir que os receios de uma uniformização excessiva não se verificariam deste lado do Atlântico. No entanto, cremos que a força centrípeta da jurisdição do TEDH, e agora do TJUE, bem como a configuração do primado do direito da União (será este compatível com uma aplicação em primeira linha metodológica do direito estadual e só depois do direito federal?), podendo até precluir o direito dos Estados em matéria de direitos fundamentais ao tornar inaplicável uma protecção estadual mais elevada, tornam relevante o estudo mais aturado destas perspectivas problemáticas.

Seria interessante comparar se há de facto uma diferença entre os sistemas, por exemplo em matéria criminal. Na UE, nesta matéria, e em certos casos, a aplicabilidade do direito federal (da União) pode tornar inaplicável um direito fundamental consagrado na constituição estadual e que confere um nível de protecção mais elevado, perante os próprios tribunais estaduais que, por força do primado, têm de desaplicar o seu direito interno. Ao fazê-lo, estão a actuar como tribunais *funcionalmente* federais.

Nos EUA, um tribunal estadual apenas pode ter de desaplicar um direito estadual fundamental se este oferecer um nível de protecção inferior ao de um direito fundamental federal que seja aplicável ao caso. Se oferece um nível de protecção superior, então o direito fundamental estadual manterá

⁶¹ ROBERT F. WILLIAMS / LAWRENCE FRIEDMAN, *op. cit.*, nota 51, pp. 224-238.

plena aplicação. No entanto, esta protecção, que é efectiva do ponto de vista da validade normativa e justiciabilidade a nível estadual, pode tornar-se irrelevante. Isto porque tal protecção não é invocável perante os tribunais federais. Ora, tendo esta jurisdição judicativa em matéria criminal, e inexistindo uma proibição de dupla prossecução a nível estadual e federal pelos mesmos factos, na prática acaba por amiúde prevalecer o *standard* de protecção inferior do direito federal (algo que é condicionado ou temperado pelo carácter discricionário da prossecução penal). Na UE, em matéria penal, inexistem tribunais federais em sentido institucional e pode, por isso, caber aos tribunais estaduais, actuando funcionalmente como tribunais federais, precisamente decidir que deve prevalecer um *standard* de protecção inferior decorrente do direito federal, com a consequente inaplicabilidade do direito fundamental estabelecido na Constituição estadual (ainda que sem consequências ao nível da validade normativa).

Estas semelhanças e diferenças merecem estudo também na perspectiva da análise crítica ao “diálogo inter-jurisdicional” no seio da UE, pois é claro, observando o sistema do outro lado do Atlântico, que a metodologia a seguir pelos tribunais dos Estados terá impacto significativo no desenvolvimento e configuração futura do sistema multi-nível de protecção, levando-o no caminho de uma forte harmonização e nivelação que pode neutralizar o carácter múltiplo dos níveis de tutela de direitos fundamentais, ou ao invés na direcção da manutenção de uma diversidade potenciadora desta multiplicidade.

VI. Conclusão

Em conclusão, cremos que se justifica, como adiantado na introdução, um estudo mais aprofundado desta decisão, sob a perspectiva do constitucionalismo multi-nível. Independentemente do resultado destes estudos e da evolução e clarificação da doutrina do TC, cremos que o Acórdão n.º 268/2022 é sobretudo inovador na forma como dialogou directamente com o direito da União e a jurisprudência do TJUE, procurando aderir ao resultado do labor jurisprudencial deste órgão, com consequências directas para o juízo de inconstitucionalidade material pronunciado na decisão, bem como, na nossa primeira leitura, para casos futuros, mesmo em sede de fiscalização concreta, abrindo espaço à intervenção do direito da UE como *standard* de interpretação autónomo e decisivo dos próprios direitos fundamentais da Constituição da República Portuguesa. Este ponto é, no entanto, sensível, visto que seis Conselheiros aqui adoptaram visão diferente

dos cinco Conselheiros que subscrevem a decisão e fundamentação na íntegra. Em nosso ver, a decisão poderia ter ido mais longe, seguindo um caminho de diálogo frontal com o TJUE, através da apresentação da questão prejudicial que era pertinente e necessária à solução do caso e poderia considerar-se não suficientemente resolvida, mormente porque os “factos” do caso, *i.e.*, as características da norma de direito interno, eram diferentes dos anteriormente submetidos.

ESTUDOS E COMENTÁRIOS

Serviços de Informações, Dados de Tráfego e Revisão Constitucional – Uma Análise Crítica dos Projetos de Revisão Constitucional n.º 7/XV/1.^a e n.º 3/XV

João Narciso

*Assistente Convitado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
joao.narciso@fd.uc.pt*

Resumo: No âmbito da possível alteração do artigo 34.º da Constituição, para efeitos de legitimar o acesso a dados de tráfego pelo Sistema de Informações da República Portuguesa, os projetos de revisão constitucional apresentados pelos dois maiores partidos com assento parlamentar oferecem margem para dúvidas. Entende-se que os mesmos deveriam delimitar, sem que suscite incertezas, as entidades competentes para esse acesso, a terminologia que mais rigorosamente delimita as circunstâncias da comunicação, as quais não devem estar submetidas ao mesmo regime dos dados de base e de localização de equipamento, quando não dão suporte a uma concreta comunicação. Não estando isentas de controvérsia as finalidades que no âmbito da prevenção justificam a restrição do direito ao sigilo das telecomunicações, não deve o direito português passar de um regime excecional em matéria de acesso ao tráfego da comunicação para uma utilização alargada e desmesurada.

Abstract: Within the scope of the possible amendment of article 34 of the Constitution for the purpose of legitimizing access to traffic data by the Intelligence System of the Portuguese Republic, the constitutional revision projects brought forward by the two major parties with parliamentary representation raise doubts. It is argued that they should delimit, without raising uncertainties, the entities that are competent for such access, the terminology

that more rigorously delimits the circumstances of the communication, which should not be subject to the same regime as that which applies to basic data and equipment location data, when they do not support a concrete communication. Since the purposes that justify the restriction of the right to secrecy of telecommunications are not without controversy, Portuguese law should not move from an exceptional regime of access to communication traffic to an extended and disproportionate one.

Palavras-chave: “serviços de informações”; “dados de tráfego”; “direito ao sigilo das telecomunicações”; “Constituição”; “revisão constitucional”.

Keywords: “intelligence services”; “traffic data”; “right to secrecy of telecommunications”; “Constitution”; “constitutional revision”.

1. A possibilidade de acesso a dados de tráfego de telecomunicações pelo Sistema de Informações da República Portuguesa (SIRP) continua a ser alvo de debate, assumindo, no processo de revisão constitucional em curso, maior vigor ao nível de uma hipotética alteração do artigo 34.º da Constituição da República Portuguesa (CRP)¹. Conquanto esta não seja a única necessidade operacional reclamada pelos serviços que compõem a orgânica do SIRP, a verdade é que, num quadro legal lacunoso, a mesma tem, nos últimos anos, ocupado, na sua quase totalidade, a discussão ao nível do reforço dos seus meios de atuação. Como principais argumentos, invoca-se a adequação daquele acesso para efeitos de prevenção do fenómeno do terrorismo, bem como a situação de inferioridade em que, no âmbito da cooperação, as agências portuguesas de inteligência se encontram em relação às congéneres.

Alvo de atividade parlamentar abundante, a inclusão desse método oculto de investigação no elenco de meios de atuação do SIRP não tem, no entanto, deixado de levantar fundadas interrogações sob o prisma da sua compatibilidade com o direito à inviolabilidade das telecomunicações. Neste sentido, o Tribunal Constitucional, numa jurisprudência que apresenta uma inequívoca linha de continuidade, pronunciou-se, no Acórdão n.º 403/2015, pela inconstitucionalidade da norma do n.º 2 do artigo 78.º do Decreto n.º 426/XII da Assembleia da República, por violação do artigo 34.º, n.º 4 da CRP, entendimento que foi posteriormente reiterado, no Acórdão n.º 464/2019,

¹ O artigo 34.º, n.º 1 enuncia que “o domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis”, declarando-se, no n.º 4, que “é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”.

que declarou a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 4.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto, por violação do disposto no mesmo normativo constitucional.

Nesta medida, tendo presente que os obstáculos suscitados naquela linha jurisprudencial apenas podem ser ultrapassados através de uma revisão do texto da Constituição, o Partido Social Democrata (PSD) apresentou o Projeto de Revisão Constitucional n.º 7/XV/1.^a, que, à atual configuração da norma do artigo 34.º, pretende adicionar um novo número, o n.º 5, dispondo que: “A lei pode autorizar o acesso do sistema de informações da República aos dados de contexto resultantes de telecomunicações, sujeito a decisão e controlo judiciais”. A este debate juntou-se o Partido Socialista (PS), que, no Projeto de Revisão Constitucional n.º 3/XV, pretende adicionar um n.º 6, nos termos do qual: “Excetua-se do disposto no número anterior o acesso, mediante autorização judicial, pelos serviços de informações a dados de base, de tráfego e de localização de equipamento, bem como a sua conservação, para efeitos de produção de informações necessárias à salvaguarda da defesa nacional, da segurança interna de prevenção de atos de sabotagem, espionagem, terrorismo, proliferação de armas de destruição maciça e criminalidade altamente organizada, nos termos a definir pela lei”.

O facto de, nos termos do artigo 286.º, n.º 1 da CRP, as alterações da Constituição serem aprovadas por maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções, bem como a circunstância de estarem em causa Projetos dos dois maiores partidos com assento parlamentar – com a consequente possibilidade de serem convertidos em direito vigente – motivam-nos a empreender uma análise crítica de algumas das soluções ali preconizadas. Assim, privilegiando as coordenadas que assumem maior relevo, ter-se-á em conta, dentro dos limites que esta reflexão pretende respeitar, o relevo da preferência por uma designação como a de “sistema de informações da República” face a uma como a de “serviços de informações”; o rigor que, em termos de terminologia, representa um enunciado como o de “dados de tráfego”, bem como a diferenciação de regime que entre os mesmos tem de existir e os dados de base e de localização de equipamento, quando não dão suporte a uma concreta comunicação; as perplexidades que origina a autorização do seu acesso para, no âmbito da salvaguarda da segurança interna, a prevenção de atos de sabotagem e da criminalidade altamente organizada; não esquecendo, por último, um elenco de alguns dos principais problemas que para o legislador ordinário podem surgir ao nível da reserva de lei e da reserva de juiz caso a norma constitucional seja alterada.

2. A começar, importa esclarecer que, integrando o SIRP, na sua arquitetura legal, o Serviço de Informações Estratégicas de Defesa (SIED) e o Serviço de Informações de Segurança (SIS)², estes não são, todavia, os únicos organismos, em Portugal, com responsabilidades no domínio da recolha, análise e difusão de informações. Com efeito, sendo as informações ali produzidas classificadas como estratégicas, não se pode olvidar que, para além destas e assumindo pontos de contacto com as mesmas, existem as categorias das informações militares, que servem de apoio às operações militares; das informações policiais, que auxiliam a atividade policial no âmbito das suas operações de segurança interna; e das informações criminais, que representam os conhecimentos que os órgãos de polícia criminal armazenam nos termos específicos da investigação criminal que realizam no processo criminal³.

Assim, dando, sucintamente, conta da situação existente neste âmbito, no setor das informações militares, o Decreto-Lei n.º 19/2022, de 24 de janeiro, que estabelece a Lei Orgânica do Estado-Maior-General das Forças Armadas e altera as Leis Orgânicas dos três ramos das Forças Armadas, disciplina, no artigo 42.º, a missão e atribuições do Centro de Informações e Segurança Militares (CISMIL). Mesmo nas leis orgânicas das polícias não é difícil encontrar, dentro da categoria das informações policiais e criminais, referências a sistemas, unidades, departamentos e direções de informações. A benefício de ilustração, o Decreto-Lei n.º 137/2019, de 13 de setembro, que aprova a nova estrutura organizacional da Polícia Judiciária, prevê a existência de um Sistema de informação criminal, de uma Unidade de Informação Financeira e de uma Unidade de Informação Criminal, nos artigos 10.º, 27.º e 36.º, respetivamente. Por seu turno, a Lei n.º 53/2007, de 31 de agosto, que aprova a orgânica da Polícia de Segurança Pública, dispõe, no artigo 29.º, que uma das áreas compreendidas na unidade orgânica de operações e segurança é a das informações policiais, regulamentando a Portaria n.º 383/2008, de 29 de maio, no artigo 5.º, as competências do Departamento de Informações Policiais. Do mesmo modo, a Lei n.º 63/2007, de 6 de novembro, que aprova a orgânica da Guarda Nacional Republicana, refere, no artigo 32.º, que o

² Nos termos dos artigos 20.º e 21.º da Lei n.º 30/84, de 5 de setembro, e do artigo 3.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 9/2007, de 19 de fevereiro, o primeiro é o organismo incumbido da produção de informações que contribuam para a salvaguarda da independência nacional, dos interesses nacionais e da segurança externa do Estado Português, sendo o segundo o 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.

³ Acompanhamos de perto, nesta matéria, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito da Segurança – Cidadania, Soberania e Cosmopolitismo*, 1.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, pp. 700-701.

Comando Operacional compreende a área das informações, sendo que é no Decreto Regulamentar n.º 19/2008, de 27 de novembro, que são definidas, no artigo 7.º, as competências da Direção de Informações.

Do exposto decorre, como corolário, que, contrariamente ao que sucede no Projeto de Revisão Constitucional apresentado pelo PS, uma norma constitucional neste âmbito não pode optar, para efeitos de concretização das entidades competentes para o acesso aos dados, pela referência genérica a “serviços de informações”, em detrimento da referência a “sistema de informações da República”, já presente no atual texto constitucional. A Constituição, embora seja “minimalista” na matéria da produção de informações⁴, já consagra, no âmbito da reserva absoluta de competência legislativa, no artigo 164.º, alínea q), uma alusão ao “sistema de informações da República”; além de que, deste modo, evita-se uma eventual confusão com outras realidades presentes nos diplomas normativos do âmbito militar e policial.

3. Delimitado este ponto, é tempo de clarificar qual a designação a ser utilizada para efeitos de delimitar, rigorosamente, a realidade representada pelo circunstancialismo do processo comunicacional. Como se não desconhece, representando o tráfego da comunicação um conjunto de informação que, contraposta ao conteúdo, abrange a espécie, hora, duração e intensidade de utilização – sendo um exemplo completo a faturação detalhada⁵ – é comum, entre outros aspetos, a referência a metadados, dados de contexto resultantes de telecomunicações, dados de comunicação, circunstâncias do processo de comunicação e elementos funcionais da comunicação. Contudo, se é verdade que é de recusar o designativo de metadados – pela sua amplitude, pois estes são referidos como “dados sobre dados” – não menos certo é que mais acertada seria a utilização da fórmula “dados de tráfego” – em detrimento da fórmula “dados de contexto resultantes de telecomunicações”, tal como sucede no Projeto apresentado pelo PSD –, por ser aquela que, contraposta aos dados de conteúdo, dados de base e dados de localização, mais comumente é utilizada para designar as circunstâncias exteriores da comunicação⁶.

⁴ Reconhecendo-o, *idem*, p. 685.

⁵ A qual permite o conhecimento das condições factuais em que decorreu a comunicação, tais como todas as chamadas feitas, a partir de um número de telefone, por terceiros, familiares ou outros e, bem assim, os seus destinatários, números chamados, hora, duração, custos, entre outros. Veja-se ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “A Protecção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais”, in: António Pinto Monteiro (Dir.), *Estudos de Direito do Consumidor – Centro de Direito do Consumo*, N.º 2 (2000), pp. 345-346.

⁶ Foi adotada, nos Acórdãos do TC n.ºs 241/02, 486/2009, 403/2015 e 420/2017, a designada “classificação

4. Existindo, por parte do Projeto do PS, a intenção de submeter, conjuntamente, os dados de base, os dados de tráfego e os dados de localização de equipamento ao âmbito de proteção do artigo 34.º, reclama, pois, uma análise separada o recorte do perímetro da tutela constitucional do direito à inviolabilidade das telecomunicações, por contraposição ao âmbito normativo de outros direitos constitucionalmente consagrados, como é o caso do direito à reserva da intimidade da vida privada, previsto no artigo 26.º, n.º 1.

Nesta sede, há, desde logo, que enfatizar que, sendo a inviolabilidade do domicílio, da correspondência e dos outros meios de comunicação um “regime especial de tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada”⁷, é possível, porém, autonomizar a realidade que é juridicamente tutelada pelo

tripartida” do Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 16/94, votado em 24/06/94, III, 1, que distingue entre os dados relativos à conexão à rede, ditos dados de base; os dados funcionais necessários ao estabelecimento de uma ligação ou comunicação e os dados gerados pela utilização da rede (p. ex. localização do utilizador, localização do destinatário, duração da utilização, data e hora, frequência), dados de tráfego; dados relativos ao conteúdo da comunicação ou da mensagem, dados de conteúdo. Contudo, no Acórdão do TC n.º 464/2019, tomando como alicerce a LO n.º 4/2017, enveredou-se por uma outra compartimentação, distinguindo-se entre os dados associados a um ato de comunicação (consumado ou tentado) entre duas pessoas (nos quais foram inseridos os dados de telecomunicações e os dados de tráfego de internet ligados às circunstâncias da comunicação interpessoal) e os dados que não estão associados a uma comunicação efetiva ou tentada entre dois sujeitos (onde se incluem os dados de identificação do sujeito, os dados de localização do equipamento, quando não deem suporte a uma concreta comunicação, e os dados de tráfego que apenas pressuponham uma comunicação entre um sujeito e uma máquina, como é o caso da consulta de sítios na internet). Mais tarde, no Acórdão do TC n.º 268/2022 operou-se a distinção entre os dados de base e os dados de tráfego, enquadrando-se a informação relativa aos dados de localização nos dados de base ou nos dados de tráfego. Na doutrina, identificando as circunstâncias da comunicação com os dados de tráfego, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “artigo 194.º”, in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial – Tomo I – Artigo 131.º a 201.º*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 1095-1096. Na Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, sobre a proteção de dados pessoais e privacidade nas telecomunicações, os dados de tráfego são definidos, no artigo 2.º como “quaisquer dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrónicas ou para efeitos de faturação da mesma” (alínea d)), entendendo-se, por seu lado, os dados de localização como “quaisquer dados tratados numa rede de comunicações eletrónicas ou no âmbito de um serviço de comunicações eletrónicas que indiquem a posição geográfica do equipamento terminal de um utilizador de um serviço de comunicações eletrónicas acessível ao público” (alínea e)). Já na Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, os dados de tráfego são compreendidos, no artigo 2.º, alínea c), como “os dados informáticos relacionados com uma comunicação efetuada por meio de um sistema informático, gerados por este sistema como elemento de uma cadeia de comunicação, indicando a origem da comunicação, o destino, o trajeto, a hora, a data, o tamanho, a duração ou o tipo do serviço subjacente”. Para além destas categorias, a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, acrescenta, ainda, os dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador (artigo 2.º, n.º 1, a)). Incluindo nos dados de telecomunicações e internet os dados de base, os dados de localização de equipamento e os dados de tráfego, cf., por fim, o artigo 2.º, n.º 2 da Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto.

⁷ Assim, GERMANO MARQUES DA SILVA / FERNANDO SÁ, anotação ao artigo 34.º, in: Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada – vol. I – Preâmbulo – Princípios Fundamentais – Direitos e Deveres Fundamentais – Artigos 1.º a 79.º*, 2.ª ed., rev., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, ponto I, p. 549.

primeiro. Para enquadrar devidamente, não é despiciente clarificar, de modo sucinto, que na telecomunicação existe uma “relação triádica”, identificando-se um emite, um destinatário e um terceiro, isto é, o mediador que oferece o serviço de transmissão. E, dada a posição de domínio que este último detém sobre o processo comunicacional, que lhe assegura a possibilidade fática de intromissão arbitrária, sem o controlo dos comunicadores, aponta-se que daqui surge uma “específica situação de perigo” para quem comunica à distância⁸.

É por isso que, em boa verdade, o regime jurídico do sigilo das telecomunicações visa proteger, não a confiança na reserva e confidencialidade dos outros interlocutores, mas a confiança na segurança e reserva dos sistemas de telecomunicações⁹. Ou, para continuar a sufragar a opinião da doutrina e jurisprudência mais autorizada, não uma compreensão material da privacidade/intimidade – como é aquela a que o artigo 26.º, n.º 1 empresta reconhecimento e sancionamento –, mas uma tutela da privacidade em sentido formal. Para concretizar, asseverar-se-á que, ao passo que no primeiro conceito está em causa a reserva sobre as coisas, os eventos, as doenças ou os lugares sobre a qual a pessoa tem um interesse legítimo; no segundo, por seu turno, aquilo que está em jogo não é a proteção do interesse material do outro na preservação do segredo, mas antes a pretensão do outro em que sejam respeitadas as barreiras preordenadas à tutela da sua esfera bem como o seu direito à disposição sobre a mesma¹⁰.

Uma vez que quem comunica à distância tem de contar com as particularidades técnicas de um meio de comunicação e com os diferentes dispositivos de comunicação que neles se interpõem, já não é, no atual momento, difícil de representar que tanto o conteúdo, como as circunstâncias estão expostas à “intromissão facilitada” daquele terceiro¹¹. Fácil é concluir

⁸ Para um maior desenvolvimento das particularidades em que decorrem as telecomunicações, consulte-se MANUEL DA COSTA ANDRADE, “artigo 194.º”, *op. cit.*, p. 1095.

⁹ Neste sentido, *idem*, “Bruscamente no Verão Passado”, *A Reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 158.

¹⁰ Sobre isto, *idem*, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal – Uma Perspectiva Jurídico-Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 92-93, e *idem*, “A utilização e valorização do resultado de escutas telefónicas em processos disciplinares desportivos” (Parecer), in: *Desporto & Direito – Revista Jurídica do Desporto*, Ano VI, N.º 18 (maio/agosto 2009), p. 378. Entendendo o primeiro como um “concepto de carácter objetivo o material”, em que a proteção é destinada à área que cada um reserva para si e para os seus íntimos, e o segundo como um “concepto rigurosamente formal”, em que a proteção é dispensada pela evidente vulnerabilidade das comunicações realizadas num canal cerrado através da intermediação técnica de um terceiro, cf., no Tribunal Constitucional de Espanha, a STC 170/2013, de 7 de outubro, FJ 4.

¹¹ Novamente, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Métodos ocultos de Investigação (plädoyer para uma teoria geral)”, in: Mário Ferreira Monte (dir.), Maria Clara Calheiros / Fernando Conde Monteiro / Flávia Novera Loureiro (coord.) *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, Por

que, à luz do exposto, radicando o fundamento do carácter autónomo e separado do reconhecimento deste direito fundamental e da sua específica proteção constitucional na especial vulnerabilidade da confidencialidade destas comunicações – já que, repita-se uma vez mais, são possibilitadas mediante a intermediação técnica de um terceiro alheio à comunicação –, a confidencialidade da comunicação telefónica compreende, por isso, não apenas o segredo do conteúdo do comunicado, como ainda a confidencialidade das circunstâncias ou dados externos da conexão telefónica¹². Como na forma particularmente sugestiva da literatura jurisprudencial alemã, a inviolabilidade da privacidade das telecomunicações procura evitar que a troca de opiniões e informação através dos meios de telecomunicações cesse ou seja modificada porque as partes da comunicação esperam que o Estado interfira na sua comunicação ou tire nota das circunstâncias ou do conteúdo¹³.

Excluídos do âmbito de proteção deste parâmetro estão, porém, o conteúdo e as circunstâncias das telecomunicações armazenadas após a conclusão da comunicação na esfera do assinante, na medida em que este possa tomar as suas precauções de proteção contra o acesso secreto. E isto porque, de acordo com o que se viu, a tutela constitucional do sigilo das telecomunicações restringe-se aos “dados emanados de um processo de telecomunicação em curso”¹⁴. Da mesma forma com que também não são objeto de proteção deste direito fundamental os dados de base (como, por exemplo, o número de contacto telefónico, endereço eletrónico e contrato de ligação à rede), bem como os dados de localização de equipamento, quando não dão suporte a uma concreta comunicação¹⁵. Na verdade, em posição que tem vindo a ser reiterada pelo Tribunal Constitucional Português, se o objeto de proteção é uma comunicação individual, então os dados que não façam parte do processo de comunicação não são abrangidos pelo âmbito da tutela do sigilo das telecomunicações. Estão, isso sim, como o mesmo Tribunal também assinala, sujeitos à proteção concedida pelo direito à reserva da intimidade da vida privada, consagrado, como já salientámos, no artigo 26.º da CRP¹⁶.

Ocasão dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 538.

¹² Cf. STC 123/2002, de 20 de maio, FJ 5 e 6.

¹³ Veja-se, nesta linha, na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfG), a Decisão de 14.07.1999 – 1 BvR 2226/94, 162-163, e a Decisão de 24.01.2012 – 1 BvR 1299/05, 111.

¹⁴ Nesta conclusão, a Decisão do BVerfG de 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, 185 e 190.

¹⁵ Note-se que o Acórdão do TC n.º 486/2009, ponto 2.3, catalogou como dados de tráfego os dados de localização celular que fornecem a posição geográfica do equipamento móvel com base em atos de comunicação, mencionando que são “tratados para permitir a transmissão das comunicações”.

¹⁶ Cf. Acórdão do TC n.º 403/2015, ponto 15; Acórdão do TC n.º 420/2017, ponto 13; Acórdão do TC

Se as coisas se antolham deste jeito, não se compreende a intenção, atualmente existente, de submeter os dados de tráfego, os dados de base e os dados de localização de equipamento ao mesmo denominador comum em termos de regime jurídico constitucional. Em primeiro lugar, porque na compreensão que fez vencimento no Tribunal Constitucional Português – acompanhando, de resto, a doutrina nacional e a mais relevante jurisprudência estrangeira –, o mesmo sempre foi perentório em esclarecer que, ao contrário do que sucede com os dados de tráfego – que comungam, sem margem para dúvidas, da específica proteção constitucional da inviolabilidade das telecomunicações –, o acesso aos dados de base e de localização de equipamento, quando não dão suporte a uma concreta comunicação, não materializa uma violação do artigo 34.º, n.º 4. Estes estão, pelos argumentos expostos, cobertos pelo parâmetro do artigo 26.º, n.º 1. Depois, porque se a tal presidir o objetivo de ultrapassar alguma objeção em termos de conformidade com a CRP, nem esse argumento será compreensível, na medida em que, depois da Lei Orgânica n.º 4/2017 – já aqui referida – o SIED e o SIS já podem aceder, legitimamente, a dados de base e de localização de equipamento, quando não dão suporte a uma concreta comunicação¹⁷.

5. Sinalizadas as dificuldades existentes ao nível da terminologia que mais rigorosamente representa o circunstancialismo da comunicação e as diferenças de regime que devem interceder entre o seu acesso e outros métodos ocultos de investigação, é agora o momento de destacar as maiores perplexidades que o articulado do PS suscita do ponto de vista das finalidades que justificam as restrições ao direito ao sigilo das telecomunicações. Antes, porém, é necessário empreender uma curta descrição das particularidades do campo em que se desenvolvem as diligências administrativas pró-ativas dos serviços de informações, de modo a que, com esse suporte, as considerações posteriores se prestem a um melhor entendimento.

Assim, e cumprindo o objetivo proposto, é correto mencionar que, partindo do pressuposto de que é a prática de atos de execução o marco de

n.º 464/2019, ponto 8; e Acórdão do TC n.º 268/2022, ponto 10.

¹⁷ Inversamente ao que sucedeu com a norma do artigo 4.º da Lei Orgânica 4/2017, que, na parte em que previa o acesso a dados de tráfego que envolvam comunicação intersubjetiva para efeitos de produção de informações necessárias à prevenção de atos de espionagem e de terrorismo, foi declarada inconstitucional pelo Acórdão do TC n.º 464/2019, por violação do preceituado no artigo 34.º, n.º 4 da CRP; a norma do artigo 3.º, na parte em que prevê o acesso a dados de base e de localização de equipamento, quando não dão suporte a uma concreta comunicação, para efeitos da produção de informações necessárias à prevenção de atos de sabotagem, espionagem, terrorismo, proliferação de armas de destruição maciça e criminalidade altamente organizada, não foi declarada inconstitucional pelo mesmo Acórdão.

referência que situa o início da investigação criminal – uma vez que, nos termos do Código Penal, os atos preparatórios não são puníveis, salvo disposição em contrário, sendo que apenas a tentativa de cometimento do crime em princípio o é, enquanto prática de atos de execução de um crime que decidiu cometer sem que este chegue a consumir-se (cf. o artigo 21.º e o artigo 22.º, n.º 1) –, é numa fase antecedente a essa que as investigações preventivas do SIED e do SIS encontram o seu lugar¹⁸. De modo a concretizar, importa esclarecer que, num domínio radicalmente oposto ao da fase de inquérito do Código de Processo Penal (CPP), os seus objetivos consistem, essencialmente, em observar e reportar ameaças que possam desestabilizar a comunidade como um todo, em ordem a permitir uma avaliação da situação de segurança a nível político. Situam-se no campo avançado (*Vorfeld*) da ocorrência de factos criminosos – enquanto campo privilegiado da sua atuação –, pelo que, não estando dependentes de qualquer suspeita concreta e individualizada da prática do crime, as suas investigações secretas e ocultas, para além de serem marcadas pelo alargamento do universo de pessoas a serem alvo de observação, podem também – diga-se de um modo claro – estender o seu raio de ação a comportamentos perfeitamente legais, já que não estão limitadas a ações ilícitas¹⁹.

No que fica dito estão já elencadas algumas das principais coordenadas que perpassam a atuação das agências do SIRP. Destarte, retomando o ponto que nos trouxe até aqui, cabe agora enunciar que, se este é um domínio que, estando situado numa fase antecedente à do início do processo penal, é marcado pelo alargamento dos alvos das ações de vigilância e não está balizado a comportamentos ilícitos, não pode, então, deixar de ser encarada com dificuldades a recolha de dados de tráfego para a prevenção de atos de sabotagem. Embora, na regulamentação jurídica que para esta matéria teceu o legislador português, a produção de informações para a salvaguarda

¹⁸ Sobre a demarcação entre as ações de investigação criminal e as atividades de prevenção, cf. HELENA MORÃO, “Início da tentativa e detenção em flagrante delito”, in: Maria Fernanda Palma / Augusto Silva Dias / Paulo de Sousa Mendes / Carlota Almeida (coord.), *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 40, e *idem*, «Autoria e participação no “crime contratado”», in: Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária (ASFIC/PJ), Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (IDPCC/FDUL) (org.), Maria Fernanda Palma / Augusto Silva Dias / Paulo de Sousa Mendes (coord.), *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 60-61.

¹⁹ Consulte-se, na jurisprudência alemã, a Decisão do BVerfG de 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07, 118, e, na doutrina portuguesa, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no Verão Passado”, *op. cit.*, p. 130; *idem*, “Métodos ocultos de Investigação (*plädoyer* para uma teoria geral)”, *op. cit.*, pp. 530-531, e *idem*, “Processo penal e polícia – fenomenologia da metamorfose”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 151, n.º 4035 (julho-agosto 2022), pp. 343-344.

da prevenção da sabotagem seja uma das finalidades de que o SIS está expressamente incumbido, não se pode, ainda assim, deixar de alertar que a consagração de meios fortemente restritivos de direitos fundamentais neste domínio tão sensível levanta sérias e fundadas reservas. Sendo a área em que se movem os serviços de informações um campo largamente indeterminado, não é fácil estabelecer a fronteira entre a prática de atos perfeitamente lícitos, que representam o exercício de certas liberdades, como a liberdade de expressão, de manifestação e o direito à greve, e a prática de atos potencialmente subversivos do Estado de direito constitucionalmente estabelecido. Embora este não seja o momento para formular uma resposta acabada e completa a esta questão, não é despiciente perguntar, como alguém já perguntou, se, no âmbito da amplitude da área em que, segundo vimos, os serviços de inteligência se movem, perante agitação académica e social, protestos como o “fecho a cadeado” das portas de uma universidade ou o “corte” (temporário) de uma estrada já podem, neste âmbito, justificar o início de uma ação de vigilância²⁰.

E se este é um ponto que causa perplexidades, a complexidade sobe de tom quando se considera a possibilidade de acesso a dados de tráfego para a prevenção da criminalidade altamente organizada. Embora não exista um consenso quanto a este último conceito a nível europeu e a nível internacional²¹, em Portugal, para a sua concretização já conta o intérprete com a noção plasmada na alínea m) do artigo 1.º do CPP, na qual se dispõe que aquela abrange as condutas que integrem crimes de associação criminosa, tráfico de órgãos humanos, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento. Esta não é uma área isenta de controvérsia em sede de processo penal, na medida em que, em tema que não desenvolveremos, já se colocou tanto a interrogação de quais as respostas que a lei, a doutrina e a jurisprudência vão dar aos problemas colocados pela criminalidade altamente organizada²², bem como o problema de saber se pode

²⁰ Levantando estas interrogações, cf. a Declaração de Voto de Pedro Machete ao Acórdão do TC n.º 464/2019, ponto 4.1.

²¹ Afirmando-o, HANS-JÖRG ALBRECHT, “Criminalidade organizada na Europa: perspectivas teórica e empírica”, in: org. Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária, Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Maria Fernanda Palma / Augusto Silva Dias / Paulo de Sousa Mendes (coord. cient.), *2.º Congresso de investigação criminal*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 76.

²² Veja-se MARIA JOÃO ANTUNES, “Direito Processual Penal – Direito Constitucional Aplicado”, in: *Que Futuro para o Direito Processual Penal?* – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, Por Ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 753-754.

haver criminalidade altamente organizada sem que existam indícios do crime de associação criminosa²³.

Contudo, no campo avançado da colheita de informações – onde, como já tivemos a oportunidade de ver, estão situados os serviços de informações – a maior questão que se coloca é a de saber como admitir aí o acesso a dados de tráfego para a prevenção da criminalidade altamente organizada. É certo que este é um setor onde as agências de inteligência congêneres têm, tradicionalmente, competências na recolha e tratamento de informações. Mas, em Portugal, não se pode escapar ao dado inevitável de que, albergando a alínea m) do artigo 1.º do CPP um vasto conjunto de crimes que se inserem na categoria da criminalidade económico-financeira, aqueles ilícitos-criminais não encontram correspondência nas atribuições que, nos respetivos diplomas, foram legalmente cometidas ao SIRP²⁴.

6. Mesmo que a consagração do acesso para a prossecução daquelas finalidades não levantasse objeções, oferecia, ainda assim, margem para dúvidas saber se, num sentido oposto ao propugnado pelo Projeto do PS, aquela não é, antes, matéria da incumbência do legislador ordinário e não do legislador constitucional. E, acolhendo-nos à lição do direito comparado, o que é facto é que um breve percurso pelas normas constitucionais congêneres força-nos, de imediato, à conclusão de que noutros ordenamentos jurídicos não se foi ao ponto de discriminar, nos textos constitucionais, os interesses a serem prosseguidos com a restrição do direito ao sigilo das telecomunicações.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – que, nesta matéria, optou por uma forma similar à portuguesa – preceitua, no artigo 5.º, XII, que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Não é muito diferente

²³ Esta não é uma interrogação desprovida de relevo, mesmo para a realidade que temos em vista, pois caso se admita a existência de criminalidade organizada sem que haja crime de associação criminosa, poder-se-á questionar se, bastando a verificação de indícios de qualquer um dos crimes elencados, existe criminalidade altamente organizada no caso em que A, que conduz o seu automóvel com excesso de velocidade, oferece um suborno a um agente policial numa operação stop para que não lhe seja aplicada nenhuma sanção. Sobre isto, CLÁUDIA SANTOS, *O Direito Processual Penal Português em Mudança – Rupturas e Continuidades*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 48.

²⁴ Cf., num sentido semelhante, a propósito de algumas soluções contidas no Projeto de Lei n.º 480/XIII/2ª e na Proposta de Lei n.º 79/XIII, o parecer sobre o Projeto de Lei n.º 480/XIII/2ª e sobre a Proposta de Lei n.º 79/XIII da Procuradoria-Geral da República de 2017, ponto 4.1.1.2. Sobre as atribuições legalmente atribuídas ao SIRP, cf. *supra*, nota 2.

a formulação adotada noutros textos constitucionais que, ao contrário deste último, não limitaram a possibilidade da ocorrência de restrições ao sigilo das telecomunicações às hipóteses subsumíveis no âmbito do processo criminal²⁵. A Constituição Espanhola de 1978 dispõe, no artigo 18. 3., que “é garantido o segredo das comunicações e, em especial, das postais, telegráficas e telefônicas, salvo decisão judicial”. Por seu turno, a Constituição da República Italiana de 1947 preceitua, no artigo 15., que “a liberdade e o segredo da correspondência e de outras formas de comunicação são invioláveis” e que “só podem ser restringidas por ato fundamento da autoridade judiciária com as garantias estabelecidas na lei”. Já a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha estatui, no artigo 10 (1), que o sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações é inviolável e, no (2), que “as restrições só podem ser ordenadas nos termos da lei” e ainda que “se restrição servir para proteger a ordem básica democrática livre ou a segurança da Federação ou de um *Land*, a lei pode prever que a pessoa afetada não seja informada da restrição e que o recurso para os tribunais seja substituído por uma revisão do caso por agências ou agências auxiliares nomeadas pelos representantes do povo”. Na mesma matéria, na Áustria, a Lei Básica do Estado de 21 de dezembro de 1867 sobre os direitos gerais dos cidadãos nos Reinos e *Länder* representados no Conselho do Reino enuncia, no artigo 10a (1), que “o sigilo das telecomunicações não deve ser violado” e, no (2), que “as exceções ao disposto no parágrafo anterior só são admissíveis com base numa autorização judicial de acordo com as leis existentes”. Por fim, apenas para elencar mais um exemplo, a Constituição da Dinamarca de 1953 determina, no artigo 72.º, a “busca domiciliária, apreensão e exames de cartas e outros documentos, bem como qualquer violação do sigilo a ser observado nos assuntos postais, telegráficos e telefônicos só pode ter lugar sob ordem judicial, a menos que uma exceção particular seja autorizada por lei”²⁶.

7. Para, finalmente, fechar o ciclo das nossas reflexões, cabe ainda assinalar, dentro do escopo desta reflexão, que, a dar-se a modificação da norma do artigo 34.º, conferindo-se, assim, legitimamente o acesso a dados de tráfego pelo SIED e pelo SIS, surgirá, inevitavelmente, um conjunto de

²⁵ Se é verdade que em matéria de negação da possibilidade de restrição do direito ao sigilo das telecomunicações para a consecução das finalidades legalmente cometidas aos serviços de informações Portugal está isolado no contexto do espaço europeu, não deixa, porém, de ser igualmente certo que, no Brasil, a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), criada pela Lei n.º 9.883, de 7 de dezembro de 1999, também não está autorizada a quebrar o sigilo telefónico.

²⁶ Tradução livre.

questões com as quais o legislador ordinário terá, no futuro, de se confrontar em vista da concretização daquele acesso.

Atendendo a que o SIRP alberga dois serviços distintos com responsabilidades na produção de informações – um serviço “interno”, com a delimitação da sua competência territorial aos poderes soberanos do Estado português (o SIS), e um serviço “externo”, responsável pela recolha e análise de informações fora do território nacional (o SIED)²⁷ – fica por responder como compatibilizar com a Constituição a recolha de dados de tráfego no âmbito da vigilância estratégica ocorrida fora do território português. Este é, segundo nos parece, um tema que ainda não foi alvo de debate na doutrina e na jurisprudência nacionais, mas já mereceu, em arestos significativos, a atenção do BVerfG. Assim, na Decisão de 14.07.1999, este órgão jurisdicional entendeu, naquilo que mais pretendemos destacar, que a criação de uma agência de vigilância no que respeita aos países estrangeiros é da competência do artigo 73.º, n.º 1 da Lei Fundamental²⁸. Mais recentemente, na Decisão de 19.05.2020, o Tribunal abordou o tema sob o enfoque da vinculação do Estado alemão pelos direitos fundamentais, mesmo quando em causa estejam ações tomadas fora das fronteiras nacionais. Prevaleceu aí o entendimento de que a ligação entre os direitos fundamentais e as garantias dos direitos humanos é incompatível com a noção de que a aplicabilidade dos direitos fundamentais da Lei Fundamental termina na fronteira nacional, o que isentaria as autoridades alemãs de aderir aos direitos fundamentais e aos direitos humanos quando atuam no estrangeiro em relação a estrangeiros²⁹.

Ademais, em matéria de exigências de reserva de lei – que devem ser cumpridas por todos os meios ocultos de investigação³⁰ – sabendo que os serviços de informações desenvolvem as suas atividades de prevenção antes da aquisição da notícia do crime – antes, portanto, de um inquérito aberto em sede de processo penal –, coloca-se a questão de saber como criar uma regulamentação que preveja um grau de suspeita que se apoie em factos

²⁷ Delimitando as competências do SIS ao aos poderes soberanos do Estado português, cf. o artigo 34.º da Lei n.º 9/2007, de 19 de fevereiro.

²⁸ Cf. Decisão de 14.07.1999 – 1 BvR 2226/94, 198.

²⁹ Cf. Decisão de 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17, 96. Com efeito, a designada “vigilância estratégica” é já uma realidade presente noutros ordenamentos jurídicos. A título de exemplo, em França, o *Code de la sécurité intérieure* consagra, no Capítulo IV do Título V, as “mesures de surveillance des communications électroniques internationales”; no Reino Unido, o *Investigatory Powers Act* de 2016 disciplina, na Parte 6, os “Bulk warrants”; e, na Alemanha, a Lei sobre a restrição do sigilo das cartas, correios e telecomunicações (*Artikel 10-Gesetz - G 10*) regulamenta, na Secção 3, a “Restrição Estratégica” (*Strategische Beschränkungen*).

³⁰ Sobre isto, paradigmaticamente, cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Métodos ocultos de Investigação (plädoyer para uma teoria geral)”, *op. cit.*, p. 539 e ss.

objetivos, factos esses que não existem nas investigações de campo avançado; qual o propósito de um catálogo de crimes numa área em que ainda não há um facto ilícito típico; como balizar o âmbito de aplicação da medida a um universo de pessoas bem definido numa área em que não existem as categorias do processo penal do suspeito, do arguido, da pessoa que sirva de intermediário e da vítima; e, pela ausência destas categorias, quais as garantias a firmar em sede de eliminação de dados. Por fim, em sede de reserva de juiz, tendo presente que as variáveis consagradas em sede de reserva de lei serão, pelas características da área da prevenção, inevitavelmente menos densas do que as que estão previstas no regime das escutas telefónicas dos artigos 187.º a 190.º do CPP, como garantir a intensidade do controlo desses mesmos pressupostos por parte do juiz e, sabendo que esta é uma área dominada pelo segredo de Estado, como garantir, depois da execução do método, o contraditório, por parte do visado, do despacho judicial autorizante da ingerência³¹.

8. Numa breve e conclusiva síntese, partindo do pressuposto de que o acesso a dados de tráfego pelo SIRP é uma realidade que veio para ficar – à qual já manifestámos, numa outra oportunidade, uma total e frontal oposição³² – resta, ainda assim, esperar que sejam ultrapassados alguns dos principais aspetos problemáticos contidos nos Projetos de Revisão Constitucional estudados.

Deste modo, para efeitos de concretização das entidades competentes para esse acesso, o legislador constitucional não pode optar pela terminologia de “serviços de informações”, em detrimento da referência, já contida no texto da Constituição, a “sistema de informações da República”, de modo a evitar qualquer confusão com outros domínios do contexto militar e policial. Da mesma forma com que, a nível terminológico, mais correta será uma fórmula como “dados de tráfego” e não uma como “dados de contexto resultantes de telecomunicações”, uma vez que é a primeira aquela que é utilizada com maior frequência para designar o circunstancialismo da comunicação. Além disso, estes, comungando da proteção constitucional da inviolabilidade das

³¹ Sobre estes problemas, mais desenvolvidamente, JOÃO NARCISO, *O acesso a dados de tráfego pelo Sistema de Informações da República Portuguesa*, Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 103 e ss. Para demonstrar a relevância da densidade e determinabilidade da lei restritiva, veja-se JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.º ed., Coimbra: Wolters Kluwer Portugal | Coimbra Editora, 2010, p. 843, para quem a intensidade do controlo judicial sobre a atividade administrativa está ela mesma dependente daquela densidade normativa.

³² Cf. JOÃO NARCISO, *O acesso a dados de tráfego pelo Sistema de Informações da República Portuguesa*, *op. cit.*, p. 85 e ss.

telecomunicações do artigo 34.º, n.º 4, não podem estar sujeitos ao mesmo regime dos dados de base e de localização de equipamento, quando não dão suporte a uma concreta comunicação, os quais estão cobertos pelo parâmetro do direito à reserva da intimidade da vida privada do artigo 26.º, n.º 1. Por último, no âmbito das finalidades, oferece margem para dúvidas a possibilidade do acesso a dados de tráfego para a prevenção de atos de sabotagem e da criminalidade altamente organizada. Se no primeiro caso, dada a amplitude da atuação dos serviços de informações – que não está balizada a comportamentos ilícitos – não é fácil estabelecer a fronteira entre a prática de atos que representam o exercício de certas liberdades e atos potencialmente lesivos do Estado de direito constitucionalmente protegido, no segundo são abrangidos ilícitos criminais que não correspondem às atribuições legais do SIRP. Tudo isto para afirmar, refira-se numa última nota, que o legislador deve evitar que o acesso ao circunstancialismo do processo comunicacional deixe de ser um método excecional e passe a receber uma utilização alargada e desmesurada.

Do Património Cultural e da sua refração na Constituição Cultural Portuguesa (com um Breve Excursão pela Jurisprudência Constitucional Portuguesa)

José Joaquim Fernandes Oliveira Martins

*Juiz de Direito, Assessor do Gabinete de Juizes do Tribunal Constitucional
joaquim.o.martins@gmail.com*

Resumo: O autor começa por abordar a noção de ‘Património Cultural’, que corresponde à junção de dois conceitos bem díspares, em que releva especialmente a ‘cultura’ e que tem tido uma grande difusão e aceitação a nível jurídico, inclusive em Portugal. O autor faz igualmente uma breve análise do surgimento dessa noção e da própria ideia de ‘bem cultural’ em que assentou, surgida inicialmente em Itália, bem como da atual Constituição Cultural Portuguesa mais relacionada com essa matéria. Finalmente, faz-se uma (sucinta) referência à muito escassa jurisprudência constitucional portuguesa sobre património cultural, em especial ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 115/2021.

Palavras-Chave: Património Cultural; Cultura; Constituição Cultural; Proteção do Património Cultural; Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre o Património Cultural.

Abstract: The author begins by discussing the concept of ‘Cultural Heritage’, which corresponds to the combination of two very different concepts, in which ‘culture’ stands out in particular, and that has been widely disseminated and accepted at a legal level, including in Portugal. The author also briefly analyses the emergence of this concept and the very idea

of ‘cultural asset’ on which it was based, that first appeared in Italy, as well as the current Portuguese Cultural Constitution, in the parts most closely linked to this subject. Finally, a (brief) reference is made to the very scarce Portuguese constitutional case law on cultural heritage, particularly to the Constitutional Court Ruling no. 115/2021.

Keywords: Cultural Heritage; Culture; Cultural Constitution; Protection of Cultural Heritage; Portuguese Constitutional Jurisprudence on Cultural Heritage.

“As ruínas do tempo são tristes, mas belas; as que as revoluções trazem ficam marcadas com o cunho solene da História. Mas as brutas degradações e as mais brutas reparações da ignorância, os mesquinhos consertos da arte parasita, esses profanam, tiram todo o prestígio.”

ALMEIDA GARRETT, *Viagens na minha terra*, Cap. XXIX

I. Introdução

Segundo uma frase antiga (e como tantas outras, de atribuição muito problemática), não devemos regressar a um sítio onde fomos felizes, mas arriscamos, *malgré tout*, retornar a uma temática que sempre nos foi muito próxima e que abordamos anteriormente¹, pelo que entendemos “ser de voltar ao ‘lugar do crime’, isto é, às temáticas concretas aí abordadas, tendo por base, claro, partes concretas desse livro, mas individualizando-as em artigos separados, revisitando-as e procurando dar uma nova abordagem e enfoque às mesmas, refletindo, desde logo, as alterações legislativas e os desenvolvimentos jurisprudenciais relevantes”², o que se prossegue agora com este novo artigo³.

¹ JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS, *O Crime de Dano e o Património Cultural (A criminalidade patrimonial e os bens culturais)*, Lisboa: Livraria Petrony, 2003.

² JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS, *Do dano (em geral) ao surgimento do dano penalmente relevante e do crime de dano*, p. 1, disponível em <https://julgat.pt/do-dano-em-geral-ao-surgimento-do-dano-penalmente-relevante-e-do-crime-de-dano/> (consultado, como todos os outros sítios da Internet em 15/11/2023), sendo esse o primeiro artigo em que me dediquei a essa tarefa e este o segundo.

³ Que herda, portanto, algumas opções estilísticas, como o uso do plural impessoal, que se mantém neste artigo.

Neste texto pretendemos analisar em que consiste e como surgiu a noção de ‘património cultural’ (e o próprio conceito de ‘bem cultural’ muito ligado à mesma), procurando explicitar de que forma a sua proteção tem reflexos (diretos e indiretos) na Constituição da República Portuguesa e também na jurisprudência do Tribunal Constitucional português, contribuindo, a final (esperamos), para uma visão (também) constitucional da tutela do património cultural, em particular no que diz respeito à sua refração jurisprudencial constitucional em Portugal e ao acórdão que é mais relevante para o efeito.

Deste modo, partindo de uma abordagem prévia ao conceito de património cultural, assente nos dois elementos (muito) díspares que o constituem – património e cultura, abordaremos depois a própria Constituição Cultural Portuguesa, em particular as porções da mesma que digam respeito à cultura e à tutela e fruição do património cultural, terminando com uma breve referência à (muito escassa) jurisprudência constitucional portuguesa sobre essa mesma temática.

II. O património cultural

O termo ‘património’ tem múltiplos e diversos sentidos, desde o comum, bem como – a nível já jurídico – o civilístico ou jurídico-criminal, sendo que como ponto de partida de todas estas noções temos sempre a ideia que o património representa algo de valioso para o homem, que para nós não se esgota necessariamente no valor económico, antes servindo para satisfazer as suas necessidades (motivo pelo qual adotamos, na obra citada na primeira nota de rodapé, uma conceção jurídico-funcional do património no âmbito penal).

Quanto ao adjetivo ‘cultural’, deriva do particípio passado do verbo latino *colere*⁴, e, num sentido lato, significa tudo o que se opõe a *natura*, i.e., àquilo que não resulta da atividade do homem⁵. Assim, nesta aceção,

⁴ JORGE DIAS, *voce* «Cultura (conceito etnológico)» in *Dicionário de História de Portugal* II, dir. de Joel Serrão, reimpr., Porto: Figueirinhas, 1981, p. 253, e M. ANTUNES, *voce* «Civilização e Cultura» in *Polis* I, Lisboa/S. Paulo: Verbo, 1983, p. 875.

⁵ Neste sentido, ANTÓNIO JOSÉ SARAIVA, *O Que é Cultura*, Lisboa: Difusão Cultural, 1993, p. 11. Originalmente, a palavra ‘cultura’ significava qualquer alteração provocada pela ação humana, especialmente nos campos (*colere agros*), cfr. JORGE DIAS, *ob. cit.*, p. 253. Para JORGE MIRANDA, «O património cultural e a Constituição – tópicos» in *Direito do Património Cultural*, coord. de JORGE MIRANDA/JOÃO MARTINS CLARO/MARTA TAVARES DE ALMEIDA, Instituto Nacional de Administração, 1996 (cit. *Direito do Património...*), p. 253, o problema da definição de cultura é uma “tarefa das mais difíceis e talvez das mais inglórias”, embora aponte que a cultura envolve: “Tudo quanto tem significado espiritual e, simultaneamente, adquire relevância coletiva; - Tudo o que se reporta a bens não económicos; - Tudo que tem a ver com obras de criação humana, em contraposição à natureza”, aproximando-se pois dos sentidos que apontamos para esta palavra.

a cultura “abrange todos aqueles objetos ou operações que a natureza não produz e que lhe são acrescentados pelo espírito”⁶ e aproxima-se do termo civilização⁷.

Por outro lado, e em sentido restrito, cultura é “todo o conjunto de atividades lúdicas ou utilitárias, intelectuais e afetivas que caracterizam especificamente um determinado povo”⁸. Todos os povos⁹ têm, pois, uma cultura própria, composta por uma miríade de elementos e que servem para os individualizar dos restantes povos¹⁰. Por isso, se fala da cultura bosquímana

⁶ ANTÓNIO JOSÉ SARAIVA, *ob. cit.*, p. 11. Segundo JORGE DIAS, *ob. cit.*, p. 253, a partir de Cícero, fala-se de *cultura animi*, referindo-se ao “processo de evolução do espírito humano, a que podemos chamar o processo de humanização do homem”, itálico do autor. EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, «Contributos para uma perspetiva histórica do direito do património cultural em Portugal» in *Direito do Património...*, p. 205, define, em geral, cultura como “tudo o que é humano e pode ser transmitido”.

⁷ Cfr. M. ANTUNES, *ob. cit.*, p. 875, que entende que ambos se identificam na mesma denotação de fundo, porque se referem à “ação que o homem realiza quer sobre si quer sobre o seu espaço relacional, visando uma transformação para melhor” e ao “resultado dessa mesma ação, que, por sua vez, pode constituir novo ponto de partida para outra ação mais complexificadora, mais dinamizadora, mais realizadora do ser humano na sua própria e real *humanitas*”. Enquanto civilização é o termo utilizado na língua francesa e também, durante muito tempo, entre nós, a palavra cultura chega-nos por via germânica (*kultur*) e é de uso bastante mais recente. Sobre o aparecimento da palavra ‘cultura’ no seu novo significado, v. minuciosamente PRIETO DE PEDRO, *Cultura, culturas y constitución*, reimpr. corr., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 15-35.

⁸ ANTÓNIO JOSÉ SARAIVA, *ob. cit.*, p. 11, embora EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *ob. cit.*, p. 205, dada as polémicas que o termo encerra, prefira usar uma “definição mais segura, tão ampla que não pode constituir base de trabalho para uma investigação no plano jurídico, é a que considera cultura tudo aquilo que o homem faz e o macaco não consegue”. PRIETO DE PEDRO, *ob. cit.*, p. 35, fala também num conceito geral de cultura, próximo do de civilização, e num conceito étnico de cultura, relativo ao modo de ser de uma comunidade concreta. Neste sentido, também o direito faz parte da cultura de um povo, bem como o crime, como destaca MANNHEIM, *Criminologia Comparada II*, trad. de COSTA ANDRADE e FARIA COSTA, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 153, dado que é “um dos múltiplos modos através dos quais se exprime a cultura duma nação num dado momento histórico”.

⁹ Quando falamos aqui de povos, referimo-nos a um conjunto de pessoas “cujos componentes compartilham de uma identidade cultural historicamente configurada”, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 94, independentemente de a esse povo corresponder um país ou uma qualquer forma de organização dentro de um estado. Como referem estes autores, a República Portuguesa é, pois, também constituída por um povo.

¹⁰ Neste sentido, FERNANDA PALMA, «Proteção penal dos bens culturais numa sociedade multicultural» (cit. *Proteção...*) in *Direito do Património...*, p. 376: “A cultura tem sido caracterizada pela antropologia como aquilo que torna uma sociedade uma entidade coerente e permite a sua diferenciação de outras sociedades”. JORGE DIAS, *ob. cit.*, p. 254, refere que a noção individual de cultura transmutou-se posteriormente num conceito mais restrito, de cultura coletiva, que é hoje o mais utilizado, em que, segundo a definição do mesmo autor, *ob. e loc. cit.*, cultura é “tudo aquilo que recebemos do ambiente social onde fomos criados”. T. S. ELIOT, num dos seus últimos livros (1948), *Notes towards the definition of culture* – v, para um análise do mesmo, NASRULLAH MAMBROL, *Analysis of T.S. Eliot's Notes towards the Definition of Culture*, retirado de <https://literariness.org/2020/07/05/analysis-of-t-s-eliot-s-notes-towards-the-definition-of-culture/> –, deu-nos um catálogo heterogéneo do que constitui a cultura, enquanto atividade, características e interesses de um povo, neste caso o inglês: “Derby Day, Henley Regatta, Cowes, o dia 12 de Agosto, uma final da taça, a corrida de cães, a mesa de ténis, o alvo dos dardos, queijo Wensleydale, couve cozida cortada, beterraba em

(atualmente também designada como *San*), da cultura *inuit*, como um *quid* específico destes povos em relação aos restantes.

A cultura, nesta última aceção, interessa a uma série de ciências sociais¹¹, como a sociologia, a etnologia¹² e, especialmente, a antropologia. Nesta última, a cultura tem, nas palavras de um dos seus mais eminentes representantes, A. L. KROEBER, discípulo de FRANZ BOAS, as seguintes qualidades: “1 – É transmitida e continuada, não pelo mecanismo genético de hereditariedade mas pelo intercondicionamento de zigotos. 2 – Quaisquer que sejam as suas origens nos, ou através dos, indivíduos, a cultura depressa tende a tornar-se suprapessoal e anónima. 3 – Obedece a padrões ou regularidades de forma, estilo e significação. 4 – Personifica valores, os quais podem ser formulados (abertamente, como costumes) ou sentidos (implicitamente, como nos hábitos populares) pela sociedade portadora de cultura, e que o antropólogo tem como tarefa caracterizar e definir”¹³. Contudo, refira-se também que MOLES recolheu, nos anos 60, cerca de 250 noções diferentes de cultura usadas em antropologia, pelo que se vê claramente a controvérsia que este termo levanta no âmbito das ciências sociais.

Em relação à sociologia, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE apontam a seguinte definição de cultura: “conjunto de critérios de valor capazes de orientar eficazmente a ação social. Em sentido sociológico, a *cultura* estendese, pois, a todos os modelos coletivos de ação, identificáveis nas palavras e na conduta dos membros de uma dada comunidade, dinamicamente transmitidos de geração para geração e dotados de uma certa durabilidade”¹⁴. Não importa aqui, dada a natureza desde trabalho, referirmo-nos às várias teorias da cultura desenvolvidas no âmbito destas ciências sociais, em resultado de autores como TYLOR, BOAS, MALINOWSKI ou LÉVI-STRAUSS¹⁵.

vinagre, igrejas góticas do século dezanove e música de Elgar. O leitor poderá elaborar a sua própria lista” *apud* MANNHEIM, *ob. cit.*, p. 652, assim salientando o carácter plural e aberto desta noção.

¹¹ Foi Tylor, em 1871, no seu livro *Primitive Culture*, a dar o primeiro conceito de cultura, com implicações sociológicas e antropológicas: “aquele todo complexo que compreende, ao mesmo tempo, as ciências, as crenças, as artes, a ética, as leis, os costumes e quaisquer outras faculdades ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de determinada sociedade”, Tylor *apud* JORGE DIAS, *ob. cit.*, p. 254. V. também A. L. KROEBER, «O conceito de cultura em ciência» in *A natureza da cultura*, Edições 70, Lisboa, 1993, p. 179 e s, e PRIETO DE PEDRO, *ob. cit.*, p.28-29.

¹² Se considerarmos que a etnologia é uma ciência independente da antropologia, embora o entendimento geralmente aceite é de que a antropologia cultural engloba a etnologia.

¹³ A. L. KROEBER, «Cultura, acontecimentos e indivíduos» in *ob. cit.*, p. 159.

¹⁴ FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 290.

¹⁵ Um resumo de algumas destas teorias pode ser vista em M. ANTUNES, *ob. cit.*, p. 878-881, embora não

A cultura serve assim para unir um povo, fornecendo-lhe “um sistema de símbolos, crenças e modos de pensamentos”¹⁶, desempenhando, pois, uma função integrativa. Este é o núcleo essencial da cultura, pois são essas ideias que vão determinar o modo de agir da sociedade e que as distinguem verdadeiramente¹⁷. Esse sistema é expresso pelos valores fundamentais da sociedade, os ditos valores culturais, que são “expressões específicas da validade, vigência e positividade de certas ideias integradoras da sociedade”¹⁸.

Cultura, neste sentido, está em permanente devir, acompanhando as mudanças sofridas pelas diversas comunidades. O que hoje é considerado como fazendo parte da cultura de um povo, poderá não o ter sido antes e poderá deixar de o ser dentro de algum tempo. Por isso, estamos perante um conceito em contínua renovação, adotando e excluindo elementos, e com contornos muito indefinidos e difíceis de indagar. Deve também referir-se que em qualquer cultura temos, além dos elementos distintivos particulares, elementos partilhados com as restantes culturas. A herança greco-latina e judaico-cristã, por exemplo, forma o substrato básico de grande parte dos povos da Europa Ocidental, que estes espalharam por todo o mundo.

Por outro lado, também se pode falar de “uma cultura, herança social de toda a humanidade”, distinta das “culturas particulares de cada grupo social bem individualizado”¹⁹. Isto é, a humanidade tem também uma cultura comum, formado por elementos vários que, dada a sua importância generalizada, constituem uma espécie de legado para todas as gerações vindouras, qualquer que seja a sua cultura específica. Quando se fala no ‘património mundial’, como é reconhecido pela UNESCO²⁰, está-se a admitir a relevância desses elementos

se referindo especificamente ao estruturalismo e ao funcionalismo que marcam a antropologia deste século. KROEBER faz também uma retrospectiva histórica, até meados do século vinte, da evolução da antropologia e do conceito de cultura, cfr. A. L. KROEBER, «O conceito de cultura em ciência», p. 179-203, «Meio Século de Antropologia», p. 211-217, e «A história e a atual orientação da antropologia cultural», p. 219-229 in *ob. cit.*

¹⁶ FERNANDA PALMA, *Proteção...*, p. 376.

¹⁷ Cfr. A. L. KROEBER, «Os valores como tema de investigação das ciências da natureza» in *ob. cit.*, p. 206.

¹⁸ FERNANDA PALMA, *Proteção...*, p. 376.

¹⁹ JORGE DIAS, *ob. cit.*, p. 254.

²⁰ O conceito de Património Mundial foi introduzido na Convenção para a proteção do património mundial, cultural e natural, aprovada em Paris, em 1972, sendo constituído por “bens de interesse excepcional, de valor universal, por vezes testemunhos únicos, respeitando critérios de autenticidade e de integridade, e que devem ser considerados pertença não apenas do Estado em que se encontram, mas de toda a humanidade, pretendendo-se que toda a humanidade se envolva na sua defesa e salvaguarda de modo a assegurar a sua transmissão às gerações futuras”, cfr. MANUELA GALHARDO, «As Convenções da UNESCO no domínio do património cultural» in *Direito do Património...*, p. 97. Sobre as refrações anteriores desta noção, especialmente no direito dos conflitos armados (começando pelas *Instruções Para o*

(que, neste caso, são sítios) para a humanidade globalmente considerada. As pirâmides do Egipto, a composição musical *Ein Deutsches Requiem*, op. 45, de Johannes Brahms (especialmente na incontornável gravação de Klemperer com Schwarzkopf e Fischer-Dieskau) ou as obras de Confúcio, só para dar alguns dos muitos exemplos que se podem encontrar, são um marco destacado no progresso material e na criação artística ou filosófica, importando, pois, a todos os povos, por mais distantes que se encontrem.

Hoje, nas sociedades plurais existentes e que estão cada vez mais interligadas, as culturas tendem a evoluir mais rapidamente e a partilharem os mais variados elementos, sendo uma tarefa muito difícil definir o que compõe a cultura de um povo. O tão propalado multiculturalismo leva a que num mesmo espaço se juntem culturas muito diferentes, que, ao invés do que acontecia anteriormente, se miscigenam e se reconhecem mutuamente²¹. Se antes se procuravam apagar as diferenças entre os diferentes grupos existentes num mesmo país, hoje quer-se apoiar a manutenção dos traços culturais mais importantes das diversas comunidades que, graças a séculos de migrações ou a uma delimitação de fronteiras que englobou vários povos, coexistem num mesmo país²².

Governo do Exército dos Estados Unidos no Terreno, promulgado em 1863 pelo Presidente Lincoln, passando pela Convenção de Haia sobre Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, de 1954), v. JOSÉ MANUEL PUREZA, *O património comum da humanidade: rumo a um direito internacional de solidariedade?*, Coimbra, 1995, p. 564-567. Para CASALTA NABAI, “Ideia sobre o Quadro Jurídico do Património Cultural” in *I Curso de Gestão do Património Cultural*, Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 1994, p. 146, o património cultural comum da humanidade deve ser entendido como domínio público internacional ou deve ser gerido para benefício de todos, tal como acontece com, por exemplo, os fundos marinhos ou os corpos celestes. De igual modo, JOSÉ MANUEL PUREZA, *ob. cit.*, p. 559-561, entende o património cultural mundial como consequência do chamamento do regime do património comum da humanidade para “fornecer um enquadramento jurídico-internacional de bens cuja capacidade integradora da espécie humana no seu conjunto está muito para lá da sua dimensão de recursos económicos (e a que se poderá, por isso, chamar de ‘bens comuns globais pós-materiais’)”. A introdução do conceito de património cultural mundial implica um dever de toda comunidade na sua preservação e a limitação da soberania dos Estados sobre esse património, v. JOSÉ MANUEL PUREZA, *ob. cit.*, p. 574.

²¹ Sobre o multiculturalismo, v. CHARLES TAYLOR, *Multiculturalismo. Examinando a política de reconhecimento*, trad. de Marta Machado, Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 45-94, e respetivos comentário, entre os quais avulta o de HABERMAS, «Lutas pelo reconhecimento no estado democrático constitucional» in *ob. cit.*, p. 125-164, em que se analisam os vários problemas levantados pelo multiculturalismo a nível político e constitucional, como a preservação da identidade nacional e as implicações respetivas a nível da proteção das diversas culturas existentes no território nacional ou a política de imigração. PRIETO DE PEDRO, *ob. cit.*, p. 59-91, alude também aos problemas levantados pela convivência entre culturas, referindo as fórmulas jurídicas possíveis de resolução dos conflitos que surgem: a assimilação cultural ou a autonomia cultural. Numa visão crítica de alguns dos problemas levantados pelo multiculturalismo, no contexto mais vasto da proteção das minorias e da discriminação ativa em seu favor, v. PAULO FERREIRA DA CUNHA, «Igualdade, minorias e discriminações» in *O Direito*, 1999, III-IV, *passim*, espec. p. 297-298.

²² FERNANDA PALMA, *Proteção...*, p. 391, nota 5, entende que o respeito pelas várias culturas é hoje um dos elementos fundamentais do Estado de direito democrático. Em igual sentido, veja-se como GOMES

Além do mais, a globalização²³, sentida mesmo nos cantos mais recônditos do mundo, leva a mudanças surpreendentemente rápidas em culturas até então muito fechadas e, por isso, muito apegadas às suas práticas culturais ancestrais. A diversidade, que sempre caracterizou o mundo, está hoje cada vez mais em perigo, levando a uma assimilação de modelos culturais importados e que tendem a levar que todos consumam o mesmo e ajam de igual modo. As línguas, um dos elementos mais importantes na união de um povo, tendem a desaparecer se não tiverem força suficiente, tornando-se meros dialetos apenas vivos na mente dos mais idosos. O inglês torna-se cada vez mais a língua franca²⁴, superando os sonhos mais loucos do esperanto e limitando as possibilidades de quem não o domine. Mesmo entre nós, os dialetos, como o mindérico ou mirandês, e as diversas gírias profissionais, já só existem praticamente no remanso dos livros de etnologia do século XIX e início do século XX. O próprio sotaque, elemento diferenciador das diversas regiões, tende a uniformizar-se com o modelo apreendido na televisão, que se torna o padrão comum.

Assim, existem atualmente duas tendências importantes no campo da cultura dos povos, o multiculturalismo e a globalização²⁵. Se, por um lado, se

CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 362, ao referirem-se à educação da cultura, entendem que “a densificação normativo-constitucional tem de operar com um conceito aberto e universal, de cultura, pois a democratização da cultura significa possibilidade de fruição dos bens culturais de todas as épocas e de todos os povos («coexistência» e intercâmbio cultural)”, itálico dos autores. V. também JÜRGEN HABERMAS, *ob. cit.*, *passim*, espec. p. 140-152, afirmando que “Nas sociedades multiculturais a coexistência de formas de vida com direitos iguais significa garantir a cada cidadão a oportunidade de crescer dentro do mundo de uma herança cultural, e garantir aos seus filhos crescerem nele sem sofrerem discriminação”, embora frise que as garantias legais não significam a preservação das diversas culturas, pois os membros dos diversos grupos têm a liberdade de se afastarem da sua cultura ou de a transformarem ou miscigenarem, o que acontece cada vez mais rapidamente nas sociedades modernas.

²³ Segundo JOSÉ MANUEL PUREZA, *ob. cit.*, p. 562, alguns autores usam a expressão ‘cultura global’, para exprimir o resultado de uma homogeneização cultural, do surgimento de isomorfismos entre as diversas culturas, provocados pela “cultura-ideologia do consumismo”. Para este autor, esta visão tem vindo a ser substituída por outra, bem mais complexa, de “*ecúmena global*”, em que aos fenómenos de globalização se junta o surgimento de “genuínas ‘terceiras culturas’, de culturas originariamente transnacionais”. Em geral sobre o significado original de globalização, especialmente o económico, v. JOSÉ MANUEL PUREZA, *ob. cit.*, p. 49-73, apontando quatro metáforas para o novo quadro mundial existente: a aldeia global, a fábrica global, a Las Vegas global e a cidade global.

²⁴ Quando a língua sempre foi “fator fundamental de integração e assimilação”, cfr. *Relatório Intercalar. Proposta de Lei de Bases do Património Cultural* (cit. *Relatório Intercalar...*), Lisboa: Ministério da Cultura, 1998, p. 67.

²⁵ Como bem nota JOSÉ MANUEL PUREZA, *ob. cit.*, p. 563, a própria globalização é um dos motores do multiculturalismo, ao aumentar o conhecimento das restantes culturas, pelo que se trata de um “processo que comporta a emergência de uma monocultura global, quer uma compreensão mais aguda do multiculturalismo”. O Direito Internacional encontra-se, refere o mesmo autor, numa dialética entre as duas consequências da globalização: se, por um lado, se procuram preservar as diversidades, por outro, a consideração da existência de um património comum implica a superação da sua pertença única aos

tenta preservar as várias culturas numa coexistência pacífica e comunicativa, por outro, as forças centrípetas globalizadoras levam a uma uniformização, a um mundo cada vez mais cinzento, por oposição ao arco-íris de culturas antes existentes.

O que torna ainda mais complicado determinar o que constitui efetivamente a cultura de um povo, sujeita a mutações cada vez mais rápidas e com contornos ainda mais fluidos. Esta dificuldade de concretizar o que é a cultura de um povo pode levar a graves problemas no âmbito do direito quando nos referimos a cultura *tout court*. O direito procura a segurança jurídica, que pouco se coaduna com a fluidez que um conceito como o de cultura transporta. Em sociedades cada vez mais plurais, abertas ao dissenso e que em que se pretende respeitar as franjas marginais anteriormente perseguidas, o que é, afinal, a cultura? É a cultura da maioria? É um mínimo de consenso nos valores essenciais, despindo todo o conceito de uma qualquer densidade?

Sabe-se que o direito se tem confrontado, cada vez mais, com cláusulas gerais ou conceitos indeterminados²⁶, que apelam a um juízo de concretização por parte do juiz de acordo com a evolução sofrida pela sociedade. Assim, quando no Código Civil se utiliza a expressão ‘bons costumes’, o critério a utilizar para a concretizar deve ser o da “consciência social dominante”, o que dá uma “ideia da fluidez da noção dos bons costumes”²⁷. Consegue-se assim que o direito se adapte às conceções sociais, que se alteram continuamente, flexibilizando-se, sem necessidade de várias modificações legislativas, conforme as alterações daquela sociedade.

Contudo, apesar disso, dada a grande dificuldade que é a determinação do sentido da palavra ‘cultura’, há autores que chegam a entender que “[n]ão se pode jurisdicizar o conceito de cultura, sendo mesmo de evitar, pela sua polissemia, a utilização do termo nos textos de direito positivo. Sempre que os juristas são convocados a precisar, pela via interpretativa, o sentido em que o legislador usou o termo, só conseguem agravar a

patrimónios nacionais. Sobre os problemas levantados pela globalização cultural e pela cultura de massas, com a consequente consciência da diversidade cultural, no que parece um “profundo paradoxo”, v. as reflexões de PRIETO DE PEDRO, *ob. cit.*, p.82-91.

²⁶ Para uma distinção entre estas duas noções, v. KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, 7.ª Edição, trad. de JOÃO BAPTISTA MACHADO, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 205 e s., que entende que o conceito indeterminado é aquele cujo conteúdo e extensão é incerto, enquanto a cláusula geral é aquela que se opõe a uma elaboração casuística das hipóteses legais.

²⁷ COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, reimpr., Coimbra: Almedina, 1999, p. 64, onde se citam os vários artigos do Código Civil em que se emprega esta expressão, dos quais avulta o Art. 334º, relativo ao abuso de direito.

confusão e confirmar a inoperatividade do conceito”²⁸. Por isso, nos vários ramos do direito preferem-se usar expressões como ‘património cultural’²⁹ ou, anteriormente, ‘património artístico, histórico e arqueológico’³⁰, sem se referirem expressamente à ideia de cultura que está subjacente a esses conceitos, antes procurando a sua concretização.

Se isto é assim nos outros braços da ordem jurídica, sabemos bem que o direito penal tem especiais cuidados a nível da tipicidade, pois o tipo legal é também tipo de garantia³¹, por força do princípio da legalidade, o que tem implicações a nível da interpretação do tipo legal e da proibição da analogia. E claro que a função de garantia do tipo legal impõe que os vários elementos do crime devem estar determinados, não sendo possível existirem normas em que a descrição da conduta típica seja tão vaga ou indefinida que fique totalmente ao arbítrio do juiz. Pelo que o uso de conceitos como o de cultura não é facilmente admissível no direito penal, que se tem limitado a utilizar também expressões mais delimitáveis, de entre as quais, como vimos, a mais importante é hoje a de ‘património cultural’.

²⁸ EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *ob. cit.*, p. 206. MANNHEIM, *ob. cit.*, p. 652, refere também o “carácter cintilante e indefinível da cultura”. Mas, a utilização de noções parcelares do conteúdo global do património levanta também bastantes problemas, talvez ainda maiores. Veja-se o caso a noção de obra de arte ou de artista, que JEAN-MARIE PONTIER, «La notion d'oeuvre d'art» in *Revue du Droit Public* CV, 5 (1990), p. 1403 e s., procura definir, começando embora por advertir que “ousar uma palavra sobre arte é aventurar-se num terreno minado”, dadas as controvérsias que este conceito levanta. O que não impede o legislador penal português de qualificar o dano de coisa com importante valor artístico (Art. 213º, n.º 2, al. c) do Código Penal), deixando para o juiz a difícil determinação do que será esse valor.

²⁹ Apesar disso, EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *ob. cit.*, p. 205, entende que a utilização da expressão património cultural “não significa a sua tradução num conceito de direito ou na existência de uma materialidade jurídica de contornos definidos”. O que está correto, pois dada a imprecisão e evolutividade da cultura, a sua plasmação neste conceito representa apenas uma leve tentativa de esbater a sua indefinição natural, referindo-a a algo de já existente, mas que necessariamente não irá abarcar todas as modificações que aquela sociedade virá a sofrer.

³⁰ O Decreto n.º 20 985, de 7 de março de 1932, antecessor imediato da Lei n.º 13/85, utilizava esta expressão, que também é bastante comum no direito comparado, onde a designação ‘património cultural’ ainda não entrou, para a maioria da doutrina, no léxico jurídico (em Espanha, por exemplo, são muitos poucos os autores que a utilizam, dado também o próprio legislador optar pela designação ‘património histórico’).

³¹ Sobre esta função de garantia, v. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª Edição, trad. de MANZANARES SAMANIEGO, Granada: Comares, 1993, §15, p. 112 e s., ROXIN, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, trad. de ENRIQUE BACIALGUPO, Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 170, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Universidad de Valencia, 1984, p. 271 (ampliando essa função a todas as categorias científicas do tipo-de-ilícito, derivando da função de garantia da lei penal, cfr. *ob. cit.*, p. 231), e TERESA BELEZA, *Derecho Penal II*, reimpr., Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999, p. 99.

O património cultural é uma noção que abarca um conjunto de bens³², materiais ou imateriais, que são protegidos por uma dada sociedade, por serem considerados como importantes para esta a nível cultural³³. Estamos, assim, longe da noção civilística de património³⁴, por estes bens não precisarem de ter qualquer valor pecuniário³⁵ ou de serem suscetíveis de apropriação³⁶, ou até de estarem na titularidade de alguém. Podemos, isso sim, aproximar esta noção de património da conceção penal personalista e jurídico-funcional, uma vez que estes bens satisfazem as necessidades dos membros da sociedade, tal como o património de cada um. Mas, estes bens têm esse valor não apenas para os seus proprietários, mas para todos os membros da comunidade e para a comunidade considerada em si mesma. Cada indivíduo precisa de se integrar numa sociedade, partilhando um lastro comum cultural, que lhe fornece parte da sua identidade e que é encarado como um bem para o próprio, ao dar-lhe um contexto onde se situar e de onde brotam as raízes do seu ser³⁷. Neste aspeto, deve o regime do património cultural basear-se na “ideia de funcionalização dos valores culturais mais significativos e das coisas em que muitos deles encontram suporte físico em prol do desenvolvimento da personalidade através da fruição cultural”³⁸.

³² Bens e não coisas, porque integra certas entidades não reconduzíveis à noção jurídica de coisa, como as tradições, por exemplo, como nota MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, «Sobre a legislação do Património Cultural» in *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*, n.º 11/12 (1989), p. 162-164.

³³ V. a definição de MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 165: “conjunto de bens culturais que uma dada ordem jurídica visa proteger”, e de ANTÓNIO CORDEIRO, *voce* «Património Cultural» in *Dicionário Jurídico da Administração Pública* VI, dir. José Pedro Fernandes, Lisboa, 1994, p. 279: “Conjunto dos bens, materiais e imateriais, que, devendo ser considerados de interesse relevante para a permanência e identidade da cultura portuguesa, são objeto de regime próprio de proteção”.

³⁴ Apesar disso, note-se, a noção etimológica de património, no sentido de bens deixados pelos nossos pais, aproxima-se da ideia do património cultural como um legado cultural, como uma herança dos nossos antepassados, como refere CARLA AMADO GOMES, «O património cultural na Constituição» in *Perspetivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976* I, org. de Jorge Miranda, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 338, nota 3.

³⁵ Dado que, à exceção de ENNECERUS e poucos outros autores, a doutrina considera o valor pecuniário como integrante da noção de património. Por isso, o conceito civilístico de património não é utilizável como ponto de partida de construção do património cultural, pois, como referimos, este é muitas vezes constituído por bens sem qualquer valor económico, ou que, mesmo que o tenham, não lhe devem a sua inclusão nos bens culturais. Por outro lado, como bem refere MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 164, que analisa desenvolvidamente esta questão, os bens imateriais pertencentes ao património cultural nunca poderiam fazer parte do património civilístico, pois não podem ser objeto de relações jurídicoprivadas.

³⁶ EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *ob. cit.*, p. 206, e FERNANDA PALMA, *Proteção...*, p. 377.

³⁷ CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 341, nota 15, apoiando-se em Pérez Moreno, fala a este respeito de uma conceção dinâmica dos bens culturais, incluídos no “conjunto de instrumentos através dos quais o Estado promove a satisfação de necessidades de desenvolvimento da personalidade dos cidadãos numa perspetiva qualitativa”.

³⁸ *Relatório Intercalar...*, p. 58, subordinando o património cultural à dignidade da pessoa humana, centro

Por outro lado, o património cultural representa o legado recebido por todo um povo, o resultado de toda a sua evolução anterior e do caminho da humanidade, servindo para unir os seus vários componentes, desempenhando a função integrativa que é característica de qualquer cultura e dando-lhe coesão social³⁹. Serve também para o distinguir, para o individualizar no contexto dos múltiplos povos existentes, todos com culturas mais ou menos diferentes.

Os bens que compõem o património cultural são usualmente designados de bens culturais, podendo, como dissemos, ser materiais ou imateriais⁴⁰. Esta designação é recente, tendo sido importada do direito internacional⁴¹, de modo a nomear globalmente os bens que integram o património cultural,

do sistema de valores constitucional.

³⁹ O *Relatório Intercalar...*, p. 7-8, refere estas duas funções do património cultural, necessário quer à “formação da personalidade, à expansão do seu conhecimento e ao moldar da sua personalidade, estimulando potencialidades e favorecendo a criatividade”, bem como “condição indispensável à preservação – nalguns casos, à consolidação – da identidade cultural da nação em causa, por muitos tida como ameaçada, face à multiplicação dos fenómenos de globalização”, e adiciona-lhe uma terceira, o “fim eminentemente económico, já que a existência de monumentos de assinalável interesse ou de coleções públicas ricas constituem fonte considerável de receita turística”. Sobre as funções desempenhadas especificamente pelo património artístico, mormente o mais recente, v. CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, «Da proteção do património cultural» in *Textos*, número especial, *Ambiente e Consumo* III, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996, p. 100-103, referindo-se ao “Carácter multimodo da função social”.

⁴⁰ A Lei n.º 13/85, de 6 de julho, que constituiu, durante muito tempo, o regime básico do património cultural, fazia esta distinção no seu Art. 1.º, que nos dava a definição de património cultural: “todos os bens materiais e imateriais...”, cfr. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 350. V. também FERNANDO ALVES CORREIA, «Proteção de bens culturais: restrições de utilidade pública, expropriações e servidões administrativas» in *Direito do Património...*, p. 396, entendendo que os bens culturais materiais podem ser coisas móveis ou imóveis, enquanto os bens culturais imateriais são obras do engenho humano, não identificáveis com a sua corporização em coisas. FERNANDA PALMA, *Proteção...*, p. 376, distingue igualmente entre bens culturais materiais e imateriais, i. e., “entidades incorpóreas reveladas e aprisionadas em certos meios de expressão”. Mais recentemente, nota-se a importância cada vez maior dada pelo legislador a alguns bens culturais imateriais, como, por exemplo, ao património gastronómico português. Assim, o Conselho de Ministros aprovou a Resolução 96/2000, publicada no Diário da República, I Série-B, de 26 de julho de 2000, em que se pretende “intensificar as medidas de preservação, valorização e divulgação da gastronomia nacional enquanto valor integrante do património cultural português” (Art. 1.º), contendo uma série de medidas para esse efeito. No Preâmbulo diz-se que “é hoje inquestionável que a identidade cultural dos povos, a par de bens corpóreos que testemunham o respetivo percurso civilizacional, integra ainda um vasto património intangível que, ao longo do tempo, vai revelando a sua particular visão da realidade”, e onde se incluem “as artes culinárias”. V. também sobre este tema e contendo uma “Lista Representativa do Património Cultural Imaterial da Humanidade” existente entre nós – <https://unescoportugal.mne.gov.pt/pt/temas/proteger-o-nosso-patrimonio-e-promover-a-criatividade/patrimonio-cultural-imaterial-em-portugal>, sendo que em 2003 foi adotada, pela UNESCO, a Convenção para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial – <https://unescoportugal.mne.gov.pt/pt/temas/proteger-o-nosso-patrimonio-e-promover-a-criatividade/patrimonio-cultural-imaterial>.

⁴¹ GIANNINI, «I beni Culturali» in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* I (1976), p. 5, nota 2, e MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 165, referem que esta expressão foi pela primeira vez utilizada em documentos preparatórios da UNESCO nos anos de 1962-1964, embora num sentido muito amplo, de todos os bens que caíam na alçada da UNESCO.

em vez de usar designações parcelares anteriormente utilizadas⁴². Foi em Itália, na dita Comissão Francheschini⁴³, que se utilizou pela primeira vez a expressão ‘bem cultural’ num sentido especificamente jurídico⁴⁴. Para esta Comissão, o bem cultural é definido como o “*il bene che costituisca testimonio materiale avente valore di civiltà*”⁴⁵. O entendimento do que é bem cultural varia necessariamente, quer de sociedade para sociedade, quer dentro da mesma, com o passar do tempo. Estamos, assim, perante um conceito aberto, que deve ser concretizado recorrendo a um juízo valorativo multidisciplinar⁴⁶, como decorre da própria noção de cultura que tem relevância aos mais variados níveis.

De notar ainda, como destaca ALVES CORREIA, que o valor cultural destes bens é sempre imaterial, não se identificando com o próprio bem, que constitui o simples suporte físico deste valor⁴⁷. Aquele bem é qualificável como cultural não por qualquer qualidade intrínseca, mas por ter esse valor aos olhos daquela comunidade. O que é protegido é o seu valor, não o bem em si, mas o que este representa, embora, claro, isto implique que o bem físico, enquanto sustentáculo desse valor, tenha que ser tutelado.

⁴² PIER GIORGIO FERRI, «Os bens culturais no direito italiano» in *Direito do Património...*, p. 114, vê nesta expressão uma “uma síntese descritiva de uma vasta tipologia de objetos materiais relativamente à qual o direito produz uma regulamentação específica, cujo fundamento pode ser unitariamente reconduzido ao reconhecimento, em tais objetos, de um valor de natureza cultural que se distingue, e em certo sentido se contrapõe, ao valor económico”. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 346, fala a este respeito de uma “*reductio ad unum* das situações jurídicas que envolvam bens do património cultural”.

⁴³ Esta Comissão foi constituída em 1964, ficando conhecida pelo nome do seu presidente, embora a sua designação oficial fosse: ‘*Commissione d’indagine per la tutela e la valorizzazione delle cose d’interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio*’, cfr. GIANNINI, *ob. cit.*, p. 5, CANTUCCI, *voce* «Beni culturali e ambientali» in *Novissimo Digesto Italiano* Appendice, Torino: UTET, 1980, p. 723-724, e ALIBRANDI/FERRI, *I beni Culturali e ambientali*³, colab. Ilaria Alibrandi, Milão: Giuffrè, 1995, p. 1013.

⁴⁴ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 165, diz que, primeiramente, se duvidava se a expressão corresponderia a uma categoria jurídica ou teria um valor meramente descritivo de alguns bens relevantes culturalmente. Mas, a doutrina italiana, em que se destacam autores como SANDULLI, GIANNINI, SANTORO PASSARELLI e ALIBRANDI/FERRI, ao debruçar-se aprofundadamente sobre este assunto, tem conseguido erguer este conceito como base de toda a construção do direito do património cultural. SANDULLI, *voce* «Beni Pubblici» in *Enciclopedia del Diritto* V, Giuffrè, 1959, p. 277 e s, refere-se a bens de interesse público, i.e., aqueles que realizam o interesse público, mesmo que na titularidade de privados, como o ambiente ou o património cultural, constituindo uma terceira categoria entre os bens privados e os bens do domínio público (v., sobre este autor, ALIBRANDI/FERRI, *ob. cit.*, p. 23, tendo as suas teses sido seguidas por autores como ZANOBINI, CANTUCCI e GRISOLIA). PIVA, *voce* «Cose d’arte» in *Enciclopedia del Diritto* XI, Giuffrè, 1962, p. 118-121, na esteira de SANDULLI, aplica a categoria dos bens de interesse público às obras de arte. Mas, foi GIANNINI que verdadeiramente ‘forjou’ a categoria dos bens culturais, em duas obras fundamentais: *I Beni Pubblici*, em 1963, e, ao aperfeiçoar a sua teoria, aplicando-a especificamente aos bens culturais, no artigo que temos vindo a citar.

⁴⁵ *Apud* GIANNINI, *ob. cit.*, p. 5.

⁴⁶ Neste sentido MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 166, e GIANNINI, *ob. cit.*, p. 15.

⁴⁷ ALVES CORREIA, *ob. cit.*, p. 396. Em igual sentido, GIANNINI, *ob. cit.*, p. 26, e ALIBRANDI/FERRI, *ob. cit.*, p. 18.

Esse valor implica, necessariamente, que existam restrições aos poderes dos proprietários desses bens⁴⁸. Hoje, mesmo nos bens sem qualquer valor cultural, defende-se que a sua propriedade não é necessariamente irrestrita, mas antes deve sujeitar-se aos interesses gerais da comunidade, quando e na medida em que tal for necessário. Por isso, em relação aos bens culturais, GIANNINI entende que na mesma coisa coexistem dois bens, um de carácter meramente privado (a coisa como elemento material de interesses económicos) e outro cultural (a coisa como substrato físico de interesses culturais)⁴⁹. A nota característica do bem cultural é a sua fruição coletiva, que deve ser assegurada pelo Estado, pelo que o bem não é público quanto à sua propriedade, mas quanto ao seu gozo. O valor do bem cultural e o seu reconhecimento jurídico levam a que se possam restringir os direitos e poderes do proprietário, de modo a que se assegure a fruição do bem.

A noção de bem cultural tem tido uma grande influência em Itália e em vários outros países⁵⁰, tendo-se imposto como agregador dos anteriores bens dispersos integrados no património cultural⁵¹.

À volta destes bens surgem, necessariamente, uma série de normas jurídicas das mais diversas, formando o que podemos designar por direito do património cultural, que corta transversalmente os diversos ramos do ordenamento jurídico global⁵². Embora não constituindo um *corpus*

independente ou mesmo coerente⁵³, podemos englobar nesta designação todas as normas relativas à definição e tutela do património cultural.

E, em quase todos os países, existem na Constituição, desde logo, regras gerais relativas ao património cultural, impondo ao Estado a obrigação de o preservar e defender, formando o que podemos designar por Constituição Cultural⁵⁴. Vejamos, então, o que dispõe a nossa Constituição relativamente aos bens culturais e de que modo isso influencia os degraus inferiores da ordem jurídica.

III. A Constituição Cultural

Na Constituição da República Portuguesa (CRP) são várias as normas que aludem à cultura⁵⁵ ou, mais especificamente, ao património cultural⁵⁶, tendo uma natureza muito diversa. Assim, quase no início da Constituição, nas tarefas fundamentais do Estado (Art. 9.º da CRP) refere-se o “promover (...) a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais” (al. d). GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA entendem que esta regra corresponde a uma expressão do princípio do Estado social⁵⁷, nas suas múltiplas vertentes,

⁴⁸ Sobre a propriedade de bens culturais e as correspondentes restrições ao direito de propriedade, v. ALVES CORREIA, *ob. cit.*, *passim*, espec. p. 400-405, e GUZZI, «La proprietà dei beni culturali» in *Proprietà privata e funzione sociale*, dir. SANTORO-PASSARELLI, Padova: CEDAM, 1976, p. 375 e s.

⁴⁹ GIANNINI, *ob. cit.*, p. 24-26.

⁵⁰ Quer entre nós, como se vê claramente pela Lei do Património Cultural Português (Lei n.º 13/85, de 6 de julho) e agora pela Lei n.º 107/2001, quer em Espanha, na sua Lei do Património Histórico Espanhol (Lei 16/85, de 25 de junho) e em autores como GARCÍA DE ENTERRÍA, «Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural» in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 39 (1983), *passim*, espec. p. 583-584, PÉREZ MORENO, «El postulado constitucional de la promoción y conservación del patrimonio histórico artístico» in *Revista de Derecho Urbanístico* XXIV, 119 (1990), p. 19-20, e RAMON PARADA, *Derecho Administrativo* III, 5.ª Edição, Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 286-287.

⁵¹ Curiosamente, é em Itália que se levantam algumas vozes dubitativas em relação à possibilidade de integração de todos estes bens num conceito de bem cultural. Assim, CAVALLO, «La nozione di bene culturale tra mito e realtà: riletura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini» in *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini* II, Milano: Giuffrè, 1988, p. 113 e s, conclui que o ‘bem cultural’ não é definível, devendo antes falar-se de múltiplos ‘bens culturais’, como os bens arqueológicos, históricos, artísticos ou arquivísticos, com diferentes critérios para integrarem o património cultural. Para este autor, *ob. cit.*, p. 134-135, a noção de ‘bem cultural’ é uma mera síntese linguística, correspondente aos diversos bens culturais previstos no direito do património cultural. Apesar disso, ainda são vários os autores que destacam a importância da noção de ‘bem cultural’, como ROLA, «Beni culturali e funzione sociale» in *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini* II, Milano: Giuffrè, 1988, p. 579, e ALIBRANDI/FERRI, *ob. cit.*, p. 23-25, embora notando que a legislação italiana sobre o património cultural não trata os bens culturais como uma categoria unitária.

⁵² MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 167. Assim, por exemplo, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito*

Civil Português I. Parte Geral II, Coimbra: Almedina, 2000, p. 81 e 88, entende que o Direito civil não se deve alhear da defesa do património cultural, devendo “acompanhar e dogmatizar toda esta evolução”.

⁵³ Em igual sentido, EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *ob. cit.*, p. 209, excluindo do seu âmbito muitos dos diplomas legais que normalmente nele são integrados, como os que definem a orgânica dos serviços públicos, falando de “um direito da preservação e defesa do património existente, como consequência da estabilização de valores e princípios que se generalizam e que têm conteúdo jurídico”.

⁵⁴ JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 256, aceita com algumas reservas esta expressão, bem como expressões similares (como Constituição Penal, Constituição Económica, etc., de uso muito comum na doutrina), pois embora sejam úteis, podem conduzir a uma perda da unidade sistemática da Constituição ou à sua pulverização: “Não existe uma Constituição económica (ou uma Constituição cultural) independente da Constituição política ou uma Constituição penal contraposta à administrativa”. Apesar disso, usamos esta expressão, como o faz este autor apesar destas considerações, reportando-nos às várias regras constitucionais que têm algo a ver com a cultura e com o património cultural. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 1998, p. 330, alude também à Constituição Cultural, apoiando-se em doutrina alemã e italiana, e referindo-se especificamente neste âmbito ao “direito à educação e à cultura, direito ao ensino, direito ao desporto”. SALINERO ALONSO, *ob. cit.*, p. 26, afirma que a expressão Constituição Cultural, que igualmente adota, é de origem italiana.

⁵⁵ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 362, entendem que cultura não é constitucionalmente um conceito elitista e individualista, não redutível à sua vertente subjetiva de ‘humanização interna’, incluindo, por exemplo, as várias tradições existentes, Propugnam, por isso, um “conceito aberto e universal de cultura, pois a democratização da cultura significa a possibilidade de fruição dos bens culturais de todas as épocas e de todos os povos («coexistência» e intercâmbio cultural)”.

⁵⁶ Abordaremos apenas as mais importantes, especialmente aquelas relativas ao património cultural. Para uma enumeração exaustiva destas normas, v. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 259-261 e 264-265, e também GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 330-332.

⁵⁷ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 94.

entre as quais se inclui a cultural, assim se realizando a democracia económica, social e cultural⁵⁸.

No mesmo artigo, na sua alínea e), incumbe-se o Estado de “proteger e valorizar o património cultural do povo português”⁵⁹. Esta última regra foi introduzida pela revisão de 1982, elevando a preservação do património cultural a uma das tarefas principais do Estado Português⁶⁰.

Estas duas normas fazem parte da Constituição cultural objetiva⁶¹, pois impõem ao Estado o dever de cuidar do património cultural e de assegurar os direitos culturais dos portugueses. Por isso, há autores que usam a expressão ‘Estado Cultural’ ou ‘Estado de Cultura’⁶², para assinalar esta especial dedicação

⁵⁸ Sobre o princípio da democracia social, económica e cultural, v. GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 318 e s., entendendo que tem a mesma dignidade constitucional dos princípios do estado de direito e da democracia política. O Art. 2.º, que contém vários dos princípios constitucionais mais importantes (como o do Estado de direito, o princípio democrático, etc.) refere-se especificamente à democracia cultural, afirmando que “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático (...) visando a realização da democracia económica, social e cultural...”. Por isso, CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 342, considera o elemento cultural como um fator de consolidação da democracia social, e o *Relatório Intercalar...*, p. 56, defende que o princípio democrático deve refletir-se necessariamente no regime jurídico do património cultural.

⁵⁹ A alínea f) do Art. 9.º, inserida na revisão de 1989, é também relativa a um dos componentes do nosso património cultural: a língua, encarregando o Estado de “Assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa”.

⁶⁰ Cabe ao Estado, pois, “a defesa, proteção e valorização desses elementos caracterizadores da república portuguesa: o **património cultural**, a **natureza** e o **ambiente**”, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 94, destacado dos autores.

⁶¹ A designação é de JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 259-260, onde expõe todas as normas constitucionais a ela pertencentes, entendendo que as ideias fundamentais da Constituição cultural objetiva são: “a preservação e a valorização da identidade cultural, a promoção da qualidade de vida e a abertura a relações culturais internacionais”, *ob. cit.*, p. 261. O *Relatório Intercalar...*, p. 55-56, faz a mesma divisão da Constituição cultural, apoiando-se, aliás, neste mesmo autor.

⁶² Cfr. MANTOVANI, «Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico» in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* XIX (1976), p. 55, ALIBRANDI/FERRI, *ob. cit.*, p. 35, SALINERO ALONSO, *ob. cit.*, p. 28. MOCCIA, «Riflessione sulla tutela penale dei beni culturali» in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* XXXVI (1993), p. 1303, refere-se a um “Estado para a cultura”, como resultado dos princípios constitucionais relativos à cultura na Constituição Italiana. Segundo PRIETO DE PEDRO, *ob. cit.*, p. 213, foi FICHTE quem utilizou pela primeira vez esta expressão, em 1806, mas apenas como sinónimo dos estados ocidentais europeus. A expressão ganhou força especialmente na Alemanha (*Kulturstaat*) e na Itália (*Stato di cultura*), depois de ser utilizada por BLUNTISCHLI e de ter sido acolhida no Art. 3.º da Constituição da Baviera, em 1946: “A Baviera é um Estado de Direito, de Cultura e Social que serve o bem comum”. Para PRIETO DE PEDRO, esta fórmula tem sentido desde que reflita uma compreensão da cultura na sua ligação com o desenvolvimento da personalidade, assentando nos princípios da liberdade, pluralismo e progresso da cultura. Entre nós, JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 256, rejeita a expressão por “envolver o risco de, implicitamente, pôr a cultura ao serviço do Estado ou toda dependente do auxílio do Estado, marginalizando a sociedade civil e podendo sacrificar a liberdade de criação e de crítica dos agentes culturais”. E como a Constituição Portuguesa é particularmente clara ao aliar os vários agentes culturais à realização da tarefa do Estado (cfr. Arts. 73.º e 78.º da CRP), não se pode querer reduzir a cultura apenas ao nível estatal. De qualquer modo, a expressão, desde que entendida como forma de destacar a assunção pelo Estado de um papel importante em relação à cultura, é perfeitamente aceitável, desde que se não hipertrofe essa função. Por isso, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA,

do Estado à cultura, no que é hoje entendido como uma das suas tarefas essenciais⁶³.

Existem na Constituição diversas normas que concretizam este dever fundamental, como o Art. 66.º, n.º 2, al. c), cuja epígrafe é “Ambiente e qualidade de vida”⁶⁴. Nele se diz que “Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: (...) c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico e artístico”. Para GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, a Constituição utiliza um conceito unitário de ambiente como “conjunto dos sistemas físicos químicos e biológicos e de fatores económicos e culturais”⁶⁵. MIGUEL

ob. cit., p. 361, usam a expressão, referindo-se ao Estado, em certa medida, como Estado Cultural ou de Cultura, pois é um Estado-de-Direito Cultural (vertente mais ligado ao respeito das liberdades culturais) e um Estado democrático cultural (relacionado com os vários direitos à cultura). Desenvolvidamente sobre a ação do Estado no domínio cultural desde o Antigo Regime até ao “Estado intervencionista pluralista e de cultura”, v. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *L'action culturelle des pouvoirs publics*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, p. 19166,

⁶³ O *Relatório Intercalar...*, p. 67, relaciona o património cultural com outra tarefa fundamental, a de garantir a independência nacional, pois não basta uma independência meramente formal, mas também uma “capacidade de decisão autónoma quanto aos seus destinos de uma comunidade firmada numa História e com um projeto de futuro próprios”. O mesmo Relatório, apoiando-se em JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 260, entende que as normas constitucionais sobre o património cultural apenas têm sentido quando vistos em referência ao conceito de Nação, não usado expressamente na Constituição por reação às características nacionalistas da Constituição de 1933. Desenvolvidamente sobre os conceitos de povo, nação e nacionalidade, em geral e na Constituição Cultural espanhola, em especial sobre os problemas levantados pelas culturas das várias regiões autonómicas espanholas, v. PRIETO DE PEDRO, *ob. cit.*, p. 105-192.

⁶⁴ Vemos assim que o património cultural e o ambiente andam intimamente ligados, quer no seu entendimento como interesses difusos, quer na sua proteção, como refere quase toda a doutrina mais recente, cfr. CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *ob. cit.*, p. 88-98, destacando também o facto de serem ambos fins do Estado, a dimensão ‘natural’ da legislação do património cultural (quando, por exemplo, a Lei n.º 13/85 dava a definição de sítio como “obra do homem ou obras conjuntas do homem e da natureza – Art. 8.º, n.º 1, al. c) e a dimensão ‘cultural’ da legislação ambiental (v.g., quando integra os fatores culturais no ambiente – Art. 5.º, n.º 2, al. a da Lei de Bases do Ambiente). A tutela penal do ambiente está, entre nós, mais avançada que a do património cultural, dada a existência, desde a Revisão de 1995, de crimes autónomos (Arts. 278.º a 280.º do Código Penal – sobre os mesmos, v., por todos, o nosso texto, ainda inédito, JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS, *Rios e Crimes Ambientais (A prática jurisprudencial)*, dado que “quanto ao direito penal “clássico”, os crimes mais relevantes do ponto de vista do ambiente e que constam do Código Penal são vários dos crimes de perigo comum”, integrados nos crimes contra a vida em sociedade, parecendo-nos que se deveria seguir a mesma solução para o património cultural, que deveria, dada até a similitude entre os dois bens jurídicos, já ter sido adotada em 1995, evitando a dispersão sistemática dos tipos relativos a bens culturais.

⁶⁵ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 347, embora também se possam acentuar nesta noção certos aspetos, um dos quais é entender o ambiente como “uma ou mais zonas circunscritas do território particularmente importantes pela sua beleza, valor paisagístico, científico e histórico”.

NOGUEIRA DE BRITO chega a usar a expressão “visão ‘ecológica’ da cultura”⁶⁶ para se referir a esta conceção constitucional do património cultural.

O Art. 73.º proclama, genericamente, o direito de todos à cultura⁶⁷, em que se deve incluir o património cultural, e também a obrigação do Estado promover a democratização da cultura e incentivar a criação e fruição cultural, em conjunto com as associações desta área (Art. 73.º, n.º 3).

O Estado deve também “[p]romover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum” (Art. 78.º, n.º 2, al. c)⁶⁸. Cabe, assim, ao Estado a promoção do património cultural, de modo a que este desempenhe a sua função positiva de integração na sociedade portuguesa, o seu papel na ‘vivificação’ da nossa identidade comum⁶⁹. Está-se longe de uma mera proteção defensiva do património cultural, existindo antes uma atuação interventora do Estado e dos agentes culturais para o promover e valorizar⁷⁰, característico de uma conceção dinâmica do património cultural.

Por outro lado, como já referimos, o património cultural também desempenha um papel importante no desenvolvimento da personalidade dos cidadãos, tendo uma ligação forte ao ensino e à educação de todos⁷¹. Como bem entende Carla Amado Gomes, referindo-se a estas duas dimensões: “[a] interiorização dos sinais identificadores de uma cultura comum é

⁶⁶ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 165. Coincidentemente, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *ob. cit.*, p. 88, utiliza a expressão “conceção ‘ecológica’ de património cultural”, o que reforça ainda mais a já referida ligação entre o ambiente e o património cultural.

⁶⁷ Segundo o *Relatório Intercalar...*, p. 57, o direito à cultura constante deste artigo tem, no sistema axiológico constitucional, o primado relativamente às restantes normas, embora isso não signifique que a Constituição Cultural se limite a ser apenas subjetivista e garantística.

⁶⁸ Que impõe ao Estado a “obrigação do Estado de não o destruir e de o defender”, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 378.

⁶⁹ Por isso, CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 376, alude, no prolongamento desta ideia, que “promover um bem cultural, proporcionando a sua fruição coletiva, é inseri-lo no tempo presente com toda a sua carga histórica, é fazê-lo participar nas vivências do quotidiano”.

⁷⁰ Neste sentido, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 362, SALINERO ALONSO, *ob. cit.*, p. 28, CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 341, e CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *ob. cit.*, p. 75-76.

⁷¹ O Art. 73.º, a que já aludimos, não se refere unicamente à cultura, mas também ao ensino: “Todos têm direito à educação e cultura”. Por outro lado, veja-se também que, na sistemática da CRP, as normas relativas ao ensino são imediatamente anteriores ao Art. 78.º, aquele mais ligado património cultural, talvez porque o ensino e o património cultural são extremamente importantes na formação e desenvolvimento de cada um de nós. Além disso, ambos são instrumentais na realização dos seus fins, pois o ensino é um meio fundamental para desenvolver o gosto pela fruição e defesa do património cultural, enquanto os bens culturais, por sua vez, desempenham uma importante função educativa.

fundamental para o reconhecimento de cada um de nós na nossa história, para consolidar o nosso sentimento de pertença à coletividade”⁷².

Exatamente por isso, existem também direitos fundamentais na área da cultura, que são o contraponto destes deveres estatais⁷³ de que o Art. 78.º, n.º 1, da CRP é o melhor exemplo, prescrevendo que “Todos têm o direito à fruição e criação cultural, bem como dever de preservar, defender e valorizar o património cultural”. A primeira parte corresponde ao desenvolvimento dos direitos culturais previstos no Art. 9.º, al. f)⁷⁴, dando a todos o direito a fruir de todos os bens culturais num sentido amplo (não apenas aqueles pertencentes ao património cultural) e de participar na sua criação (Art. 78.º, n.º 1 e n.º 2, al. a e b)⁷⁵. Os cidadãos têm também o dever de “preservar, defender e valorizar o património cultural”, usando os meios previstos na Constituição e na lei comum⁷⁶. Se, por um lado, têm um direito a fruir do património cultural, têm também o dever de o preservarem e o direito/dever de impedirem a sua destruição, que corresponde a uma obrigação fundamental do Estado. Neste sentido, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, em anotação ao Art. 78.º, entendem que a defesa do património cultural corresponde a “(a) um *dever* de todos de não atentar contra ele e de impedir a sua destruição (n.º 1, 2ª parte); (b) uma *obrigação* do Estado de não o destruir e de o defender (n.º 2/c); (c) um *direito* de todos os cidadãos de o defender, impedindo a destruição dele (art. 52º, n.º 3)”⁷⁷.

⁷² CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 344.

⁷³ Não se estando, pois, perante deveres unilaterais do Estado, mas antes correspondendo a direitos e deveres dos cidadãos, como justamente destacam GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 94-95. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 260-261, fala a este respeito da Constituição Cultural subjetiva, contraposta à já referida Constituição Cultural objetiva. Para o mesmo autor, neste âmbito as ideias fundamentais são as de liberdade cultural e de democracia cultural.

⁷⁴ E também já especificados no Art. 73.º da CRP, onde se lê, no seu n.º 1, que “Todos têm direito à educação e à cultura” e, no seu n.º 3, que “O Estado promove a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as coletividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e outros agentes culturais”.

⁷⁵ Confere-se assim a todos um verdadeiro direito de acesso e fruição cultural, já latente nos artigos anteriormente citados. Neste sentido, *Relatório Intercalar...*, p. 57.

⁷⁶ Este dever é um dever correlativo de um direito, como o entende GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 480, que refere expressamente o artigo 78.º, 1 da CRP. Por outro lado, e segundo o mesmo autor, é também um dos deveres económicos, sociais e culturais, distinto pois dos deveres cívico-políticos, numa distinção próxima da dicotomia direitos económicos, sociais e culturais/direitos, liberdades e garantias. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 342, prefere falar da vertente negativa do direito de fruição dos bens culturais.

⁷⁷ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 378, itálicos dos autores. V. também, em resumo, JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 264-265. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 342, sintetiza este artigo do seguinte modo “existe uma imediata coresponsabilização de todos os cidadãos e entidades públicas e privadas na defesa

A Constituição distingue, em várias destas normas, entre proteger e valorizar o património cultural⁷⁸. A proteção implica uma atuação do Estado no sentido de impedir a destruição do património cultural, através de normas restritivas e mesmo sancionatórias. Quanto à valorização, está relacionada com os direitos culturais dos cidadãos, visando um maior acesso e fruição dos bens culturais. A proteção deve estar sempre subordinada à valorização, pois só faz sentido conservar estes bens para serem acedidos pelos membros da comunidade⁷⁹. Os bens culturais não servem para nada se ninguém os fruir, se não realizarem a sua função de formação e realização dos cidadãos. Se, anteriormente, se protegiam os bens, sem cuidar de propiciar o contacto de todos com eles, hoje as políticas de proteção dos bens devem procurar permitir a valorização dos bens, cumprindo as tarefas constitucionais.

Especificamente em relação ao direito de defesa do património cultural, este encontra-se muito facilitado pelo Art. 52.º, n.º 3, al. a), introduzido na revisão de 1982, que garante a possibilidade de recurso à função jurisdicional para fazer cessar as ofensas ao património cultural, através do direito de ação popular. Como, até há bem pouco, os quadros processuais da legitimidade limitavam a possibilidade de ação dos particulares e das associações por eles constituídas, a Constituição quis permitir amplamente o exercício do direito de defesa do património cultural, independentemente da existência de um interesse direto ou imediato de quem interpõe a lide. Por isso, se fala a este respeito de interesses difusos⁸⁰, erodindo as noções clássicas de interesse a nível da legitimidade processual.

Quanto aos problemas levantados pela possibilidade de colisão entre o património cultural, como bem constitucionalmente protegido, com outros direitos fundamentais, a questão levanta-se especialmente em relação ao direito de propriedade. GOMES CANOTILHO dá, aliás, este caso como um dos exemplos da colisão entre direitos e bens jurídicos: “(1) o direito de propriedade privada pode ser transmitido em vida ou em morte (art. 62º),

e valorização dos bens culturais, materializada, quer na obrigação genérica de *non facere* – não provocar danos no património existente –, quer no específico chamamento do Estado às suas responsabilidades de promoção cultural”.

⁷⁸ *Relatório Intercalar...*, p. 65, considerando que estas duas expressões definem dois planos do ordenamento jurídico do património cultural: “regras de proteção dos suportes físicos das coisas” e “institucionalização e a dinamização dos modos da sua fruição pela coletividade”.

⁷⁹ Neste sentido, *Relatório Intercalar...*, p. 65, justificando-se com a matriz essencialmente humanista da Constituição.

⁸⁰ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 281: “O objeto da ação popular é, antes de mais, a defesa de **interesses difusos**”, destacado dos autores.

mas o direito de transmissão e utilização é suscetível de sofrer restrições impostas pela necessidade de defesa do bem «património cultural»⁸¹.

Assim, a exigência de restrições, impostas pelo direito do património cultural, à livre disponibilidade ou utilização da coisa pelo seu proprietário corresponde, necessariamente, a uma compressão do direito de propriedade tal como é garantido pela Constituição. Mas, sabemos também que o direito de propriedade pode conflitar com uma outra série de bens, como o ambiente ou a qualidade de vida, resultando na imposição de limitações aos direitos dos proprietários. GOMES CANOTILHO/JÓNATAS MACHADO falam a este respeito de uma “*vinculação social da propriedade (Sozialbindung des Eigentums)*”, devendo as restrições ao direito de propriedade ser as “estritamente necessárias para salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”⁸².

Ora, no caso dos bens culturais estamos perante valores de natureza comunitária, que dizem respeito a todos, e que justificam claramente as limitações impostas ao direito de propriedade⁸³, falando-se a este respeito da referência comunitária dos direitos fundamentais ou da sua função social⁸⁴. Claro que essas restrições apenas se justificam se e na medida em que forem necessárias para a preservação e a livre fruição dos bens culturais nas mãos de privados. A prevalência do património cultural sobre o direito de propriedade abre a possibilidade de se sancionar penalmente a destruição de bem cultural próprio, como parecem entender GOMES CANOTILHO/JÓNATAS MACHADO: “não se compreenderia, por exemplo, que o proprietário de uma casa do século XV pudesse demoli-la livremente sem atender ao seu valor histórico, cultural ou artístico. Trata-se aqui de um caso extremo em que o interesse público na proteção do bem património cultural justificaria uma restrição ao direito de propriedade”⁸⁵.

⁸¹ GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 1139. Em geral, sobre as colisões de direitos, v. GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 1137-1164, e VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, reimpr., Coimbra: Almedina, 1987, p. 220-251.

⁸² GOMES CANOTILHO/JÓNATAS MACHADO, «Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa» in *Revista do Ministério Público* XVI, n.º 64 (1995), p. 15, itálicos dos autores. Neste artigo, os autores analisam um problema de conflito entre a função cultural de um bem (no caso, o Coliseu do Porto), a sua propriedade privada (pois os seus donos pretendiam alugar o recinto para aí se efetuarem cultos religiosos) e a liberdade religiosa.

⁸³ Neste sentido, GOMES CANOTILHO/JÓNATAS MACHADO, *ob. cit.*, p. 17: “No caso de conflito insuperável entre as duas pretensões, a ordem jurídica aponta claramente no sentido da primazia da fruição cultural sobre as utilidades económicas-patrimoniais”, como também entendem PÉREZ MORENO, *ob. cit.*, p. 731-732, e GARCÍA DE ENTERRIA, *ob. cit.*, p. 584-585.

⁸⁴ GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 1138, e VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 52-53.

⁸⁵ GOMES CANOTILHO/JÓNATAS MACHADO, *ob. cit.*, p. 17.

Estes direitos e deveres fundamentais relativos ao Património Cultural são, entre nós e na generalidade dos países, relativamente recentes, correspondendo à rejeição dos postulados do Estado Liberal e à assunção do Estado-de-Direito Social⁸⁶, constituindo parte dos chamados direitos de terceira geração. Se, anteriormente, o Estado se limitava a ser um mero sujeito passivo, porque constrangido pelo direito de propriedade e pelas liberdades garantidas, agora toma um papel interventor, mesmo que afetando os direitos [individuais] dos cidadãos.

Assim, originalmente, o Estado apenas cuidava dos bens que estivessem na sua titularidade e, esporadicamente, podia, em casos de manifesto interesse nacional, intervir em bens de outrem. Veja-se que após a Revolução Liberal, num dos atos mais lesivos dos bens culturais em Portugal, vendeu ao desbarato os bens das ordens religiosas, não obstante o interesse cultural que detinham. O que levou a que estes bens fossem destruídos, dispersados ou deixados na incúria durante largos períodos de tempos, sem que se fizesse algo para os preservar. Qualquer pessoa que veja o estado em que se encontrou durante muito anos o Mosteiro de Salzedas, só para dar um exemplo que visitamos antes do ano 2000⁸⁷, notará o modo como a sua venda se refletiu no estado de ruína em que se encontravam os claustros e a própria igreja⁸⁸.

Por isso, nas primeiras constituições portuguesas não existia nenhuma norma relativa à proteção do património cultural, nem se previa qualquer direito ou dever dos cidadãos o defenderem⁸⁹. A Constituição de 1933 dá um

⁸⁶ Sobre este conceito, v. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 54, que entende que corresponde a uma conceção social-liberal dos direitos fundamentais, existente em quase todos os países da Europa. Sobre o processo de socialização dos direitos fundamentais superando as teses liberais, v. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 48-54. Acerca da influência desta mudança na proteção do património cultural, cfr. SALINERO ALONSO, *ob. cit.*, p. 26-27, considerando que no Estado Social se verificam as seguintes características: constitucionalização do património cultural; submissão da propriedade privada à proteção do património cultural; política mais ativa e interventiva do Estado em relação ao património cultural; ampliação do conceito de património cultural e superação das divisões tradicionais entre o património cultural e outras áreas, como o direito do ambiente e o direito urbanístico.

⁸⁷ Já não voltamos ao mesmo há muitos anos, tal como sucede com São João de Tarouca, sendo que terão sido, mais recentemente, objeto de obras de restauro – v. <https://culturante.gov.pt/patrimonio/mosteiro-de-santa-maria-de-salzedas/> e <https://culturante.gov.pt/patrimonio/mosteiro-de-sao-joao-de-tarouca/>.

⁸⁸ Embora também se deva referir que o Mosteiro foi atacado pelos populares em fúria durante a guerra generalizada na época, incendiando-o parcialmente, furiosos por terem de submeter aos tributos devidos a um dos maiores proprietários de toda aquela zona. Mas, de qualquer modo, são variados os casos de conventos de que ficaram apenas as fachadas a lembrar a sua antiga magnificência e o poder que exerciam. Em São João de Tarouca, por exemplo, o edifício principal do convento foi durante séculos um edifício vazio, de que apenas restavam as pedras exteriores, quando ainda aí se mantêm, porque qualquer um que veja as casas que o rodeiam notará as pedras lavradas, dele retiradas, que foram sendo levadas pelos vizinhos do Mosteiro.

⁸⁹ Cfr. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 257, enumerando as normas relativas à cultura nas Constituições Liberais e da Constituição republicana de 1911, em que avultavam as regras que tratavam do ensino,

passo tímido em frente, pois dela constava, no Art. 52.º, um preceito relativo à proteção pelo Estado dos “monumentos artísticos, históricos e naturais, e os objetos artísticos oficialmente reconhecidos como tais”⁹⁰. Mas, este artigo corresponde ainda a um “estado embrionário da proteção constitucional do património”⁹¹, pois o Art. 52.º insere-se no título relativo ao domínio público e privado do Estado, correspondendo a uma visão altamente estatizante do património cultural, que seria melhor protegido com a propriedade pública desses bens, sacrificando os interesses privados⁹². Por outro lado, a obrigação do Estado seria meramente defensiva, passiva, de proteção do Estado, muito distante, como vimos, do disposto na CRP atual⁹³.

Será, pois, na Constituição de 1976⁹⁴ que o termo ‘património cultural’ é pela primeira vez utilizado no texto constitucional⁹⁵, no texto original do Art. 78.º, da seguinte forma: “O Estado tem a obrigação de defender e proteger o património cultural português”⁹⁶. Está-se ainda próximo da conceção passiva, unicamente preservadora, da Constituição de 1933, mas agora já não restrita aos bens estatais. Na revisão de 1982 dá-se um grande passo em frente, ao encontro de um entendimento mais interventor e ativo da função estatal, alargando-se o âmbito do Art. 78.º, de modo a prever a fruição e criação cultural e a participação dos vários agentes culturais, tal como o direito de fruir e o dever de defender o património cultural⁹⁷. É também nesta revisão que a proteção e valorização do património cultural são elevadas a uma das tarefas fundamentais do Estado, no desenvolvimento do princípio da democracia

v.g., a gratuidade da instrução primária

⁹⁰ Sobre este artigo, v. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 340-341, nota 12, JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 258, e EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *ob. cit.*, p. 229-231, que vê neste artigo uma conceção autoritária e protecionista do Estado, embora também destaque o alargar do conceito de cultura ao incluir os monumentos naturais, o que representa uma das tendências presentes no texto constitucional atual, em que a cultura e o ambiente estão interligados, como já vimos.

⁹¹ CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 341, nota 12, embora JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 258, considere este artigo como quase não tendo paralelo no estrangeiro.

⁹² Cfr. EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *ob. cit.*, p. 230, que considera o Decreto n.º 20.985 como o desenvolvimento desta ideia, ainda muito presente na LPCP.

⁹³ Neste sentido, CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 341, nota 12.

⁹⁴ Sobre os projetos que deram origem à Constituição de 1976, no que diziam respeito ao património cultural, v. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 264.

⁹⁵ Embora a expressão utilizada no Art. 52.º da Constituição de 1933 lhe possa ser aproximada, todavia com um carácter muito mais substancialista (relativo a bens materiais) e monumentalista do que o modo mais lato e não restritivo como é entendido o termo ‘património cultural’ na Constituição de 1976.

⁹⁶ Sobre o texto original da Constituição de 1976, v. EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *ob. cit.*, p. 231-232, e JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 258.

⁹⁷ Sobre esta revisão v. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 264, e CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 341.

económica, social e cultural. A revisão de 1989 manteve este regime nos seus termos básicos, embora tenha havido a introdução da ação popular, que, como vimos, pode ser promovida para a defesa do património cultural.

A evolução da Constituição Cultural portuguesa, que acabamos de expor, tem muitos paralelos com a experiência colhida no direito constitucional comparado. Segundo JORGE MIRANDA, foi a Constituição de Weimar, em 1919, que pela primeira vez se referiu ao património cultural, ao prever a sua proteção e valorização pelo Estado e devendo este prevenir a sua saída do país⁹⁸. Grande parte das várias Constituições que se lhe seguiram, acabaram por contemplar, dos modos mais variados, o património cultural⁹⁹, como aconteceu na Constituição portuguesa de 1933.

Vejam, então, o que preveem algumas das Constituições de outros países. Na Espanha¹⁰⁰, a Constituição de 1978 é bastante próxima da nossa, pois a cultura é também uma tarefa fundamental do Estado, que deve facilitar a participação dos cidadãos na vida cultural (Art. 9.º, n.º 2). De entre o restante conjunto de normas da Constituição Cultural espanhola, avultam os Art. 44.º, 45.º e 46.º. O Art. 44.º obriga o Estado a promover e tutelar a cultura, a que todos deverão ter acesso, enquanto o Art. 45.º, n.º 1 atribui a todos um direito a um meio ambiente adequado ao desenvolvimento da sua personalidade e um dever de o conservar. Para SALINERO ALONSO, neste último artigo está também previsto o património cultural, pois usa-se uma noção ampla de ambiente, embora tal não seja unânime na doutrina espanhola¹⁰¹. Quanto ao Art. 46.º, ele dispõe expressamente que “Os poderes públicos garantirão a conservação e promoverão o enriquecimento do património histórico, cultural e artístico dos povos de Espanha e dos bens que o integram, qualquer que seja o seu regime

jurídico e a sua titularidade. A lei penal sancionará os atentados contra este património”¹⁰². Estamos, assim, perante uma imposição ao legislador penal no sentido de punir os ataques ao património cultural¹⁰³. A Constituição Italiana de 1947 não vai tão longe, impondo ao Estado, no seu Art. 9.º da Constituição Italiana, apenas a tarefa de promover a cultura e de tutelar o património histórico e artístico da nação¹⁰⁴, deixando à liberdade do legislador os meios para o fazer.

No Brasil¹⁰⁵, a Constituição de 1988 dedica uma secção exclusivamente à cultura, com uma extensão pouco comum no direito comparado, ainda mais desenvolvida, de resto, com a Emenda Constitucional n.º 48, de 10 de agosto de 2005¹⁰⁶. Assim, o Art. 215.º obriga o Estado a garantir o acesso à cultura nacional e apoiar a valorização e difusão das manifestações culturais¹⁰⁷. O artigo seguinte dirige-se expressamente ao património cultural, que define como “os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória

¹⁰² Sobre este artigo v. MUÑOZ CONDE, «El tráfico ilegal de obras de arte» (cit. *Tráfico...*) in *Estudios Penales y Criminológicos* XVI (1993), p. 402-404, CARMONA SALGADO, «Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico» in *Curso de Derecho Penal. Parte Especial* II, dir. de COBO DEL ROSAL, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 34-36, e, minuciosamente, SALINERO ALONSO, *ob. cit.*, p. 4865.

¹⁰³ GONZÁLEZ RUS, «Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico» in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* XLVIII (1995), p. 39-40, considera este artigo como uma “oportuna manifestação de zelo protetor”, incongruente com o silêncio constitucional em relação a bens jurídicos mais relevantes e passível de conflitar, dada a sua formulação incondicionada, com o princípio da intervenção mínima, se não for corretamente interpretado.

¹⁰⁴ Cfr. MANTOVANI, «Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico» in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* XIX (1976), p.55-61, GIANNINI, *ob. cit.*, p. 4-5, ALIBRANDI/FERRI, *ob. cit.*, p. 35-38, e PIVA, *ob. cit.*, p. 93-95. ROLLA, *ob. cit.*, p. 573, identifica neste artigo um objetivo: promover o desenvolvimento cultural da comunidade, beneficiando a pesquisa científica e a promoção da personalidade humana.

¹⁰⁵ V., descrevendo a evolução do direito constitucional brasileiro e fazendo uma análise da Constituição vigente, RAMOS RODRIGUES, «A evolução da proteção do património cultural. Crimes contra o ordenamento urbano e o património cultural» in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* VII, n. 26 (1999), p. 96-103. O autor refere que já as Constituições de 1934 e de 1937 continham disposições destinadas a proteger o património cultural, devendo, segundo esta última constituição, serem equiparados os atentados contra este aos atentados contra o património nacional (Art. 134.º). As Constituições de 1946 e 1967 recuaram a este respeito ao conterem simples normas programáticas, dispondo que os bens com valor histórico e artístico ficavam sobre a proteção do Estado. Por isso, a Constituição de 1988 representa uma rutura com a tradição constitucional imediatamente anterior, que segundo RAMOS RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 100, está feita de uma forma feliz.

¹⁰⁶ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc48.htm#art1.

¹⁰⁷ No Art. 215.º, §1, vê-se um claro afloramento do multiculturalismo, ao prever-se que “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares indígenas e afro brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, o que é natural dado o grande número de blocos étnicos e culturais existentes no Brasil, país que é resultado desse encontro de povos e culturas. Por isso, o §2 do mesmo artigo, dispõe sobre a fixação pela lei de datas comemorativas com significado “para os diferentes segmentos étnicos nacionais”.

⁹⁸ Art. 150.º da referida Constituição, cfr. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 263. Segundo PRIETO DE PEDRO, *ob. cit.*, p. 21-22, nota 11, foi a Constituição Mexicana de 1917 a primeira a utilizar o vocábulo ‘cultura’, no seu artigo 3.º, referindo que a educação “a) será democrática, considerando a democracia não unicamente como uma estrutura jurídica e um regime político, mas também como um sistema de vida fundado no constante melhoramento económico, social e cultural do povo; b) será nacional, enquanto – sem hostilidades nem exclusivismos – atenderá à compreensão dos nossos problemas, ao aproveitamento dos nossos recursos, à defesa da nossa independência política, ao assegurar da nossa independência económica e à continuidade e crescimento da nossa cultura”, itálicos do autor.

⁹⁹ Para um repertório exaustivo dessas Constituições, v. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 263.

¹⁰⁰ Sobre o que segue, v. BASSOLS COMA, «El patrimonio histórico español: aspectos de su regimen jurídico» in *Revista de Administración Pública* 114 (1987), p. 93-95, PÉREZ MORENO, *ob. cit.*, p. 14-33, e, detalhadamente, SALINERO ALONSO, *ob. cit.*, p. 29-42, analisando também o Art. 45.º da Constituição Republicana espanhola de 1931, que foi pioneiro em relação ao património cultural, ao dispor amplamente sobre a sua proteção e inventariação, abrangendo todos os bens com interesse histórico e artístico, independentemente de serem ou não de titularidade pública.

¹⁰¹ SALINERO ALONSO, *ob. cit.*, p. 35-38, em relação aos autores de posição contrária, v. *ob. cit.*, p. 35, nota 25.

dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileiras”, seguindo-se uma enumeração de alguns dos bens aí expressamente incluídos¹⁰⁸. Finalmente, de entre as normas com mais interesse para o direito penal, o Art. 216.º, §4, prevê a punição nos termos da lei dos danos e ameaças para o património cultural, aproximando-se da Constituição Espanhola.

Como vemos, as várias Constituições referem-se ao património cultural em termos bastante aproximados da Constituição Portuguesa, longe das conceções passivas de mera preservação. Isto mesmo em países onde o texto constitucional é bastante lacónico em relação aos bens culturais, como acontece na Alemanha, por força da interpretação jurisprudencial¹⁰⁹.

É importante destacar o relevante papel que desempenhou o direito internacional e da União Europeia no reconhecimento da necessidade de proteção e valorização do património cultural pelos textos constitucionais. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhecia, no seu Art. 27.º, n.º 1, que “Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam”¹¹⁰. Este artigo prevê, assim, o direito de fruição e liberdade cultural e de acesso aos bens culturais, como, mais desenvolvidamente, consta da nossa Constituição.

Ainda em relação ao direito internacional¹¹¹ devem também destacarse as múltiplas convenções elaboradas no âmbito da UNESCO (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* - a agência da Organização

¹⁰⁸ Como as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, Art. 216.º, n.º I a V. Segundo RAMOS RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 102, estamos perante uma lista exemplificativa, pois o legislador “deixou em aberto a possibilidade de construção de novos tipos de bens culturais”. Por outro lado, o facto de os bens com valor ecológico fazerem parte do património cultural, significa, para este autor, a adoção das conceções italianas de bens ambientais num sentido global, independentemente de serem ou não fruto da ação humana, e leva a uma grande interligação entre o direito ambiental e do património cultural.

¹⁰⁹ Cfr. SALINERO ALONSO, *ob. cit.*, p. 41, analisando a *Grundgesetz* de 1949.

¹¹⁰ V. sobre este artigo, *Relatório Intercalar...*, p. 77, nota 71, e JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 261, entendendo que completa ou elucida as normas relativas aos direitos culturais, dada a sua receção na ordem jurídica portuguesa. Segundo este último autor, outras normas fundamentais culturais são o Art. 15.º, n.º 1, al. a) do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, a Declaração de Princípios de Cooperação Cultural Internacional e a Convenção para a Proteção do Património Mundial, Cultural e Natural, de 1972.

¹¹¹ Importante também é a Concordata entre Portugal e a Santa Sé, de maio de 1940, porque grande parte dos bens culturais são propriedade da Igreja ou estão ao seu serviço. Sobre a Concordata, v. *Relatório Intercalar...*, p. 78-79, e, para uma visão de conjunto, VASCO PEREIRA DA SILVA, «O património cultural da Igreja» in *Direito do Património Cultural*, coord. de JORGE MIRANDA, JOÃO MARTINS CLARO e MARTA TAVARES DE ALMEIDA, Instituto Nacional de Administração, 1996, p. 475-497 e bibliografia aí citada.

das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura))¹¹², sendo que o Conselho da Europa tem também adotado outras convenções relativas à mesma matéria¹¹³. Ao mesmo tempo, várias organizações, como o Conselho Internacional dos Monumentos e Sítios (ICOMOS) ou Congressos de Arquitetos e Técnicos de Conservação, adotaram cartas relativas, entre outros assuntos, ao Património Cultural¹¹⁴. O direito da União Europeia tem também intervindo abundantemente no sentido de regular algumas questões relativas ao Património Cultural¹¹⁵.

O direito internacional e da União Europeia têm evoluído no sentido de, após definidas as regras gerais do património cultural, se preverem regimes particulares para casos específicos (como o património cultural subaquático ou os conjuntos urbanos¹¹⁶, por exemplo). Aliás, esta tendência também se verifica no direito constitucional, onde de normas genéricas, muitas vezes apenas apontando princípios gerais e meramente programáticos, se passou

¹¹² V., em geral, MANUELA GALHARDO, *ob. cit.*, p. 95-96, *Relatório Intercalar...*, p. 80-96 e CASALTA NABAIS, *ob. cit.*, p. 146-149. O texto integral destas convenções e de outras relevantes para o património cultural pode ser encontrado em JORGE A. B. FERREIRA, *Direito do Património Histórico-Cultural. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais, Atos Comunitários*, Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 1998, p. 183-298. Sobre a importância da Convenção de 1954, v. CARLOS ADÉRITO FERREIRA, *ob. cit.*, p. 71-72, e, para uma análise da Convenção de 1972, ALIBRANDI/FERRI, *ob. cit.*, p. 41. Esta última convenção foi aprovada, para ratificação, pelo Decreto n.º 26/85, publicado no Diário da República, I Série, de 26 de julho de 1985, enquanto a Convenção de 1970 foi aprovada pelo Decreto n.º 49/79, publicado no Diário da República, I Série, de 6 de junho de 1979 (cfr. MARTA TAVARES DE ALMEIDA, «Direito do Património Cultural – Breve Resenha» in *Direito do Património...*, p. 532, com as datas do depósito do instrumento de ratificação e do respetivo aviso, que não foi publicado no primeiro caso).

¹¹³ A primeira foi aprovada pelo Decreto n.º 39/82, publicado no Diário da República, I Série, de 2 de abril de 1982, e a última pela Resolução da Assembleia da República n.º 5/91 e ratificada pelo Decreto n.º 5/91, ambos publicados no Diário da República, I Série-A, de 23 de janeiro de 1991 (v. MARTA TAVARES DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 533).

¹¹⁴ Cfr. os textos das várias Cartas relativas ao Património Cultural em JORGE A. B. FERREIRA, *ob. cit.*, p. 15-182. O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) adoptou em 1992 uma Convenção sobre os bens culturais roubados ou ilicitamente transportados, v., ainda sobre o projecto que se veio a converter no Convenção, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, «Projeto de Convenção da UNIDROIT sobre a restituição internacional dos bens culturais roubados ou ilicitamente exportados» in *Direito do Património...*, p. 61-94.

¹¹⁵ V.g., a restituição de bens culturais transportados ilicitamente de um dos membros da União Europeia, cfr. Diretiva 93/7/CEE, do Conselho, de 15 de março, e Diretiva 96/100/CEE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de fevereiro de 1997, ou a exportação de bens culturais, cfr. Regulamentos (CEE) n.º 3911/92, do Conselho, de 9 de dezembro de 1992, e 752/93, da Comissão, de 30 de março de 1993. V. estes e os restantes atos comunitários em JORGE A. B. FERREIRA, *ob. cit.*, p. 347 e s., e, para uma análise geral do direito então ainda comunitário do património cultural, *Relatório Intercalar...*, p. 97-123, e CASALTA NABAIS, *ob. cit.*, p. 148-149.

¹¹⁶ Neste sentido, SALINERO ALONSO, *ob. cit.*, p. 43-44. V. para um exemplo desta tendência a Convenção Europeia para a Proteção do Património Arqueológico (1969) e a Carta internacional para a Salvaguarda das Cidades Históricas (1987) in JORGE A. B. FERREIRA, *ob. cit.*, p. 263-275 e p. 57-63

para normas diversificadas e mais concretizadas, definindo verdadeiros direitos e deveres culturais. Foi de resto o que se passou entre nós, bastando para tal confrontar a Constituição de 1933 e, ainda em grande medida, a Constituição de 1976 com o texto constitucional em vigor atualmente.

Após esta análise ao nível dos degraus superiores do ordenamento jurídico, do direito constitucional ao direito internacional, passaremos agora para uma muito breve referência à jurisprudência constitucional nesta matéria.

IV. A (praticamente inexistente) jurisprudência constitucional relativa ao património cultural

Uma simples pesquisa na Base de Dados de Acórdãos do Tribunal Constitucional sobre matérias ligadas ao património cultural¹¹⁷ apresenta apenas treze acórdãos como resultado, o que mostra bem a pouca relevância desta matéria a nível jurisprudencial constitucional, pelo menos numericamente. De resto, grande parte desses arestos não estão diretamente relacionados com o património cultural e a sua tutela emergente da Constituição Cultural, mas antes com questões laterais ou que só indiretamente dizem respeito ao mesmo¹¹⁸, como matérias fiscais.

Todavia, cumpre destacar o Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 115/2021¹¹⁹, muito interessante porque diz respeito, *inter alia*, à compatibilização entre o direito de propriedade e a proteção do património cultural, decidindo, a final, “[n]ão julgar inconstitucional a interpretação extraída do n.º 3 do artigo 13.º da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, segundo a qual, para os efeitos ali previstos, encontram-se na circunstância a que alude a alínea d) do n.º 4 do artigo 51.º da Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, na redação dada por aquela Lei, os imóveis em que funciona um estabelecimento

¹¹⁷ Em <https://acordaosv22.tribunalconstitucional.pt/>, com os descritores “Património cultural”, “Proteção do património cultural” e “cultura”.

¹¹⁸ Alguns exemplos: o Acórdão n.º 403/89, em que se decidiu “declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade, por violação do artigo 231.º, n.º 2, da Constituição e apenas na medida da sua aplicação à Região Autónoma dos Açores, das seguintes disposições da Lei n.º 13/85, de 6 de Julho”, o Acórdão n.º 416/02, relativo aos benefícios fiscais concedidos a bens culturais classificados, e o Acórdão n.º 95/2023, em que se decidiu “Não julgar inconstitucional a interpretação conjugada do artigo 82.º, e da alínea c) do artigo 88.º, da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de dezembro, no sentido de a notificação prevista nesta alínea configurar uma forma de reconhecimento de que a extinção da isenção de IMI, aplicável até 31 de dezembro de 2006 aos imóveis globalmente classificados como como de interesse público, de valor municipal ou património cultural ao abrigo da alínea n) do n.º 1 do artigo 40.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (na redação então vigente), ocorre no exato momento em que os prédios deixam de poder beneficiar da mesma por não cumprirem os requisitos legalmente exigidos para o efeito, ou seja, à data da entrada em vigor da Lei do Orçamento do Estado para 2007”.

¹¹⁹ Que pode ser consultado em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210115.html>.

comercial de efetivo interesse histórico cujo pedido de reconhecimento como tal, tendo sido apresentado antes do termo do contrato de arrendamento em vigor, apenas vem a ser deferido pelo município depois dessa data por facto não imputável ao arrendatário”¹²⁰.

Este aresto debruçou-se, como se alcança, sobre uma norma decorrente do “novo regime legal de *reconhecimento e proteção dos estabelecimentos e entidades de interesse histórico e cultural ou social local*, aprovado pela Lei n.º 42/2017, de 14 de junho. Esta Lei procede ao enquadramento, no plano nacional, da situação de estabelecimentos e entidades que, pelo seu interesse histórico, cultural e social – de âmbito local –, devem ser reconhecidos e protegidos”, dado que as “alterações introduzidas pela Lei n.º 42/2017, de 14 de junho à Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro (NRAU), no que releva para a situação dos autos sub judice, traduziram-se na introdução da nova alínea d) no n.º 4 do artigo 51.º, passando a prever-se que a existência no locado de um estabelecimento ou uma entidade de interesse histórico e cultural ou social local reconhecidos pelo município, nos termos do respetivo regime jurídico, seja mais uma circunstância invocável pelo arrendatário em face da comunicação pelo senhorio (nos termos do artigo 50.º do NRAU) da intenção de transição para o NRAU e da atualização da renda do contrato de arrendamento não habitacional. A assinalada alteração no NRAU – aditamento da nova alínea d) do n.º 4 do artigo 51.º –, no contexto desse regime, tem como resultado uma maior proteção do arrendatário em face da possibilidade de alteração, por iniciativa do senhorio, do regime do contrato de arrendamento (para fins não habitacionais) anteriormente celebrado para a sua submissão ao NRAU e da intenção de atualização da renda, seja por aplicação do artigo 54.º, n.º 1 do NRAU – que prevê que caso o arrendatário invoque e comprove uma das circunstâncias previstas no n.º 4 do artigo 51.º, o contrato só fica submetido ao NRAU mediante acordo entre as partes ou, na falta deste, no prazo de 10 anos a contar da receção, pelo senhorio, da resposta do arrendatário nos termos do n.º 4 do artigo 51.º –, seja por aplicação do próprio regime transitório estabelecido no n.º 2 do artigo 13.º da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho”.

No processo que deu origem a este acórdão foi alegado que existiria “violação dos princípios da segurança jurídica, da boa fé e da proteção da

¹²⁰ V., sobre a Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, RUI DUARTE, *A Lei n.º 42/2017, de 14/06: uma visão panorâmica – Do procedimento de reconhecimento de interesse histórico e cultural ou social local, em especial*, consultado em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/07/20170707-ARTIGO-JULGAR-Lei-42-2017-vis%C3%A3o-panor%C3%A2mica-Rui-Duarte.pdf>, referindo que “Por via da Lei n.º 42/2017, de 14/06, é introduzido no ordenamento jurídico nacional um novo regime cujo objeto é o reconhecimento e proteção dos estabelecimentos e de entidades de interesse histórico e cultural ou social” (p. 1).

confiança derivados do artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e considera que a mesma interpretação consubstancia uma restrição ilegítima do direito de propriedade (artigo 62.º da CRP), proibida à luz do artigo 18.º da Constituição”, sendo que o Tribunal Constitucional entendeu, antes que “a medida legislativa sindicada apresenta o específico propósito de salvaguarda dos valores históricos e culturais e sociais locais associados à atividade comercial exercida no locado. Recorde-se que o universo abrangido pela «proteção» conferida pela Lei n.º 42/2017, de 12 de junho, e especificamente pela norma contida no n.º 3 do artigo 13.º da mesma lei aqui em análise, não se dirige a todos ou à generalidade dos arrendamentos celebrados para outros fins (que não habitacionais), mas apenas àqueles em que «existe no locado um estabelecimento ou uma entidade de interesse histórico e cultural ou social local reconhecidos pelo município, nos termos do respetivo regime jurídico»”.

O Tribunal Constitucional fez, assim, o confronto e a ponderação dos interesses em causa com essa restrição ao direito de propriedade, concluindo, depois de convocar e aplicar o princípio da proporcionalidade a essa limitação concreta ao direito de propriedade do dono do prédio locado, que “as razões de interesse público que justificam a compressão do direito de propriedade – salvaguarda dos valores patrimoniais culturais em presença, gestão urbanística dirigida à salvaguarda do património urbano em articulação com a valorização e revitalização do tecido urbano em que aqueles estabelecimentos ou entidades se inserem –, assim configurando uma credencial constitucional bastante para o condicionamento imposto ao proprietário” e que a “norma sindicada nos presentes autos, não viola o princípio da proporcionalidade aferido nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição”.

Quanto à tutela conferida constitucionalmente ao património cultural, escreveuse, corretamente, que “a preservação e valorização dos estabelecimentos e entidades «de interesse histórico e cultural ou social local» não pode deixar de convocar a proteção constitucional do património cultural, tarefa primeiramente (embora não exclusivamente) cometida ao Estado, logo em sede de enunciação das respetivas tarefas fundamentais. Assim, a alínea e) do artigo 9.º da CRP incumbe o Estado de «proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correto ordenamento do território». E, por imperativo constitucional decorrente do artigo 78.º (Fruição e criação cultural), onde se estabelece que todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural (n.º

1), cabe ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais, incentivar o acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de ação cultural, apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e coletiva, promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, desenvolver as relações culturais com todos os povos e articular a política cultural e as demais políticas sectoriais (n.º 2). (...) Em grande medida o escopo do regime de proteção previsto na Lei n.º 42/2017 procura salvaguardar os interesses públicos protegidos pelo artigo 78.º da Constituição e os direitos (e deveres) que lhes estão associados. Isto, atentos os critérios de reconhecimento das entidades e estabelecimentos que o legislador elegeu no artigo 4.º da mesma lei (na linha, aliás, dos critérios anteriormente estabelecidos a nível municipal, seja no programa «Lojas com História», seja no programa «Porto de Tradição»), por referência à atividade desenvolvida, ao património material e ao património imaterial – distinguindo, designadamente, a longevidade, o contributo para a história local, a identidade própria ou a originalidade e diferenciação da atividade desenvolvida; a existência de elementos patrimoniais notáveis, nomeadamente artísticos, seja no local edificado, seja nos respetivos elementos decorativos ou funcionais, seja no próprio acervo; e a importância do estabelecimento ou entidade enquanto referência viva para a cultura local, a memória coletiva e a história e, deste modo, para a construção da identidade do tecido urbano em que se localizam, bem como para a preservação e divulgação dos bens culturais patrimoniais ou intangíveis que integram, servindo, assim, o direito da respetiva fruição pelo público. Ora, a permanência do estabelecimento ou entidade no locado, dada a indissociável ligação entre a atividade ali desenvolvida e a preservação e valorização dos valores patrimoniais em presença, serve também a finalidade de proteção dos bens e valores culturais a que o artigo 78.º da Constituição dedica específica atenção”.

Se, como se sabe, nem sempre é fácil a conciliação entre o direito de propriedade e a tutela do património cultural (até porque muitas vezes os interesses dos proprietários são contrários à da proteção dos próprios bens culturais que lhes pertencem), deve-se procurar fazer, como ocorreu de forma bem concreta neste acórdão, a ponderação e compatibilização dos mesmos, por forma a não sacrificar excessivamente qualquer um desses direitos e interesses constitucionalmente protegidos, tentando obter, como se considera que sucedeu aqui, algum grau de equilíbrio entre esses interesses muitas vezes não totalmente compagináveis.

V. Conclusão

A CRP, como resulta do já exposto, dedica uma grande atenção à cultura e à proteção do património cultural, mas a verdade é que são muito poucos os arestos da jurisdição constitucional relativos a esta área, tal como sucede noutras jurisdições, como, paradigmaticamente, a penal (apesar de sabermos que são múltiplos os atentados a bens culturais classificados, alguns dos quais, aliás, da responsabilidade das entidades públicas que mais deveriam cuidar dos mesmos).

Essa escassa produção jurisprudencial é, infelizmente, sintomática de alguma falta de relevância e importância prática da tutela do património cultural, que fica muitas vezes no domínio das boas intenções, em particular quando estão em causa bens privados ou bens que atingiram um maior grau de degradação ou cuja requalificação implica um maior esforço para o erário público.

De todo o modo, cumpre destacar que não é propriamente no âmbito constitucional que estão os principais escolhos e obstáculos à proteção do património cultural, dado que o Tribunal Constitucional se assume, entre nós, como um “tribunal de normas”¹²¹ e não propriamente como uma instituição/tribunal que tenha como função, em primeira linha, assegurar a tutela, conservação e fruição dos bens culturais ou prevenir e punir a sua danificação ou destruição.

Apesar disso, é importante notar que o Acórdão do TC n.º 115/2021 corresponde, a nosso ver, a uma correta intervenção jurisprudencial, interpretando e aplicando de forma adequada a Constituição Cultural Portuguesa por forma a permitir – compatibilizando-a com o direito de propriedade de que são titulares os seus senhores – a proteção destas “lojas com história”, que assumem verdadeiramente a natureza de bens culturais especialmente relevantes entre nós¹²², contribuindo, desta forma, para a (desejável) qualificação do Estado Português como um verdadeiro Estado de Cultura.

¹²¹ Assim, por todos, o Acórdão do TC n.º 531/2023, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230531.html>, em que se alude às “funções constitucionalmente cometidas a este Tribunal, como um ‘tribunal de normas’ e não como uma espécie de ‘tribunal comum de último recurso’”.

¹²² Bastando pensar nalgumas das lojas com maior tradição histórica entre nós, que passaram a ser referências culturais em todo o país e até lexicais (havendo várias designações comerciais dessas lojas que passaram até a designar genericamente esse tipo de lojas, numa espécie de antonomásia) e do próprio interesse turístico que têm, assumindo-se como verdadeiros ícones até fora de Portugal, o que justifica plenamente que as regras aplicáveis às mesmas possam não ser iguais às de qualquer loja mais comum ou sem esse peso e lastro histórico e cultural.

Algumas Reflexões sobre o Alcance da Indemnização pelo Sacrifício – Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 83/2022

Hong Cheng Leong

*Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
Investigador Integrado Assistente do Lisbon Public Law Research Centre;
Consultor Jurídico
hcl@fd.ulisboa.pt*

Resumo: No presente texto, analisámos o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 83/2022 (processo n.º 492/2019), cujo objeto de apreciação incide sobre as diversas normas, constantes do Decreto-Lei n.º 54/2016, de 25 de agosto e de dois atos ministeriais relacionados, que regulam e restringem a indemnização pelos danos causados pelo lobo-ibérico ao produtor pecuário. Em particular, procurámos refletir sobre as posições trilhadas pelo Tribunal Constitucional neste aresto quanto aos requisitos de “nexo de causalidade” e de “anormalidade do dano” da «indemnização pelo sacrifício», bem como sobre a relação desta figura com o «auxílio de estado».

Abstract: This article aims to analyse the Ruling of the Portuguese Constitutional Court no. 82/2022 (process no. 492/2012), which scrutinized a set of norms, enshrined in the Decree-Law no. 54/2016, of 25 August, and in two related ministerial acts, that regulate and limit the scope of compensation for the damage caused by the Iberian wolf to livestock farmers. In particular, this article seeks to reflect upon the positions taken by the Court in the matters of “causation” and “abnormality of damage” regarding the award of a “compensation for losses sustained”, as well as the relation between this kind of compensation and «State aid».

Palavras-chave: indemnização pelo sacrifício; nexo de causalidade; anormalidade do dano; auxílio de estado; lobo ibérico.

Keywords: compensation for losses sustained; causation; abnormality of damage; State aid; Iberian wolf.

I. Introdução

1. O acórdão do Tribunal Constituição em apreço (doravante, Acórdão), objeto do presente comentário, foi proferido no âmbito de um processo de fiscalização abstrata da constitucionalidade e da legalidade, instaurado pela Procuradora-Geral da República, nos termos da alínea e) do n.º 2 do artigo 281.º da Constituição. Em concreto, este processo tem como objeto a apreciação da constitucionalidade e da legalidade das seguintes normas que regulam a matéria respeitante à indemnização dos danos causados pelo lobo-ibérico em bovinos, caprinos, ovinos, equinos, asininos e seus cruzamentos, cães de proteção de rebanho e cães de condução de rebanho:

- i) O artigo 10.º, n.ºs 1 a 5, o artigo 11.º, n.º 1, alínea a), e o artigo 17.º, n.ºs 1 a 4, do Decreto-Lei n.º 54/2016, de 25 de agosto;
- ii) A Portaria n.º 335/2017, de 6 de novembro, dos Ministros do Ambiente e da Agricultura, Florestas e Desenvolvimento Rural; e
- iii) O Despacho n.º 9728/2017, de 8 de novembro, dos Ministros do Ambiente e da Agricultura, Florestas e Desenvolvimento Rural.

A Procuradora-Geral da República invocou vários vícios de inconstitucionalidade e legalidade que, na sua perspetiva, contaminam as normas suprarreferidas, a saber:

- i) Violação do artigo 112.º, n.º 5, e do artigo 198.º, n.º 1, alíneas a) e c), da Constituição, pelas normas legais constantes do Decreto-Lei n.º 54/2016 que remetem, para o plano administrativo-regulamentar, a regulação da matéria respeitante à indemnização dos danos causados pela predação do lobo-ibérico.

[Segundo o entendimento da Procuradora-Geral da República, estas normas remissivas infringiram a “reserva de ato legislativo”, mormente tendo em conta que, *por um lado*, o Decreto-Lei n.º 54/2016 consubstancia um decreto-lei de desenvolvimento da Lei n.º 90/88, de 13 de agosto, que se (auto)qualifica como uma “lei de bases” (ainda que não esteja em causa uma matéria reservada à Assembleia da República); e que, *por outro lado*, resulta das citadas normas constitucionais a “reserva para o Governo a competência para, no exercício de funções legislativas e através de decreto-lei, desenvolver os

princípios ou bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevam”¹. Este vício de inconstitucionalidade imputado às referidas normas do Decreto-Lei n.º 54/2016 contamina, por seu turno a Portaria n.º 335/2017 e o Despacho n.º 9728/2017];

- ii) Violação dos artigos 2.º, 13.º, 22.º e 62.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição, pelas referidas normas do Decreto-Lei n.º 54/2016 que, em conjugação com o a Portaria n.º 335/2017 e o Despacho n.º 9728/2017, restringem o direito do produtor dos animais à indemnização dos danos causados pela predação do lobo-ibérico.

[A propósito da compreensão dos argumentos invocados pela Procuradora-Geral da República para fundamentar este vício de inconstitucionalidade, afigura-se proveitoso o resumo constante do ponto 2.8 do Acórdão:

“Entende a requerente, em suma, que o regime do Decreto-Lei n.º 54/2016, de 25 de agosto, impõe sobre os produtores dedicados à atividade pecuária encargos e limitações suscetíveis pela sua magnitude de serem caracterizados como uma “expropriação de sacrifício” do seu direito de propriedade e, como tal, enquadráveis no regime especial do artigo 62.º, n.º 2, da CRP, nomeadamente no que respeita à exigência de uma justa indemnização. As normas impugnadas não seriam compatíveis com tais exigências, porquanto configurariam a obrigação de indemnização como eventual, estabeleceriam um limite máximo para o seu valor, bem como a sua redução progressiva, e em certos casos chegariam mesmo a excluí-la (cfr. itens 74.º e seguintes do requerimento).

Subsidiariamente, e na eventualidade de o Tribunal não reconhecer a figura da “expropriação de sacrifício”, sustenta a requerente que, in casu, se imporia ao menos o pagamento de uma “indemnização pelo sacrifício”, uma vez que se verificariam os pressupostos da especialidade e anormalidade dos prejuízos causados, pressupostos estabelecidos no artigo 16.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (doravante RRCEE – Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro), extraíveis em última instância do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, com dignidade constitucional (cfr., neste contexto, os artigos 2.º, 13.º, n.º 1, e 22.º da CRP). As normas impugnadas, devido às limitações supraassinaladas, não garantiriam sequer o pagamento de uma indemnização correspondente àquela que seria devida nos termos do artigo

¹ Cfr. o requerimento da Procuradora-Geral da República, *apud* o ponto 6.2 do Acórdão.

- 16.º do RRCEE. Segundo a requerente, todos os danos especiais e anormais deveriam ser ressarcidos (cfr. itens 116.º e seguintes do requerimento)”; e
- iii) Violação do artigo 6.º da Lei n.º 90/88, pelas mesmas normas do Decreto-Lei n.º 54/2016 que restringem o direito produtor dos animais à indemnização dos danos causados pela predação do lobo-ibérico.

[De acordo com a posição sufragada pela Procuradora-Geral da República, a Lei n.º 90/88 constitui uma lei de bases, consubstanciando, por isso, um parâmetro normativo do Decreto-Lei n.º 54/2016 (que se assume como um decreto-lei de desenvolvido da primeira). Neste quadro, uma vez que o artigo 6.º da Lei n.º 90/88 não consagrou qualquer possibilidade de restrição da indemnização dos danos causados pela predação do lobo-ibérico, as normas do Decreto-Lei n.º 54/2016 em questão padecem de ilegalidade por violação de lei com valor reforçado].

A posição de inconstitucionalidade e ilegalidade advogada pela Procuradora-Geral da República, porém, não foi acolhida pelo Tribunal Constitucional, que decidiu pela não declaração de inconstitucionalidade, nem de ilegalidade, das normas objeto de fiscalização. No entanto, não se trata de uma decisão aprovada por unanimidade.

Por um lado, existem dois votos (parcialmente) vencidos que consideram indevido o conhecimento da questão sobre a conformidade das normas do Decreto-Lei n.º 54/2016 com a Lei n.º 90/88, entendendo que, como a matéria em discussão não integra a reserva de competência legislativa da Assembleia da República, a Lei n.º 90/88 não deve ser considerada como uma lei com valor reforçado, mesmo que se auto-qualifique como uma lei de bases.

Por outro lado, também não houve consenso entre os Juízes Conselheiros quanto à questão sobre a (des)conformidade das normas (objeto de fiscalização) com os artigos 2.º, 13.º, 22.º e 62.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição. Em particular, atesta-se o entendimento discordante do Juiz Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro, com declaração de voto vencido, que pugna pela inconstitucionalidade material do n.º 1 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 54/2016, por violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos.

2. Considerando a multiplicidade de questões levantadas e discutidas no Acórdão, é impossível a sua abordagem exaustiva e desenvolvida no

presente comentário. Nestes termos, optámos por centrar a nossa reflexão particularmente numa problemática que nos suscita mais dúvidas, a qual se prende com a *argumentação* trilhada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão para defender a não desconformidade das normas do Decreto-Lei n.º 54/2016 que restringem o direito do produtor pecuário à indemnização dos danos causados pela predação do lobo-ibérico, com o princípio da igualdade (na repartição dos encargos públicos) consagrado nos artigos 2.º e 13.º, n.º 1, da Constituição.

II. Reflexões sobre a *ratio decidendi* do Acórdão quanto à não violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos pelas normas do Decreto-Lei n.º 54/2016 objeto de fiscalização

3. Conforme referido, o Tribunal Constitucional considera que as normas do Decreto-Lei n.º 54/2016 objeto de fiscalização não infringiram o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos. A propósito da fundamentação da decisão de não inconstitucionalidade, foram invocados, a título principal, três argumentos:

- a) Não existe qualquer *nexo de causalidade* entre os danos causados pelo lobo-ibérico (em bovinos, caprinos, ovinos, equinos, asininos e seus cruzamentos, cães de proteção de rebanho e cães de condução de rebanho as medidas legais) e as medidas legais impostas pelo Estado que proíbem, entre outras, a captura e o abate do lobo-ibérico. Com efeito, o Tribunal Constitucional entende que “[o]s danos sofridos são causados pelo lobo-ibérico [...] Trata-se de um acontecimento do mundo natural, resultante de uma relação de convívio próximo entre a exploração pecuária e animais selvagens, da qual a conduta de proibição por parte do Estado – constitucionalmente obrigado a proteger o ambiente e a natureza (artigo 66.º, n.º 1, e n.º 2, alínea c), da CRP) – não constitui causa, a qualquer das luzes a que se possa encarar a causalidade”².

Por conseguinte, a “indemnização” prevista na Lei n.º 88/90 e regulada (*rectius*, limitada) pelo Decreto-Lei n.º 54/2016 (em conjugação com a Portaria n.º 335/2017 e o Despacho n.º 9728/2017) não pode ser qualificada como uma «indemnização pelo sacrifício» que, no plano constitucional, configura um instituto concretizador do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos. Por outras palavras, não podendo os produtores pecuários ter direito à «indemnização

² Cfr. o ponto 2.16.1 do Acórdão.

pelo sacrifício» – em virtude da falta do nexo causal entre a conduta do Estado e os danos resultantes da predação do lobo-ibérico –, o Tribunal Constitucional entende que a limitação da “indemnização” prevista nas normas legais em questão não constitui um problema do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos;

- b) Aliás, o Tribunal Constitucional defende que, mesmo que se verificasse o requisito de nexo causal, continuaria a não haver qualquer violação dos artigos 2.º e 13.º da Constituição. A razão é que, na perspetiva do Tribunal Constitucional, sendo certo que “[l]igando-se os requisitos da especialidade e anormalidade do dano [...] às exigências do princípio da igualdade – conjugado, explícita ou implicitamente, com o princípio da proporcionalidade [...] –, é de concluir que também no plano constitucional a verificação de tais requisitos constitui pressuposto da obrigação de o Estado indemnizar os particulares pelos sacrifícios que lhes imponha lícitamente”³, os danos resultantes da predação do lobo-ibérico para os produtores pecuários não têm natureza anormal;
- c) Além do mais, o Tribunal Constitucional observou no Acórdão que o n.º 1 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 54/2016 remete expressamente, a propósito da limitação do âmbito de indemnizabilidade dos danos causados pela predação do lobo-ibérico, para o Regulamento (UE) n.º 1408/2013 da Comissão Europeia, que estabelece as condições relativas à atribuição de auxílios de *minimis* no setor agrícola. Nestes termos, e em conjugação com os argumentos tecidos *supra* que afastam a aplicabilidade do instituto da “indemnização pelo sacrifício”⁴, o Tribunal Constitucional concluiu que o legislador do Decreto-Lei n.º 54/2016 enquadrrou, de forma legítima e não arbitrária, a “indemnização” prevista nas normas *sub iudice* no instituto do “auxílio de estado” do Direito da União Europeia, cuja atribuição (ou não) pelo Estado não se traduz numa problemática tocante ao princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos.

³ Cfr. o ponto 2.11 do Acórdão.

⁴ Utilizando as próprias palavras do Tribunal Constitucional no Acórdão: “O afastamento da responsabilidade civil enquanto instituto jurídico que rege as relações entre o Estado e os produtores pecuários retira grande parte dos fundamentos em que a requerente assenta a (invocada) obrigação de indemnização integral. Se não pode estabelecer-se um nexo de causalidade entre as proibições do Estado e o resultado danoso (item 2.16.1.), o mecanismo de compensação terá de buscar-se em outra sede. Acresce que, não se verificando as condições de que depende a indemnização pelo sacrifício (item 2.16.2.), afastada fica uma obrigação de indemnizar constitucionalmente fundada, visto que, se nem aquelas condições se verificam, dificilmente se encontrará um fundamento para indemnizar na Constituição (cfr. itens 2.10. a 2.12.)”.

4. Não discordamos da decisão em si que considera as normas do Decreto-Lei n.º 54/2016 em apreço não incompatíveis com o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos. Contudo, já não concordamos inteiramente com a *ratio decidendi* subjacente:

Em primeiro lugar, não se afigura correto o entendimento do Tribunal Constitucional quanto à falta do nexo causal entre os danos causados pelo lobo-ibérico aos produtores pecuários e as medidas legais impostas pelo Estado que proíbem, entre outras, a captura e o abate do lobo-ibérico.

Em segundo lugar, ainda que concordemos com a conclusão pela natureza não anormal dos danos objeto de análise, o juízo de (a)normalidade do dano realizado pelo Tribunal Constitucional no Acórdão não parece totalmente consistente face à abordagem trilhada que fundamenta o requisito de “anormalidade do dano” diretamente no princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos.

Por fim, embora o Tribunal Constitucional tenha justificado, de forma clara, o enquadramento da indemnização dos danos causados pelo lobo-ibérico no “auxílio de estado”, deixou aberta a problematização acerca da importância deste prisma de «auxílios estatais» na matéria do «dever de compensar ou indemnizar do Estado».

Isto dito, explicaremos nos pontos subsequentes este nosso entendimento divergente (não propriamente quanto à decisão, mas quanto à respetiva *ratio decidendi*).

III. O nexo de causalidade na «indemnização pelo sacrifício» e a sua verificação no caso *sub iudice*

5. Segundo a posição trilhada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão, o instituto da «indemnização pelo sacrifício» encontra o respetivo respaldo jurídico-constitucional no princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, plasmado nos artigos 2.º e 13.º da Constituição⁵.

⁵ Para mais desenvolvimentos sobre o fundamento constitucional da indemnização pelo sacrifício (que não configura uma matéria com consenso doutrinário), v. *inter alia*, J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 4.ª edição revista, 2007, pp. 431-432; RUI MEDEIROS, Lisboa, “Artigo 22.º”, in Jorge Miranda / Rui Medeiros (orgs.), *Constituição Portuguesa Anotada – I*, 2.ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, pp. 475-476; CARLOS CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 360-361; FERNANDO ALVES CORREIA, “A indemnização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 143 (n.º 3966) (2011), pp. 143 ss.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 352-353; PEDRO MACHETE, “Artigo 16.º – Indemnização pelo sacrifício”, in Rui Medeiros (org.), *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil*

Estando em causa um instituto ou garantia constitucional com fundamento (meramente) no plano principiológico e não no próprio texto constitucional – ao contrário da «justa indemnização pela expropriação», prevista no artigo 62.º, n.º 2, da Constituição –, o Tribunal Constitucional afirmou que “quanto ao âmbito de tal proteção, aos pressupostos da indemnização respetiva e ao critério de cálculo do seu montante são poucos os pontos de apoio que, com inteira segurança, podemos retirar do texto constitucional”⁶; sem prejuízo, considera como inquestionável – assumidamente, no plano jurídico-constitucional – que “[a] ocorrência de prejuízos com determinadas características não basta para concluir pelo direito a uma indemnização pelo sacrifício. É ainda necessário que se verifique um nexo de causalidade entre tais prejuízos e as medidas lícitas impostas pelo Estado”⁷. Ou seja, o Tribunal Constitucional entende que, mesmo que o texto constitucional não fixe os requisitos da «indemnização pelo sacrifício», a imposição ao Estado (e as demais pessoas coletivas de direito público) de uma obrigação de indemnização com base neste instituto sempre exige, *no plano jurídico-constitucional*, a verificação de um nexo causal que permita imputar o “sacrifício” em questão a uma medida prescrita (licitamente) pelo Estado.

Quanto ao critério do qual depende a verificação deste pressuposto de nexo de causalidade, o Tribunal Constitucional refere que está em causa uma matéria cuja regulação se encontra sujeita a uma margem significativa de liberdade de conformação do legislador ordinário. Neste quadro, “[s]ubsistindo um grau significativo de indefinição quanto à delimitação exata das exigências relativas ao nexo de causalidade no plano do direito ordinário, maior maleabilidade ainda haverá no âmbito da densificação do princípio constitucional da igualdade perante a repartição dos encargos públicos”⁸. Por conseguinte, o Tribunal não adotou qualquer posição perentória quanto ao critério que, *por*

imposição jurídico-constitucional, deveria ser utilizado para o efeito da aferição do nexo de causalidade enquanto pressuposto da «indemnização pelo sacrifício». Não obstante, é curioso notar que o Tribunal Constitucional não deixou de considerar que, “porventura, se possa dizer que aquela [i.e., a teoria da causalidade adequada] constitui genericamente, ou *prima facie*, uma exigência mínima no plano causal. Até porque este requisito se sobrepõe parcialmente, afinal, àquele que, no plano do direito ordinário, se qualifica como de anormalidade do dano – em princípio, não ultrapassarão os custos próprios da vida em sociedade aqueles danos demasiado longínquos e/ou improváveis”⁹. Ou seja, parece-nos que, apesar de ter afirmado, a montante, que a Constituição não consagrou parâmetros (nem vinculativos nem preferenciais) na matéria do nexo causal, o Tribunal Constitucional acabou por “privilegiar” a teoria da causalidade adequada, mormente com base no argumento da sua “sobreposição parcial” com o requisito de anormalidade do dano (que, conforme defendido, decorre diretamente do princípio constitucional da igualdade na repartição dos encargos públicos)¹⁰.

Em todo o caso, e conforme mencionado anteriormente, o Tribunal Constitucional advoga no Acórdão que, qualquer que seja a teoria a adotar para o efeito da análise da questão de causalidade, sempre se deve concluir que não se verifica qualquer nexo causal entre as medidas que proíbem a captura e o abate do lobo-ibérico e os danos causados aos produtores pecuários pela predação desta espécie de animais protegida. Na perspetiva do Tribunal, a causa dos danos sofridos pelos produtores pecuários não reside naquelas medidas proibitivas impostas pelo Estado, mas sim no próprio lobo-ibérico “que, em busca de presas, ataca bovinos, caprinos, ovinos, equinos, asininos e seus cruzamentos, cães de proteção de rebanho e cães de condução de rebanho”¹¹.

6. Concordamos com o entendimento do Tribunal Constitucional de que não consta do texto constitucional qualquer disposição que assuma a função de parametrizar, de modo rigoroso, a forma de modelação dos pressupostos da «indemnização pelo sacrifício», traduzindo, antes, uma matéria que cabe ao legislador ordinário, no âmbito do exercício da respetiva liberdade de conformação. Estamos também de acordo com a observação de

Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 425-459; MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral – III*, reimpressão da 2.ª edição de 2009, Alfragide: Dom Quixote, 2016, pp. 520-523; CARLA AMADO GOMES, “A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas de jurisprudência”, in *Novos Estudos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas – por Facto da Função Administrativa*, Lisboa: AAFDL Editora, 2019, pp. 34-46; MAFALDA CARMONA, “Fundamento constitucional da indemnização pelo sacrifício (a propósito de servidões *non edificandi*)”, in *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, E-Book CEJ*, Lisboa: CEJ, 2020, pp. 9-45; JAIME VALLE, “Artigo 16.º”, in Carla Amado Gomes / Ricardo Pedro / Tiago Serrão (coord.), *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência*, Lisboa: 3.ª edição, AAFDL Editora, 2022, pp. 946-948; CARLA AMADO GOMES / RICARDO PEDRO, *Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual Administrativa: Questões Essenciais*, Lisboa: AAFDL Editora, 2022, pp. 25-30 e p. 97.

⁶ Cfr. o ponto 2.10 do Acórdão.

⁷ Cfr. o ponto 2.12 do Acórdão.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Citando a seguinte expressão lapidar constante do Acórdão: “[a]final, é apenas na medida em que os danos sejam especiais e anormais que o princípio da igualdade pode ser afetado” (cfr. o ponto 2.10).

¹¹ Cfr. o ponto 2.16.1 do Acórdão.

que, apesar dessa vaguidade do texto constitucional, se deve entender que o nexo de causalidade configura um requisito imprescindível, no plano jurídico-constitucional, para a fundamentação de uma pretensão compensatória enquadrada no instituto da «indenização pelo sacrifício». É verdade que o Tribunal Constitucional não chegou a fundamentar explicitamente esta “dignidade constitucional” do pressuposto do nexo de causalidade. Não obstante, julgamos que tal deve decorrer do sentido normativo do próprio princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, que constitui o alicerce jurídico-constitucional da «indenização pelo sacrifício». Com efeito, segundo as explicações da doutrina e da jurisprudência:

- Este princípio é “o princípio-base, que está na raiz de todas as imposições constitucionais de ressarcimento de prejuízos sofridos pelos particulares por força de uma actividade no interesse público”¹² (sublinhado adicionado);
- “O seu sentido tendencial é o seguinte: (1) os encargos (impostos, restrições ao direito de propriedade) devem ser repartidos de forma igual pelos cidadãos; (2) no caso de existir um sacrifício especial de um indivíduo ou grupo de indivíduos justificado por razões de interesse público, deverá reconhecer-se uma indemnização ou compensação aos indivíduos particularmente sacrificados”¹³ (sublinhado adicionado);
- Este princípio “inclui o dever de reparação de danos produzidos na esfera jurídica dos cidadãos por intervenções unilaterais das entidades públicas” (sublinhado adicionado)¹⁴.

Ora, como se observa, a premissa de discussão tocante à observância da “dimensão compensatória” do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos consiste, pacificamente, na verificação de uma *relação imputacional* entre os encargos ou sacrifícios sofridos por um indivíduo (ou um grupo de indivíduos) e uma medida de ingerência praticada unilateralmente pela entidade pública competente em nome do interesse público. Com efeito, se o surgimento de tais encargos ou sacrifícios não for imputável à medida autoritária em questão, torna-se desprovido de sentido o levantamento do tema de (des)igualdade na repartição dos encargos público a este propósito: a desigualdade invocada, mesmo que se verifique, não residiria naquela medida pública.

¹² Cfr. o Acórdão n.º 525/2011 (processo n.º 526/10) do Tribunal Constitucional.

¹³ Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, reimpressão da 7.ª edição, Coimbra: Almedina, 2013, p. 431.

¹⁴ Cfr. CARLOS CADILHA, *Regime... op. cit.*, pp. 360-361.

À luz do exposto, corroboramos assim o entendimento de que o nexo de causalidade – *rectius*, o nexo de imputação objetiva – constitui um pressuposto, *com valor jurídico-constitucional*, da «indenização pelo sacrifício».

Todavia, já não concordamos com (i) a posição do Tribunal Constitucional adotada no Acórdão acerca do modo de aferição do nexo de causalidade na «indenização pelo sacrifício», particularmente no que respeita à parte da *ratio decidendi* que advoga (ainda que não de modo perentório) que a teoria da causalidade adequada configura “*genericamente, ou prima facie, uma exigência mínima no plano causal*”, com fundamento (aparentemente) na tese de que existe uma certa “sobreposição parcial” entre o nexo de causalidade e o requisito de anormalidade do dano; nem com (ii) a conclusão pela falta do nexo causal entre as medidas que proíbem a captura e o abate do lobo-ibérico e os danos causados aos produtores pecuários pela predação desta espécie de animais protegida.

7. A propósito da explicação fundamentada do nosso primeiro ponto de discordância, cabe referir, antes de tudo, que o Tribunal Constitucional não explicitou no Acórdão a *ratio* subjacente à tese que pugna pela existência de “sobreposição parcial” entre o nexo de causalidade (entendido à luz da teoria da causalidade adequada) e o requisito de anormalidade do dano. Sem prejuízo, afigura-se-nos racional entender que esta tese se prende, essencialmente, com a qualificação pelo Tribunal de “danos demasiado longínquos e/ou improváveis” como “danos não anormais”. Efetivamente, se a abordagem doutrinária mais comum da “adequação causal” está baseada no juízo de probabilidade objetiva¹⁵, então, essa tese de aferição da (não) anormalidade de danos com base na natureza (im)provável da sua verificação permite(ria) constatar, *prima facie*, a existência de uma certa «coincidência criteriológica» entre estes dois pressupostos da «indenização pelo sacrifício».

Salvo melhor opinião, esta “tese de sobreposição parcial” não é correta: para além de se revelar (parcialmente) incoerente com a linha argumentativa do Acórdão que sempre analisou, *de modo separado*, os requisitos de nexo de causalidade e de anormalidade do dano, esta tese padece do vício de

¹⁵ No entanto, cumpre destacar, a este propósito, que o critério probabilístico não constitui a única formulação possível da teoria da causalidade adequada, sobretudo considerando que está em causa uma matéria sem regulação desenvolvida no plano legislativo (nem no direito civil, nem no direito administrativo). Para mais desenvolvimentos sobre a falta de uniformidade criteriológica na aplicação da teoria da causalidade adequada, v. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação – Contributo para a Compreensão da Natureza Binária e Personalística do Requisito Causal ao Nível da Responsabilidade Civil Extracontratual*, Cascais: Principia, 2013, pp. 101-115, *maxime* notas 195-197.

confusão indevida destes dois requisitos da «indenização pelo sacrifício» quanto ao respetivo objeto de análise.

Com efeito, o nexó de causalidade visa aferir a idoneidade do comportamento do lesante (*i.e.*, no caso da «indenização pelo sacrifício»), a medida de intervenção autoritária por razões de interesse público) na produção do dano alegado pelo lesado (*i.e.*, no caso da «indenização pelo sacrifício»), os encargos ou sacrifícios verificados na esfera jurídica dos particulares). À luz da teoria da causalidade adequada, a “idoneidade” equipara-se à “adequação”, de modo que “[a] *questão que passa a orientar o jurista é – numa formulação positiva – a de saber se é normal e adequado (provável) que aquele tipo de comportamento gere aquele tipo de dano; ou – numa formulação negativa – a de saber se é de todo indiferente para a produção de um dano daquele tipo um comportamento como o do lesante*”¹⁶. Esta análise de “adequação causal” traduz-se num juízo (necessariamente) *ex ante*¹⁷ que, em termos sucintos, procura indagar se um observador normal/imparcial, colocando-se retrospectivamente no momento passado da prática do comportamento (lesivo) pelo lesante, consegue prever, de acordo com a experiência geral, que seja provável este comportamento provocar o dano verificado¹⁸.

Ao invés, o juízo de anormalidade do dano visa indagar se o encargo ou sacrifício verificado ultrapassou os custos próprios da vida em sociedade. Assim, “[a] *compensação do cidadão ocorre, portanto, numa encruzilhada de circunstâncias que qualificam a situação como intolerável à luz de critério de justiça (dar a cada um o que é seu) na medida da diferenciação que lhe foi (desigualitariamente) imposta em prol do bem comum*”¹⁹. Nestes termos, nota-se que o juízo de anormalidade *per se* não se traduz em qualquer juízo *ex ante* que procura aferir a idoneidade de uma medida autoritária para causar os sacrifícios ou encargos em questão; pelo contrário, pressupõe a realização de

um juízo *ex post* que visa aferir a “tolerabilidade (num Estado Social)” das diferenças entre a situação do(s) sujeito(s) que se obriga(m) a suportar (a montante) os sacrifícios ou encargos e a situação dos restantes membros da “comunidade socioeconómica” a que este(s) sujeito(s) pertence(m). Nestes termos, demonstra-se que o requisito de anormalidade de danos e o de nexó causal (mesmo que este último seja compreendido à luz da teoria da causalidade adequada) têm “focos de análise” diferentes, não existindo qualquer sobreposição.

Aliás, a diferenciação entre os dois requisitos em apreço através do prisma de “juízo *ex ante* versus juízo *ex post*” conduz, logicamente, à conclusão de que a análise do nexó causal precede a da anormalidade do dano. Ou seja, só se justifica a aplicação do crivo de “anormalidade” aos danos que, *a montante*, se revelam objetivamente imputáveis à medida de intervenção autoritária em questão. Por conseguinte, numa perspetiva metodológica “cronologicamente” orientada, também não se verifica a “sobreposição parcial” defendida no Acórdão.

Acresce que, se se pretender adotar rigorosamente o critério de probabilidade objetiva a propósito da análise do nexó causal e da anormalidade de danos, nota-se que a qualificação de um dano como “improvável” leva a *conclusões opostas* no que respeita ao preenchimento de cada um destes dois requisitos. Com efeito, *no plano de indagação causal*, a adoção da teoria da causalidade adequada deve conduzir à negação da relação causal entre este “dano improvável” e o “comportamento do lesante” em questão. Já *no plano de análise de anormalidade do dano*, a conclusão pela natureza improvável (ou pouco previsível) de um dano pressupõe, racionalmente, que se está perante um prejuízo com que um indivíduo, segundo a experiência geral e numa situação de normalidade, não poderia (ou não teria de) contar; ora, isto não pode deixar de determinar (ou, pelo menos, constituir um indício forte de) a natureza anormal do dano.

À luz do exposto, constata-se assim que não existe sobreposição entre o requisito de anormalidade do dano e o de nexó causal (mesmo que este último seja compreendido à luz da teoria da causalidade adequada). Esta conclusão, por seu turno, torna desprovida de fundamento a posição (aparentemente trilhada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão) que procura “emprestar” à teoria da causalidade adequada a “dignidade constitucional” do requisito de anormalidade do dano, através da ligação (indevida) da primeira à última.

¹⁶ Cfr. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, 1.ª edição, Cascais: Principia, 2017, pp. 260-261.

¹⁷ Nas palavras de MARIA DE LURDES PEREIRA, *Direito da Responsabilidade Civil. A Obrigação de Indemnizar*, Lisboa: AAFDL Editora / Imprensa FDUL, 2021, p. 282, “a doutrina da adequação supõe necessariamente um juízo *ex ante*, ou seja, exige que a adequação seja decidida de acordo com uma prognose relativa à possibilidade de o facto responsabilizante causar o tipo de dano que veio a ocorrer e que era possível fazer no momento da ocorrência do facto, abstraindo-se, pois, de eventuais circunstâncias extraordinárias ou improváveis posteriores. Numa visão *ex post*, o facto seria sempre adequado para causar o efeito que efetivamente provocou. Se se atender ao curso que as coisas tomaram na realidade, tudo se torna previsível ou provável, podendo falar-se num enviesamento do juízo retrospectivo”.

¹⁸ A este propósito, cumpre recordar a referida “falta de uniformidade criteriológica” da teoria da causalidade adequada, que se atesta também em relação ao modo de formulação do mencionado padrão de “observador normal ou imparcial”.

¹⁹ Cfr. CARLA AMADO GOMES, “A compensação...” *op. cit.*, p. 53.

8. Em complemento, importa salientar que, em nosso entender, a teoria da causalidade adequada, para além de não ser uma construção dogmática “privilegiada” no plano constitucional, não configura a abordagem mais pertinente do tema do nexo de causalidade (neste caso, enquanto pressuposto da «indenização pelo sacrifício»), sobretudo do ponto de vista da garantia da estrita observância dos parâmetros normativos constitucionais aplicáveis. Em particular, afigura-se que o *modus operandi* da teoria da causalidade adequada não está dotado da objetividade suficiente para garantir a sua plena harmonia com a exigência de proibição de arbitrariedade decorrente do princípio da igualdade²⁰. Com efeito, é de notar que, dentro da miríade de críticas que a doutrina (tanto de direito civil, como de direito público²¹) tem dirigida à teoria da causalidade adequada, uma parte significativa destes argumentos opositores se prende com (i) a falta de uniformidade criteriológica no que respeita aos termos de problematização e de resolução da questão de “adequação causal”²², (ii) a natureza relativista da noção de probabilidade objetiva (usualmente) utilizada como “critério de adequação”, bem como (iii) a consequente maleabilidade operacional excessiva na fundamentação de uma decisão ou solução respeitante ao nexo de causalidade. Ora, é evidente que uma construção dogmática com este nível (avultado) de fluidez concetual e operacional não é capaz (ou, pelo menos, não é apto) de resguardar a igualdade de tratamento dos cidadãos (*in casu*, perante as intervenções lícitas adotadas pelos poderes públicos)^{23/24}, sendo

²⁰ Utilizando as palavras do Supremo Tribunal Administrativo no Acórdão de 11.10.2017 (processo n.º 01029/15), “[...] o princípio da igualdade [consiste] numa proibição da arbitrariedade e constitu[i] um limite externo de liberdade ao poder de conformação de decisão dos poderes públicos”.

²¹ Para mais desenvolvimentos, remete-se, *inter alia*, para: MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do Nexo... op. cit.*, *passim*, maxime pp. 94-130; HONG CHENG LEONG, *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, Lisboa: AAFDL Editora, 2022, pp. 21-34, e as listas de bibliografias ali citadas.

²² A este propósito, não podemos deixar de citar a seguinte frase lapidar da doutrina anglo-saxónica: “the harm or intervening factor could always be made to appear ‘foreseeable’ if described in one way, and not ‘foreseeable’ if described in another, and there seemed to be no authoritative guide as to the manner in which the facts were to be described”, H.L.A. HART / TONY HONORÉ, *Causation in the Law*, Oxford: Oxford University Press, 2002 (reimpressão), p. 98.

²³ Noutra abordagem, v. HONG CHENG LEONG, *O Nexo... op. cit.*, p. 27: “[s]em dúvida, não podemos dizer que o juízo a realizar pelo tribunal na operação da teoria da causalidade adequada careça totalmente de qualquer momento objetivo. É verdade que este momento subsiste; só que, em virtude da referida falta de critérios consistentes e uniformes que parametrizem e controlem a aplicação da teoria da causalidade adequada, o “filtro objetivo” aqui disponível dificilmente passará da mera “consciência de justiça” do juiz – algo muito vago, amiúde aleatório, que não consegue “intersubjetivar” suficientemente a subjetividade decisória inerente à realização judicativa do direito”.

²⁴ Na verdade, logo nos anos 70 do século passado, Pierre Vialle, através do *Arrêt Montreer*, demonstrou como a fluidez perturbante da ideia de “causa adequada” levou a que o *Conseil d’État* e o Tribunal

certo que este defeito da teoria da causalidade adequada não pode deixar de ganhar relevo negativo acentuado nas matérias, como a «indenização pelo sacrifício», cujo fundamento constitucional reside imediatamente no princípio da igualdade.

Além do mais, é relevante recordar que uma das formulações mais comuns da teoria da causalidade adequada consiste em indagar se um observador normal/imparcial, colocando-se retrospectivamente no momento passado da prática do comportamento (lesivo) pelo lesante, consegue prever, de acordo com a experiência geral, que seja provável este comportamento provocar o dano verificado. Ora, como a doutrina já teve a oportunidade de alertar, “[e]sse critério de “observador normal”, considerando a sua semelhança com o conhecido padrão de “homem médio”, aproxima substancialmente o problema de nexo causal ao problema de culpa”²⁵. Salvo melhor opinião, esta “confusão” do nexo de causalidade (imputação objetiva) com a culpa (imputação subjetiva), potenciada pela teoria da causalidade adequada, é particularmente inquietante em sede da «indenização pelo sacrifício» que, assumidamente, constitui uma responsabilidade (em sentido amplo) dos poderes públicos por atos *licitos-não-culposos*^{26/27}.

Neste quadro, defendemos que, ainda que seja verdade que a Constituição não manifestou qualquer “preferência” na matéria do nexo

Administrativo de Rennes resolveram, com decisões divergentes, casos com o mesmo quadro de factos, cfr. PIERRE VIALLE, “Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger* 5 (1974), p. 1267.

²⁵ Cfr. HONG CHENG LEONG, *O Nexo... op. cit.*, p. 29. No mesmo sentido, PIERRE VIALLE, *op. cit.*, p. 1280.

²⁶ Como defende PEDRO MACHETE, “Artigo 16.º – Indemnização pelo sacrifício”, *op. cit.*, p. 438, “[a] própria ideia de sacrifício especial induz a deslocar o foco da atenção da intervenção enquanto conduta para a sua incidência na esfera jurídica atingida [...]: não releva a censurabilidade da atuação lesiva própria da responsabilidade por facto ilícito, nem tão-pouco o perigo por ela criado [...]”.

²⁷ Mesmo que não seja uma problemática com relevância direta na presente análise, importa referir que existem posições doutrinárias que não consideram a «indenização pelo sacrifício» como uma modalidade de responsabilidade dos poderes públicos por atos lícitos. Nomeadamente, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 140 (n.º 3969) (2011), p. 354, defende que a «indenização pelo sacrifício» e a «responsabilidade por atos lícitos» são institutos distintos. Para o Senhor Professor, “a indemnização pelo sacrifício resulta da circunstância de um acto do poder público, de carácter geral, ocasionar, indirectamente, prejuízos especiais e anormais”; “[j]á a responsabilidade por acto lícito resulta da adopção de uma medida administrativa lícita (acto ou norma imediatamente operativa), mas que acarreta directamente e intencionalmente a lesão ou a ablação [...] de posições jurídicas subjectivas [...]”. Numa abordagem diferente, MAFALDA CARMONA, “Sobre a autonomia da responsabilidade civil da Administração Pública”, in Carla Amado Gomes / Ricardo Pedro / Tiago Serrão (coord.), *op. cit.*, p. 180, advoga que o âmbito de aplicação da indemnização pelo sacrifício (anormal e especial) não se deve limitar aos atos lícitos: “[a] responsabilidade pelo sacrifício não pressupõe que não haja ilícito culposos; apenas dispensa que se tenha de demonstrar a ilicitude e a culpa (e, por maioria de razão, que se tenha de demonstrar que não há ilicitude) porque o que interessa é que o dano seja especial e anormal”.

de causalidade, a teoria da causalidade adequada, certamente, não é a construção dogmática mais idónea para garantir a estrita observância dos parâmetros constitucionais que regem a «indenização pelo sacrifício», nem para assegurar a coerência com o enquadramento deste instituto na responsabilidade dos poderes públicos por atos lícitos²⁸.

9. Isto dito, tomamos a iniciativa de propor uma abordagem alternativa para a problematização e a resolução do problema do nexo de causalidade na matéria da «indenização pelo sacrifício».

Nota 1): Explicando de forma necessariamente sucinta (considerando o limite de alcance do presente texto), entendemos que a análise deve ser iniciada pela compreensão da medida de intervenção autoritária em causa, mediante uma perspetiva imputacional. O objetivo desta indagação visa edificar, *com base no teor ou estatuição da medida*, o que designamos por “esfera de sacrifícios”, cuja função consiste em delimitar, a montante, o círculo de encargos e sacrifícios (traduzidos na limitação ou restrição lícita de uma posição jurídica subjetiva, ou seja, o chamado «dano-evento», utilizando a terminologia da responsabilidade civil aquiliana) imputáveis à medida pública em questão.

No propósito da edificação positiva desta “esfera de sacrifícios”, a primeira etapa essencial consiste na identificação, *através da interpretação jurídica*, da estatuição desta intervenção pública, procurando delimitar o círculo de sacrifícios ou encargos cuja verificação se encontra assumida *finalisticamente* pela entidade pública que determinou esta medida. Este primeiro círculo, integrando (todos) os *sacrifícios ou encargos intencionados*, forma a “zona nuclear” da “esfera de sacrifícios”.

²⁸ Aliás, é de notar que não faltam vozes doutrinárias nacionais que salientam a insuficiência ou impertinência da teoria da causalidade adequada para resolver o problema do nexo de causalidade na «indenização pelo sacrifício», mesmo que não partilhem a mesma linha argumentativa que defendemos *supra*. A este propósito, não se pode deixar de mencionar os contributos fundamentais de Gomes Canotilho que, logo em 1974, frisou que a teoria da causalidade adequada nem sempre consegue resolver, de modo satisfatório, os problemas de nexo causal na matéria de responsabilidade por atos lícitos: “[u]ma vez porque a questão não pode ser solucionável em sede de causalidade [sob pena de cairmos] na aceitação de uma responsabilidade objectiva geral do Estado [...] Noutros casos passa-se o inverso: a teoria da causalidade adequada leva-nos a negar a existência de um nexo causalístico para certos danos que, razoavelmente, se devem considerar merecedores de tutela reparatória a cargo do Estado”, cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, Coimbra, 1974, pp. 313 ss.. Aderindo a esta tese, PEDRO MACHETE, “Artigo 16.º...”, *op. cit.*, p. 473, também assinalou que a complexidade dos problemas de nexo causal em sede da «indenização pelo sacrifício» pode não ser devidamente contemplada e resolvida pela teoria da causalidade adequada. No mesmo sentido, defendendo que, consoante o caso, a teoria da causalidade adequada pode necessitar, no âmbito da «indenização pelo sacrifício», de uma interpretação restritiva ou de uma recompreensão através de uma perspetiva ampliativa, CARLA AMADO GOMES / RICARDO PEDRO, *op. cit.*, pp. 104-105.

Contudo, a “esfera de sacrifícios” não se limita a esta “zona nuclear”. Com efeito, à luz do ensinamento de Gomes Canotilho, é manifestamente inaceitável a circunscrição da «indenização pelo sacrifício» ao “*dano directa e voluntariamente querido*” (i.e., o prejuízo que apresente uma “*relação de imediação ou finalidade*” com a medida pública lícita em questão), não se devendo rejeitar, pois, a ressarcibilidade do “*dano accidental*” de forma perentória^{29/30}. Entretanto, como o ilustre Professor realçou, a aceitação da compensação do “*dano accidental*” suscita, de imediato, a seguinte *vexata quaestio*: “*quais, entre os danos accidentais, emergentes [...] de actividades materiais lícitas, se poderão imputar aos entes públicos*”³¹. Em resposta a esta questão, atesta-se que, em geral, a doutrina qualificada na matéria acolheu a posição urdida pelo Senhor Professo: isto é, elege, *ab initio*, a teoria da causalidade adequada como o critério-base para (de)limitar a indemnizabilidade dos danos accidentais, mas não deixa de criticar, *em simultâneo*, a insuficiência desta teoria para satisfazer cabalmente as preocupações reclamadas pelo princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos (num Estado Social), optando assim por não estabelecer qualquer critério objetivo e rigoroso para a análise da imputabilidade dos danos accidentais e pugnar pela relevância da adaptação casuística (que pode ser uma restrição ou ampliação, consoante o caso) da noção de “adequação causal”³².

Como tivemos a oportunidade de esclarecer *supra*, consideramos a teoria da causalidade adequada não idónea para resolver as questões causais/imputacionais na «indenização pelo sacrifício». No tocante à “abordagem flexível” suprarreferida que a doutrina maioritária adotou, o método subjacente de *sujeição não parametrizada ao casuismo* também não nos parece apropriada para satisfazer cabalmente a exigência constitucional da proibição de arbitrariedade. Em alternativa, sobretudo com vista a contribuir para a satisfação da necessidade de objetividade (como garantia da igualdade), propomos a adoção do *critério de cognoscibilidade* (da esfera

²⁹ Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *O Problema...* *op. cit.*, pp. 311-312.

³⁰ Aparentemente em sentido contrário, embora com invocação expressa da obra do ilustre Professor em apreço como argumento, o Tribunal Central Administrativo Norte decidiu no Acórdão de 08.05.2008 (processo n.º 00155/06.0BEPNF) que “o nexo de causalidade deve fixar-se não somente em termos de “adequação” concreta entre o facto e o dano, de acordo com o entendimento aberto antes referido, mas, igualmente, em termos de imediatividade entre um certo facto e um determinado dano, o que significa que, por esta via, o citado Autor encontra um novo “travão” – ao lado do prejuízo especial e anormal e das posições jurídico-subjectivas indemnizatoriamente relevantes – ao princípio de que o Estado/demais entes públicos devem reparar os prejuízos decorrentes da sua crescente actividade”.

³¹ *Ibidem*.

³² Remete-se para a nota 28 *supra*.

de sacrifícios), para aferir a imputabilidade objetiva dos “danos acidentais”. A este critério se subjaz a ideia de *previsibilidade objetiva*, no sentido de que, para que um sacrifício ou encargo alegado (e sito fora da “zona nuclear” da “esfera de sacrifícios”) seja imputável à medida autoritária em questão, é necessário demonstrar que este sacrifício ou encargo constitua um *efeito fáctico e juridicamente possível da estatuição ou teor da medida em concreto*³³, sendo irrelevante o grau de probabilidade (que pode ser diminuto)³⁴. Por outras palavras, a imputação objetiva será excluída se o sacrifício ou encargo alegado pelo particular for um efeito impossível da medida, ou se a medida lícita em questão constituir um meio totalmente inidóneo (quer no plano de facto, quer no plano de direito) para gerar o sacrifício ou encargo alegado³⁵.

Em suma, a “esfera de sacrifícios” de uma medida pública lícita é composta por uma “zona nuclear” (edificada com base na interpretação do conteúdo finalístico da medida em causa), e uma “zona periférica” (constituída através do sugerido critério de *cognoscibilidade*). A “zona nuclear” abrange todos os “danos direta e voluntariamente queridos”, enquanto a “zona periférica” engloba os “danos acidentais” que, comprovadamente, constituam um efeito *fáctico e juridicamente possível* da estatuição ou teor da medida em concreto.

É legítimo questionar-se se este modelo em proposta seria excessivamente generoso, potenciando assim o risco de tornar o Estado num “garante universal” dos cidadãos. Na nossa opinião, a resposta deve ser negativa, porquanto, conforme explicado, a função do “nexo de causalidade” reside em aferir a idoneidade de uma medida lícita para provocar os sacrifícios ou encargos alegados por um particular, mas não em evitar “uma total socialização dos prejuízos”³⁶. Esta última função cabe, sim, ao requisito de anormalidade do dano³⁷. De resto, cabe frisar que, como consequência racional da autonomia funcional entre o “nexo de causalidade” e a

³³ Não se trata, por isso, de um exercício meramente probatório, sendo necessária a devida compreensão da natureza jurídica da medida em questão.

³⁴ Este repúdio definitivo à utilização do critério de probabilidade – conhecido pela sua maleabilidade aplicativa sem parametrização objetiva – no momento da delimitação da esfera de sacrifícios inerente a uma medida autoritária lícita, satisfaz de forma adequada a reiterada necessidade de objetividade.

³⁵ Trata-se de uma introdução adaptada, na matéria da «indenização pelo sacrifício», do critério sugerido em HONG CHENG LEONG, *O Nexo... op. cit., passim*, para o apuramento do nexo de causalidade na responsabilidade civil da Administração por atos ilícitos, com inspiração na doutrina da imputação de risco construída por MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do Nexo... op. cit., passim* (com mais desenvolvimentos), no domínio da responsabilidade civil aquiliana de direito privado.

³⁶ A expressão é citada de J.J. GOMES CANOTILHO, *O Problema... op. cit.*, p. 271.

³⁷ Recordar-se, a este propósito, o entendimento oposto trilhado pelo Tribunal Central Administrativo no Norte, no Acórdão de 08.05.2008 (processo n.º 00155/06.0BEPNF), citado *supra*.

“anormalidade do dano” que defendemos, nem todos os danos objetivamente imputáveis a uma medida lícita são anormais (e especiais). Por isso, salvo melhor opinião, a finalidade constitucionalmente digna de evitar a “total socialização dos prejuízos” não deve ser alcançada “de forma torta” – mediante a descaracterização do “nexo de causalidade” enquanto um pressuposto dogmaticamente autónomo –, mas sim através da equação de um critério mais sustentável para aferir a anormalidade do dano.

Nota 2): Tendo edificado a “esfera de sacrifícios” nos termos discutidos anteriormente, cabe então confrontar com ela o sacrifício ou encargo alegado em concreto. Caso este sacrifício ou encargo não seja imputável àquela esfera, o nexo imputacional não se forma; mas caso seja imputável, verifica-se então, *prima facie*, o pressuposto de “nexo de causalidade” (*rectius*, imputação objetiva)³⁸.

Dito isto e no propósito de ilustrar, de forma mais clara, a ideia em equação, julgamos que pode ser útil olhar para o seguinte caso hipotético: no âmbito do combate à propagação da gripe aviária H5N1 a entidade administrativa competente ordenou, com fundamento no princípio da precaução na matéria da saúde pública, o abate de todas as aves criadas nos estabelecimentos avícolas sitos num conjunto alargado de municípios, independentemente de os animais em causa estarem infetados ou não. Imagine agora que i) os donos dos estabelecimentos avícolas afetados vêm pedir uma indemnização pelas aves abatidas, que constituem bens patrimoniais da sua propriedade; ii) vários donos de churrasqueiras de frangos vêm pedir uma indemnização pelo sacrifício do respetivo direito de livre iniciativa económica, com fundamento no facto alegado de a medida de abate levar a que não haja frangos processados e comercializados no mercado, o que impossibilita o funcionamento das churrasqueiras; e iii) o particular A, por seu turno, vem pedir uma indemnização pelo sacrifício do respetivo direito ao livre desenvolvimento da personalidade, alegando que frangos constituem a componente fundamental da sua alimentação e que a falta de frangos processados e comercializados no mercado (provocada pela medida de abate em apreço) limita significativamente as suas opções alimentares.

Neste caso, e à luz do critério de imputação objetiva em proposta, o dano alegado pelos donos dos estabelecimentos avícolas afetados é imputável à

³⁸ Refira-se que a separação entre o momento de “edificação da esfera de sacrifícios” e o momento de “confronto do sacrifício alegado com esta esfera” não deve ser entendida de forma absoluta, como se fossem dois passos metodológicos isolados. Trata-se, tão-somente, de uma apresentação figurada do modelo alternativo em equação para resolver o problema do “nexo de causalidade” na «indenização pelo sacrifício». Em bom rigor dogmático, estes dois momentos devem constituir, antes, um *continuum*.

“zona nuclear” da “esfera de sacrifícios” inerente à medida de abate em apreço, uma vez que este dano integra o círculo de “sacrifícios ou encargos intencionados”. Deste modo, se os outros requisitos da «indenização pelo sacrifício» estiverem preenchidos, designadamente a anormalidade do dano, a pretensão compensatória em causa será procedente.

Ao invés, relativamente ao dano invocado pelos donos de churrasqueiras de frangos e àquele alegado pelo particular A, afigura-se-nos pacífico o entendimento de que estes danos não integram o círculo de “sacrifícios ou encargos intencionados”, sendo, antes, “danos acidentais”. Nessa senda, a sua imputabilidade à medida de abate em causa depende da suscetibilidade da sua integração na “zona periférica” da “esfera de sacrifícios” inerente à medida, cuja delimitação baseia-se no referido “critério de cognoscibilidade”.

Em concreto quanto ao “sacrifício do direito de livre iniciativa económica” alegado pelos donos de churrasqueiras de frangos, o critério de cognoscibilidade deve determinar a sua qualificação como um sacrifício imputável à “zona periférica” da “esfera de sacrifícios” inerente à medida de abate em apreço. Com efeito, esta medida de abate constitui uma intervenção, por razão da saúde pública, na liberdade de circulação e comercialização de bens, sendo, por isso, objetivamente previsíveis os seus impactos negativos em todos os comércio funcionalmente ligados à indústria avícola. Assim, o sacrifício alegado por estes sujeitos-não-destinatários da medida constitui um *efeito fáctico e juridicamente possível da estatuição ou teor desta medida*. Sem prejuízo, reitera-se que a consideração deste dano como imputável à medida de abate em apreço *não* significa, de modo algum, que os sujeitos em causa tenham *efetivamente* direito à «indenização pelo sacrifício». Nomeadamente, estes danos podem não ser (especiais e) anormais³⁹.

Por seu turno, no que respeita ao “sacrifício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade” alegado pelo particular A, tal já não constitui um “dano acidental” imputável à medida de abate. Com efeito, sobretudo considerando a natureza desta medida (*v. supra*), tal revela-se totalmente inidóneo (nem no plano de facto, nem no plano de direito) para limitar ou restringir o direito ao livre desenvolvimento da personalidade de um sujeito que nem sequer constitui o destinatário da medida. Nestes termos, a pretensão compensatória do particular A é improcedente.

Referimos que se trata de uma verificação *prima facie* porque, teoricamente, a “esfera de sacrifício” edificada a partir do teor ou estatuição da própria medida autoritária em questão pode *não* constituir o único “centro de imputação objetiva” num caso enquadrável na «indenização pelo sacrifício». *Inter alia*, não se pode olvidar que, como a doutrina

³⁹ *V. infra*, o ponto IV.

qualificada na matéria defende, a figura da «culpa/conduta do lesado» também é aplicável à «indenização pelo sacrifício»⁴⁰. Ou seja, do ponto de vista imputacional, do comportamento do próprio lesado (*i.e.*, o sujeito que alegadamente suportou o sacrifício ou encargo que, *prima facie*, se afigura imputável à medida autoritária em questão) pode resultar um (outro) “centro de imputação” (suportado pelo próprio lesado) que concorre com (ou até absorve) a força imputacional da “esfera de sacrifício” inerente à medida autoritária em questão. Tal é, tipicamente (mas não exclusivamente), o caso em que o lesado incrementa o risco da sua “exposição” ao sacrifício em virtude da adoção de uma conduta não conforme com os ditames da boa-fé, ou em que seja a conduta do lesado que tenha provocado a intervenção lícita dos poderes públicos em causa. Assim, em função do circunstancialismo que caracteriza cada pretensão compensatória, é possível que a imputação *prima facie* do sacrifício ou encargo à “esfera de sacrifícios” inerente à medida em questão seja excluída, *a jusante*, em virtude da aplicação da figura da «culpa/conduta do lesado».

Nota 3): Aqui chegados, caso “se consolide” a imputação objetiva *prima facie* do sacrifício ou encargo alegado⁴¹ à medida autoritária em questão, está reunido o pressuposto de nexo de causalidade (*rectius*, nexo imputacional) da pretensão da «indenização pelo sacrifício» em causa. Isto, porém, *não* significa necessariamente que seja procedente o pedido de «indenização pelo sacrifício». Com efeito, tal ainda depende do preenchimento dos demais requisitos deste instituto, nomeadamente:

- (i) A suscetibilidade de recondução das consequências nocivas alegadamente suportadas pelo sujeito em causa (*i.e.*, o chamado «dano-consequência»⁴²) à limitação ou restrição lícita de uma posição jurídica subjetiva (*i.e.*, o «dano-evento») cuja imputação objetiva à medida autoritária em questão se encontre asseverada nos termos discutidos *supra*.

⁴⁰ Neste sentido, *v. inter alia*, CARLA AMADO GOMES, “A culpa (ou a conduta?) do lesado: reflexões sobre um instituto aberto”, in *Novos Estudos... op. cit.*, pp. 105-107; TIAGO SERRÃO, “Responsabilidade por ato lícito: danos especiais e anormais e (eventual) culpa do lesado”, *Cadernos de Justiça Administrativa* 127 (2018), pp. 35-36.

⁴¹ Reitera-se que, aqui, para o efeito da análise imputacional em apreço, o sacrifício ou encargo se traduz na limitação ou restrição lícita de uma posição jurídica subjetiva; ou seja, corresponde ao chamado «dano-evento», utilizando a terminologia da responsabilidade civil aquiliana.

⁴² Imagine-se, por exemplo, o valor pecuniário que um produtor pecuário perdeu devido à execução da medida de abate dos animais com risco de contaminação.

Este requisito, à luz da sistematização dogmática acolhida pela doutrina civilística maioritária, tem a designação de «causalidade preenchedora»⁴³. Temáticas relacionadas com este requisito são, designadamente os termos de inclusão dos danos emergentes e lucros cessantes na obrigação de indemnizar.

Estando em causa um tema cuja indagação oportuna não cabe ao presente texto, limitamo-nos a referir que: (a) embora a doutrina publicista não costume utilizar a terminologia de «causalidade preenchedora», a problemática de indemnizabilidade dos lucros cessantes no âmbito da «indemnização pelo sacrifício» nunca foi esquecida⁴⁴; (b) contudo, a doutrina não tem consenso alargado quanto a esta matéria, sendo certo que, na nossa perspetiva, não vemos impedimentos estruturais para a inclusão dos lucros cessantes na «indemnização pelo sacrifício» no plano da «causalidade preenchedora». Questão diferente é saber se os lucros cessantes que passarem o filtro de «causalidade preenchedora» são “especiais” e “anormais”⁴⁵; esta problematização acerca da “especialidade” e da “anormalidade” do dano, porém, já situa noutro requisito da «indemnização pelo sacrifício» (v. *infra*).

- (ii) A passagem do crivo de “especialidade” e “anormalidade” do dano (que, conforme justificado *supra*, configura um requisito autónomo da «indemnização pelo sacrifício», não se confundindo com o nexo de causalidade).

Observações respeitantes ao requisito de anormalidade do dano serão tecidas no ponto II.II. *infra*.

10. Tendo justificado a nossa discordância do entendimento trilhado pelo Tribunal Constitucional no Acórdão acerca do modo de aferição do nexo de causalidade na «indemnização pelo sacrifício», cumpre-nos agora explicar a razão pela qual não concordamos com a conclusão do Tribunal pela *falta do nexo causal* entre as medidas que proíbem a captura e o abate do lobo-ibérico

⁴³ Para mais desenvolvimentos, v. PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 924 ss.; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do Nexo...* op. cit., pp. 1303 ss.; RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 838 ss., e as vastas listas de bibliografia citadas nestas obras.

⁴⁴ V., *inter alia*, CARLOS CADILHA, op. cit., p. 364; FERNANDO ALVES CORREIA, op. cit., pp. 154-155; CARLA AMADO GOMES, “A compensação...” op. cit., pp. 58-59; PEDRO MACHETE, op. cit., pp. 473-476; JAIME VALLE, op. cit., pp. 971-972; CARLA AMADO GOMES / RICARDO PEDRO, op. cit., pp. 102-104.

⁴⁵ Neste sentido, FERNANDO ALVES CORREIA, op. cit., pp. 154-155. Em sentido próximo, CARLA AMADO GOMES / RICARDO PEDRO, op. cit., p. 103, defendem que “o cálculo da indemnização tenderá a ser realizado casuisticamente [...], apenas se descartando o ressarcimento dos danos emergentes e dos lucros cessantes se o princípio da igualdade de repartição de encargos públicos o justificar”.

e os danos causados aos produtores pecuários pela predação desta espécie de animais protegida.

Recordando, no Acórdão está referido que, “[o]s danos sofridos são causados pelo lobo-ibérico [...] Trata-se de um acontecimento do mundo natural, resultante de uma relação de convívio próximo entre a exploração pecuária e animais selvagens, da qual a conduta de proibição por parte do Estado – constitucionalmente obrigado a proteger o ambiente e a natureza (artigo 66.º, n.º 1, e n.º 2, alínea c), da CRP) – não constitui causa, a qualquer das luzes a que se possa encarar a causalidade”⁴⁶. Ou seja, o Tribunal Constitucional defende que o dano sofrido pelos produtores pecuários é imputável unicamente ao lobo-ibérico, e não à medida de proibição da captura e abate do lobo-ibérico.

Ora, salvo melhor opinião, esta tese do Tribunal Constitucional corresponde a uma compreensão puramente naturalística do nexo de causalidade que arriscamos dizer que não é acolhida por qualquer uma das doutrinas de causalidade vigentes na ordem jurídica portuguesa. Por isso, dir-se-ia que, ao contrário da citada afirmação constante do Acórdão, a conclusão pela falta do nexo causal no caso *sub iudice* – que, no fundo, faz o lobo o «bode expiatório» do Estado – é inaceitável “a qualquer das luzes a que se possa encarar a causalidade”.

Desde logo, esta conclusão não é correta à luz da tese de “esfera de sacrifícios” preconizada (fundamentadamente) no presente texto. Com efeito, os danos causados pelo lobo-ibérico aos produtores pecuários configuram, claramente, um sacrifício “direta e voluntariamente querido” pelo legislador ao impor as medidas de proibição da captura e abate do lobo-ibérico. O que significa que este sacrifício é imputável à “zona nuclear” da “esfera de sacrifícios” inerente a esta medida legal. Efetivamente, resulta do próprio Decreto-Lei n.º 54/2016 que os danos causados pela predação do lobo-ibérico (objeto de indemnização prevista e regulada nas normas fiscalizadas no Acórdão) são assumidos pelo legislador como uma consequência diretamente ligada às medidas de proteção desta espécie de animais protegida prevista neste mesmo decreto-lei⁴⁷. Senão, não faria sentido a regulação da “indemnização por danos

⁴⁶ Cfr. o ponto 2.16.1 do Acórdão.

⁴⁷ A este propósito, é interessante observar que do Acórdão constam, de facto, várias afirmações em que o Tribunal Constitucional reconhece que existe uma relação de “causa-consequência” entre as medidas de proibição de abate e captura do lobo-ibérico e os danos em animais em apreço. A afirmação mais expressiva é, na nossa perspetiva, a seguinte: “[a]dmite-se que as medidas decretadas pelo Estado para benefício comum podem ter como consequência (consequência que, como vimos, não decorre de conexão rigorosamente causal) o aumento do risco de ataques de lobos”. Pergunta-se: à luz da qual abordagem do nexo de causalidade se pode fundamentar que de uma relação consequencial comprovada e de uma situação demonstrada de “aumento do risco” não resulte uma “conexão rigorosamente causal”? O Tribunal Constitucional não elucidou.

causados pelo lobo-ibérico” no Capítulo III de um decreto-lei que tem como objeto “desenvolver os princípios da proteção e conservação do lobo-ibérico” (cfr. artigo 1.º), logo a seguir do Capítulo II que impõe as medidas de proteção do lobo-ibérico, inclusivamente a proibição da captura e abate desta espécie [cfr. artigo 3.º, alíneas a) e b)]. Em complemento, nota-se que esta associação direta da indemnização por danos causados pelo lobo-ibérico às medidas de proteção e conservação desta espécie foi plasmada logo na Lei n.º 90/88 (cfr. artigos 1.º, 2.º e 6.º) que, conforme mencionado *supra*, constitui a “lei de bases” do Decreto-Lei n.º 54/2016.

Além disso, da conjugação dos artigos 3.º a 5.º do Decreto-Lei n.º 54/2016 resulta claramente que os produtores pecuários estão proibidos de defender os seus animais contra os ataques do lobo-ibérico através de atos ou métodos destinados à captura ou abate desta espécie protegida. Ou seja, as medidas de proteção do lobo-ibérico em apreço têm como estatuição retirar (licitamente) dos produtores pecuários um meio de defesa eficaz que integrava os “estatutos” da propriedade privada destes sobre os respetivos animais, obrigando os produtores a sacrificar os seus animais perante a predação efetiva do lobo-ibérico. Assim sendo, não se afigura disputável que os “danos em animais” resultantes dos ataques do lobo-ibérico são impostos aos produtores pecuários pelo legislador *de forma intencional* (em nome da conservação daquela espécie de animais protegida)⁴⁸. Nestes termos, verifica-se, ao contrário da conclusão do Tribunal Constitucional, um nexo causal/imputacional entre os danos causados pela predação do lobo-ibérico e as medidas legais de proibição de abate ou captura desta espécie de animais protegida em análise⁴⁹.

⁴⁸ Mesmo que não se considerasse estar em causa um “dano intencionado”, sempre se diria que estes danos causados pelo lobo-ibérico constitui um *efeito fáctica e juridicamente possível* das medidas legais em apreço, porquanto retiram dos produtores pecuários um meio de defesa dos seus animais perante os ataques do lobo-ibérico. Nestes termos, estar-se-ia sempre perante um sacrifício imputável à “zona periférica” da “esfera de sacrifícios” daquelas medidas legais.

⁴⁹ A título suplementar, cabe mencionar que a questão causal em apreço é, de facto, mais complexa. A razão é que se a presente análise não estivesse limitada à «indemnização pelo sacrifício» (enquanto uma modalidade de responsabilidade dos poderes públicos por atos lícitos-não-culposos) e às normas do Decreto-Lei n.º 54/2016 objeto de apreciação do Acórdão, dever-se-ia indagar, igualmente, a relevância causal/imputacional da “omissão” do Estado na (re)introdução de presas silvestres no *habitat* do lobo-ibérico. Esta “omissão”, conquanto se traduza numa violação do disposto na alínea a) do artigo 1.º da Lei n.º 90/88, levanta a questão sobre a suscetibilidade de fundamentar aqui uma responsabilidade civil extracontratual *subjettiva* do Estado pelos danos causados pelo lobo-ibérico aos produtores pecuários. Salvo melhor opinião, esta responsabilidade (por facto ilícito) deve ser regida pelo regime anexo à Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, em vez do regime indemnizatório limitativo consagrado no Decreto-Lei n.º 54/2016 (que, a nosso ver, não tem pretensão de regular a matéria de responsabilidade por facto ilícito imputável ao Estado).

Sem prejuízo, e conforme explicado *supra*, trata-se de um nexo causal *prima facie*, uma vez que, *inter alia*, não se pode olvidar a figura da «culpa/conduta do lesado». A este propósito, é de notar que um dos pressupostos legalmente previstos de concessão da indemnização a que se refere o Capítulo III do Decreto-Lei n.º 54/2016 consiste na adoção efetiva pelos produtores pecuários dos meios de proteção preventiva dos respetivos animais mencionados no n.º 3 do artigo 10.º do decreto-lei. Ou seja, caso os produtores pecuários incumpram este “dever preventivo”, esta conduta censurável frustra o nexo causal *prima facie*, determinado a improcedência da pretensão indemnizatória⁵⁰; caso contrário, o nexo causal *prima facie* “consolida-se”.

Por conseguinte, assevera-se que não é correta a *ratio decidendi* do Acórdão que fundamenta, no argumento de “falta do nexo causal”, a não inconstitucionalidade das normas previstas no Decreto-Lei n.º 54/2016 (e nas normas administrativas supracitadas) que restringem a indemnização pelos danos causados pelo lobo-ibérico.

De resto, acresce que, ainda que se adote a teoria da causalidade adequada, também não se pode concluir perentoriamente pela falta do nexo causal. A declaração de voto vencido do Juízo Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro corrobora, de forma cristalina, esta observação:

“Ora, parece-nos que o nexo de causalidade entre as medidas de proteção do lobo-ibérico e os prejuízos causados lateralmente pela sua execução foi assumido pelo legislador através da previsão de uma cláusula indemnizatória conjunta. Tratando-se de lei de proteção de espécies em vias de extinção, que proíbe o «abate», «captura», «perturbação» e «destruição dos seus locais ou áreas de reprodução e repouso», naturalmente que era previsível um aumento exponencial do número de espécimes e consequentemente maior a probabilidade de ocorrência de ataques lesivos [...] É evidente que os atos e atividades proibidos para proteção do lobo-ibérico aumentam significativamente a probabilidade de ataques a explorações pecuárias que desenvolvem a produção em espaço aberto ou com recurso ao pastoreio. [...]

É indiscutível que as proibições constantes dos artigos 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 54/2016, em que se inclui a prática ancestral dos “fojos do lobo”,

⁵⁰ Sem prejuízo, consta do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 54/2016 um regime transitório (a vigorar até 31.12.2024), que não exige o cumprimento dos referidos “deveres preventivos” como pressuposto de indemnização, mas que, “em contrapartida”, determina a redução do valor indemnizatório nos casos de incumprimentos dos tais deveres. Ou seja, no âmbito do regime transitório, a «culpa/conduta do lesado» não exclui a indemnização, mas apenas a reduz.

condicionamos produtores pecuários, retirando-lhes um meio de protegerem os seus animais dos ataques dos lobos. Por outro lado, as medidas preventivas impostas aos produtores para defender os seus animais não permitem obviar totalmente os ataques dos lobos causadores de prejuízos. O próprio regime legal admite-o implicitamente. [...] Ora, a proibição da ação direta, da legítima defesa ou do estado de necessidade defensivo, assim como a reconhecida omissão de reintrodução de espécimes que são presas naturais dos lobos, são fatores de previsibilidade de aumento significativo do risco de ataques às espécies domésticas. Daí que se entenda existir uma situação de perigo ou risco criada pelo Estado, sobre o qual deve recair objetivamente a responsabilidade pelos danos provocados”.

Tudo visto, está demonstrada a nossa discordância do argumento de “falta do nexo causal” utilizado pelo Tribunal Constitucional no Acórdão para negar a existência de um problema enquadrável na «indenização pelo sacrifício»⁵¹.

IV. A incidência do juízo de anormalidade e o caso *sub iudice*

11. Na perspetiva do Tribunal Constitucional, os danos resultantes da predação do lobo-ibérico para os produtores pecuários não têm natureza anormal, pelo que, mesmo que reconhecesse a existência do nexo causal, continuaria a não ser possível fundamentar a indemnização prevista no Decreto-Lei n.º 54/2016 (e na Lei n.º 90/88) no instituto da «indenização pelo sacrifício».

A propósito da fundamentação da normalidade do dano, o Tribunal Constitucional invoca que a predação do lobo-ibérico corresponde “[a]o risco de que o próprio curso da natureza, com as relações dinâmicas que o caracterizam, fundamentalmente previsíveis (por exemplo, é previsível que lobos, circulando no seu habitat natural, encontrem e ataquem bovinos, caprinos e ovinos), interfira com a organização e a exploração económica. [...] Esse risco deve ser considerado, à partida, pelo empresário, em qualquer projeto que pressuponha – como o da exploração

⁵¹ Em complemento, refira-se que também nos parece improcedente o seguinte argumento utilizado no Acórdão para defender a falta do nexo de causalidade: “[...] o Estado só estaria a contribuir para o dano numa conceção – decisivamente de afastar – que outorgasse ao ser humano o direito irrestrito ou quase irrestrito de explorar economicamente certos animais a todo o custo, designadamente com sacrifício do meio natural envolvente (pois só assim a “ação” do Estado, ao remover essa faculdade, conduziria ao dano), conceção manifestamente incompatível com o dever de proteção do ambiente previsto na Constituição desde a sua versão originária [...]”. Por um lado, parece que há aqui alguma confusão entre o requisito do nexo de causalidade e o requisito de licitude da conduta. Por outro lado, se este argumento fosse viável, nem um ato de expropriação poderia constituir uma “causa” da privação da propriedade privada... com efeito, o direito de propriedade também não é um direito irrestrito.

pecuária, manifestamente, pressupõe – uma esfera de atuação que se cruze com a da natureza, em termos de serem consequências adversas, seja um ataque de lobos a rebanhos que atravessem o seu habitat. [...] Não existe, em termos gerais, um “direito a matar” o lobo-ibérico, pelo que este não tem, sequer, em qualquer esquema argumentativo, a aptidão para operar como contravalor da proteção do ambiente”.

12. Salvo melhor opinião, parece-nos que o juízo de anormalidade realizado pelo Tribunal Constitucional incide sobre a própria predação do lobo-ibérico, e não sobre as medidas de proibição da captura ou abate do lobo-ibérico. Tal afigura-se, pois, coerente com o entendimento (incorreto) do Tribunal Constitucional que considera que a “causa” do sacrifício suportado pelos produtores pecuários consiste nos próprios ataques do lobo-ibérico, e não naquelas medidas proibitivas (*v. supra*).

Ressalvado o devido respeito, esta coerência é falsa. Com efeito, cabe sublinhar que a premissa assumida pelo próprio Tribunal Constitucional, a propósito desta análise sobre a “anormalidade do dano”, consiste na verificação do “nexo de causalidade entre a conduta do Estado e o dano”⁵². Nestes termos, logicamente, o juízo de anormalidade devia incidir sobre as medidas de proibição da captura ou abate do lobo-ibérico, e não sobre os ataques do lobo-ibérico.

Aliás, como tivemos a oportunidade de explicar *supra*, só se justifica a aplicação do crivo de “anormalidade” aos danos que, *a montante*, se revelam objetivamente imputáveis à medida de intervenção autoritária em questão. Por isso, o juízo de anormalidade nunca pode ser realizado sem qualquer referência à própria medida comprovada como a “causa” do sacrifício. Recordar-se, ademais, que a «indenização pelo sacrifício» pressupõe a existência de uma atividade ou medida (lícita) dos poderes públicos que perturba a igualdade dos cidadãos na repartição dos encargos públicos. Assim, a realização de um juízo de anormalidade que não contemple a atividade ou medida “causadora” do sacrifício vai desvirtuar, indevidamente, a ligação jurídico-constitucional do requisito de “anormalidade do dano” ao princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos.

13. Pelas razões expostas, o juízo de anormalidade deve ter em consideração, sempre, a medida de intervenção autoritária (causadora do sacrifício) *em concreto*, de forma a perceber se está em causa uma “ingerência

⁵² Cfr. o ponto 2.16.2 do Acórdão.

intoleravelmente desequilibrante da justiça distributiva^{53/54}; mas claro está, sem perder de vista o próprio “dano”. Com efeito, não se pode esquecer que, conforme explicado *supra*, um dano objetivamente imputável a uma medida de intervenção autoritária pode ser “intencionado” ou “acidental”.

No caso do “dano intencionado”, uma vez que existe uma “*relação de imediação ou finalidade*” com a medida lícita em questão, entendemos que o juízo de anormalidade deve incidir sobre a estatuição da medida em si.

Por sua vez, no caso do “dano accidental”, como a “ingerência” não corresponde propriamente à estatuição da medida, mas sim ao “efeito secundário” que decorre desta, o juízo de anormalidade deve incidir *igualmente* sobre este último. Ou seja, em nosso entender, o “crivo de anormalidade” é mais exigente no caso do “dano accidental”, porquanto não é suficiente que seja “*intoleravelmente desequilibrante da justiça distributiva*” a própria estatuição da medida, sendo necessário que esta conclusão seja afirmativa também quanto ao tal “efeito secundário” que consubstancia a “ingerência”.

No propósito de clarificar a ideia subjacente, julgamos útil o exemplo de “abate precaucional de aves por razões de saúde pública” utilizado anteriormente. Admitindo a imputação à medida precaucional em causa do “dano acidente” de “restrição do direito de livre iniciativa económica” alegado pelos donos de churrasqueiras de frangos, o juízo de anormalidade deve incidir *não só* sobre a própria medida de abate precaucional (que não se aplica a estes sujeitos, mas sim aos donos de estabelecimentos avícolas), *mas também* sobre o “efeito secundário” referente à falta de frangos processados e comercializados no mercado (por causa do abate precaucional). Consoante a magnitude concreta deste “efeito secundário” (que vaira em função do circunstancialismo de cada caso – pensa-se, a título meramente exemplificativo, na duração desta carência de matérias-primas), o juízo de anormalidade pode ser positivo⁵⁵ ou negativo.

14. Voltando ao caso em análise, o juízo de anormalidade devia incidir, por isso, sobre as medidas de proibição da captura e abate do lobo-ibérico, cuja estatuição, conforme justificado *supra*, consiste finalisticamente em retirar

⁵³ As palavras citadas são de CARLA AMADO GOMES, “A compensação...”, *op. cit.*, p. 57.

⁵⁴ Por isso, utilizando o exemplo de “abate precaucional de aves por razões de saúde pública”, o que se deve questionar é se esta medida de abate *em concreto* é “*intoleravelmente desequilibrante da justiça distributiva*”, e não se uma atuação pública em defesa da saúde pública é anormal (cuja resposta seria sempre negativa).

⁵⁵ Outra questão é saber se o dano é especial, que configura um outro requisito *sine qua non* da «indenização pelo sacrifício».

(licitamente) dos produtores pecuários um meio de defesa eficaz que integrava os “estatutos” da propriedade privada destes sobre os respetivos animais, obrigando os produtores a sacrificar os seus animais perante a predação do lobo-ibérico.

Por ora, com o foco “recentrado” nas medidas legais de proibição, e não na predação do lobo-ibérico, é de notar que existe um ponto essencial que não foi atendido no Acórdão. Isto é, as medidas de proteção do lobo-ibérico em apreço foram introduzidas concretamente na ordem jurídica portuguesa logo em 1988, através da mencionada Lei n.º 90/88, cujo artigo 2.º, n.º 1, prevê que “*o lobo ibérico é uma espécie protegida, ficando proibido o seu abate ou captura em todo o território nacional, em qualquer época do ano [...]*”. Ou seja, *pelo menos a partir do momento de entrada em vigor destas medidas legais*, o dever de “não reagir a ataques do lobo-ibérico através de atos ou métodos destinados à captura ou abate desta espécie protegida” passa a fazer parte do estatuto jurídico e/ou socioeconómico especial dos produtores pecuários. Assim, não é despidendo distinguir entre os produtores que iniciem a sua atividade após 1988⁵⁶ e aqueles que tenham iniciado a atividade antes. Com efeito, quanto aos primeiros, o dever de acatar a estatuição daquelas medidas proibitivas e o ónus de suportar os danos resultantes traduzem-se num *pressuposto transparentemente estabelecido na ordem jurídica vigente* que estes produtores pecuários não podiam (nem deviam) deixar de ponderar no momento de decidir iniciar os respetivos negócios. Nestes termos, é legítimo afirmarmos que está em causa um custo “normalizado” inerente à exploração da atividade pecuária iniciada após 1988, não constituindo, pois, um dano anormal que chocaria o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos. Noutra perspetiva, até diremos que as medidas de proibição da captura e abate do lobo-ibérico nem sequer constituem uma “ingerência” na exploração da atividade pecuária iniciada *após* 1988, não existindo, pois, substrato substancial para fundamentar uma pretensão de «indenização pelo sacrifício» nestes casos.

Em relação aos produtores pecuários que tenham iniciado a atividade antes de 1988, as medidas de proibição da captura e abate do lobo-ibérico que entraram em vigor *supervenientemente* já constituem uma “ingerência”. Atendendo à jurisprudência acerca do(s) modo(s) de concretização do

⁵⁶ Utilizamos o ano de 1988 como referência, considerando que é o ano em que entrou em vigor a Lei n.º 90/88. Não rejeitamos preliminarmente a possibilidade de utilizar como referência temporal uma data mais remota no passado, sobretudo considerando que os deveres de conservação da biodiversidade já resultam dos instrumentos normativos supralais, antes da entrada em vigor da Lei n.º 90/88.

conceito de “anormalidade” à luz do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos⁵⁷, admitimos que esta “ingerência” possa ser qualificada como um dano anormal, sobretudo considerando que a imposição das medidas proibitivas em causa constitui uma *vicissitude imprevista* no momento do início da atividade destes produtores⁵⁸. Todavia, não se pode olvidar que i) as medidas autoritárias em apreço não se traduzem numa ordem individual e concreta que se esgote no momento de aplicação, mas sim uma disposição normativa que vincula *permanentemente* a exploração da atividade pecuária; e que ii) “o grau de anormalidade e especialidade do sacrifício imposto a montante pela Administração varia no tempo, em função do contexto da sua “conversão” a jusante em prejuízos reais”⁵⁹. Nestes termos, volvidos cerca de 28 anos entre a Lei n.º 90/88 e o Decreto-Lei n.º 54/2016, afigura-se-nos legítimo considerar que a anormalidade originalmente constatada (no período inicial de vigência da Lei n.º 90/88) já ficou paulatinamente “normalizada” pelo tempo. Nessa senda, entendemos que, no momento de entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 54/2016, os danos causados pelo lobo-ibérico em apreço já não têm natureza anormal, mesmo para os produtores pecuários que tenham iniciado a atividade antes de 1988.

Tudo visto, a indemnização por danos causados pelo lobo-ibérico prevista no Decreto-Lei n.º 54/2016 não reúne o requisito de “anormalidade do dano” para se enquadrar no instituto da «indemnização pelo sacrifício». Por conseguinte, em nosso entender, as normas consagradas no mesmo decreto-lei que restringem esta indemnização não suscitam problemas de incompatibilidade com o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos.

Trata-se de uma conclusão coincidente com aquela tomada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão. Contudo, importa frisar que como se explicou *supra*, a nossa justificação da não anormalidade do dano diverge *substancialmente* da *ratio decidendi* do Acórdão que, sempre ressalvado o devido respeito, nos parece incorreta.

⁵⁷ Sobre esta matéria, cujos desenvolvimentos não podem ser oportunamente realizados no presente texto, remetemos para TIAGO SERRÃO / HONG CHENG LEONG, “Danos anormais e especiais, em pandemia”, *Cadernos de Justiça Administrativa* 149 (2022), *maxime*, pp. 41-42.

⁵⁸ Segundo a doutrina suprarreferida, uma das vias adotadas na jurisprudência para discernir a “anormalidade” do dano consiste em atender “à natureza previsível ou não da ingerência pública lícita e causadora de sacrifícios”, *cfr. ibidem*, p. 41.

⁵⁹ *Cfr. HONG CHENG LEONG, O Nexo... op. cit.*, p. 113.

V. A relação entre a «indemnização pelo sacrifício» e o «auxílio de estado» (breves notas)

15. Resulta das observações anteriores que, mesmo que não concordemos com a *ratio decidendi* do Acórdão, estamos de acordo com a não qualificação da indemnização pelos danos causados pelo lobo-ibérico (prevista nas normas do Decreto-Lei n.º 54/2016 em apreciação) como uma «indemnização pelo sacrifício» imposta pelo princípio da igualdade na repartição dos encargos. Nestes termos, conforme afirmado pelo Tribunal Constitucional no Acórdão, “afastada fica uma obrigação de indemnizar constitucionalmente fundada”⁶⁰, suscitando assim a questão acerca da natureza do mecanismo indemnizatório em causa.

Em resposta a esta problemática, o Tribunal Constitucional considera que subjacente à solução plasmada no n.º 1 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 54/2016 – *que remete expressamente para o Regulamento (UE) n.º 1408/2013 da Comissão Europeia, que estabelece as condições relativas à atribuição de auxílios de minimis no setor agrícola* –, está a qualificação (presuntiva) pelo legislador ordinário da indemnização pelos danos causados pelo lobo-ibérico como um «auxílio de estado». Segundo o entendimento do Tribunal Constitucional, esta qualificação presuntiva e a limitação do valor indemnizatório ao «limiar de minimis» constituem uma técnica legislativa legítima (não arbitrária) para evitar eventuais incumprimentos pelo Estado Português das regras de Direito da União Europeia que regulam a matéria de «auxílios estatais». Nas palavras do Acórdão, “[c]om efeito, a pretensão contrária – a de excluir à partida, nela “apostando”, a consideração destas situações como naturalmente excluídas da proibição contida no artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, por integração nas exceções do n.º 2 do mesmo artigo – sempre exporia o legislador nacional à incerteza de uma qualificação que, em última análise, não lhe pertence, sendo de natureza excecional, e que sempre decorrerá de um processo interpretativo de pendor muito restritivo”⁶¹.

16. Concordamos com a decisão do Tribunal Constitucional que considera legítima e não arbitrária a limitação do valor indemnizatório ao «limiar de minimis», mormente pelas razões seguintes:

Primo, estando em causa um esquema compensatório que não tem como origem normativa uma “obrigação de indemnizar constitucionalmente fundada” e que, salvo melhor opinião, se traduz num meio de concretização do princípio da

⁶⁰ *Cfr. o ponto 2.17. do Acórdão.*

⁶¹ *Cfr. o ponto 2.17. do Acórdão.*

solidariedade (cfr. *maxime* o artigo 1.º da Constituição)⁶² e, quiçá, também do dever do Estado de conceder auxílios no âmbito da prossecução dos objetivos da política agrícola (cfr. o artigo 97.º da Constituição⁶³), deve admitir-se que a sua regulação esteja sujeita a uma margem significativa de liberdade de conformação do legislador e que não existam diretrizes constitucionais que obriguem à cobertura integral do “dano” objeto de apoios.

Secundo, atendendo *maxime* à suscetibilidade de qualificação da indemnização dos danos causados pelo lobo-ibérico em apreço como um *apoio do Estado* no âmbito da prossecução dos objetivos da política agrícola (a que se refere o artigo 97.º da Constituição), afigura-se pertinente a cautela tomada pelo legislador do Decreto-Lei n.º 54/2016 (através da remissão para o Regulamento (UE) n.º 1408/2013 da Comissão Europeia), com vista a assegurar a compatibilidade deste apoio estatal com o quadro normativo de Direito da União Europeia. Efetivamente, mesmo que esteja em causa um apoio “imposto” pela Constituição, “[n]ote-se que a política de auxílio às actividades económicas deve ser harmonizada com as regras comunitárias respeitantes às ajudas de Estado, especialmente no que respeita à concorrência no espaço comunitário”⁶⁴, sendo certo que, não obstante, “tal como sucede no plano da EU [...], a agricultura ocupa uma posição específica, sendo autorizadas limitações da concorrência que não seriam consentidas noutros ramos da economia”⁶⁵. Ora, o Regulamento (UE) n.º 1408/2013 da Comissão Europeia, para o qual remete o n.º 1 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 54/2016 constitui precisamente um *regime especial* na matéria de auxílios estatais, estabelecendo as condições relativas à atribuição de auxílios *de minimis* no setor agrícola⁶⁶.

⁶² Em sentido oposto, o Juiz Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro defende, na declaração de voto vencido constante do Acórdão, que “[n]ão me parece que a “indemnização” prevista na Lei n.º 90/88, de 13 de agosto e no Decreto-Lei n.º 54/2016, de 25 de agosto, tenha fundamento na solidariedade do Estado para com o infortúnio dos produtores pecuários. Não está presente nestes diplomas qualquer ideia de auxílio económico ou socorro social desligado das medidas de proteção do lobo-ibérico”.

⁶³ A alínea c) do n.º 2 do artigo 97.º da Constituição refere expressamente que uma das formas do apoio do Estado, no âmbito da prossecução dos objetivos da política agrícola, consiste em “apoio à cobertura de riscos resultantes dos acidentes climáticos e fitopatológicos imprevisíveis ou incontroláveis”. Como Gomes Canotilho e Vital Moreira explicam, este apoio “passa tanto pelas subvenções directas para cobrir os prejuízos, copensando os agricultores das perdas sofridas, como pelo apoio à subscrição de seguros agrícolas” – cfr. J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 1067.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 1067-1068.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 1067-1068.

⁶⁶ Sem embargo, importa referir que o Regulamento (UE) n.º 1408/2013 não constitui o único regime especial aplicável aos auxílios estatais no setor agrícola. Com efeito, de acordo com o disposto no Considerando 12 do Regulamento (UE) n.º 1408/2013, “[o] presente regulamento não exclui a possibilidade de uma medida não ser considerada um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado, com base noutros critérios para além dos estabelecidos no presente regulamento”.

Tertio, a “tese de auxílio de estado” está corroborada pelo entendimento da Comissão Europeia na matéria de «auxílios estatais nos setores agrícola e florestal», bem como pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Quanto ao entendimento da Comissão Europeia, é especialmente relevante o ponto 1.2.1.5 das *Orientações da União Europeia relativas aos auxílios estatais nos setores agrícola e florestal e nas zonas rurais para 2014-2020* (2014/C 204/01)⁶⁷, em que a Comissão reconhece explicitamente que “os danos causados a equipamento, infraestruturas, animais e plantas por animais protegidos constituem um problema crescente”, considerando e enquadrando a atribuição eventual aos produtores de compensações por estes danos como um problema de «auxílios de estado».

No que respeita à jurisprudência comunitária, é curioso notar que no mesmo período em que foi proferido o Acórdão em comentário, o TJUE teve a oportunidade de se pronunciar, no âmbito de um processo de reenvio prejudicial, sobre normas com conteúdo materialmente iguais àquelas apreciadas no Acórdão pelo Tribunal Constitucional. Estamos a referir, em concreto, o Acórdão do TJUE de 27.01.2022 (processo C-238/20), que apreciou o pedido de reenvio prejudicial formulado “no âmbito de um litígio que opõe a «Sātiņi-S» SIA à Dabas aizsardzības pārvalde (Autoridade de Proteção do Ambiente, Letónia) a respeito da recusa de esta última lhe conceder uma indemnização pelos prejuízos causados à sua exploração de aquícultura numa zona Natura 2000 por aves selvagens pelo facto de já ter obtido o montante máximo das quantias que lhe podiam ser concedidas à luz da regra de *minimis* em matéria de auxílios de Estado”. Neste processo, o TJUE foi solicitado para pronunciar-se sobre três questões com teor assaz semelhantes àquelas levantadas no Acórdão:

- Em primeiro lugar, foi questionada a (in)compatibilidade, com a garantia da propriedade privada consagrada no artigo 17.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (“Carta”), das normas legais letãs cuja aplicação pode conduzir a que “indemnização pelos prejuízos causados à sua exploração de aquícultura numa zona Natura 2000 por aves selvagens” seja significativa inferior ao valor de prejuízos reais.
- Em segundo lugar, foi levantada a questão de saber se esta indemnização constitui um «auxílio de estado», nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”); e

⁶⁷ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52014XC0701%2801%29>.

- Em terceiro lugar, no pressuposto de a indemnização em apreço ser qualificada como um «auxílio de estado», o órgão de reenvio questionou se é aplicável a este auxílio o limite máximo de 30 000 euros previsto no Regulamento n.º 717/2014 da Comissão, de 27 de junho de 2014, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do TFUE aos auxílios de *minimis* no setor das pescas e da aquicultura.

Em resposta à primeira questão, o TJUE considera que o artigo 17.º da Carta *não* impõe aos Estados-Membros uma obrigação de indemnização num caso como aquele presente no processo principal. No entendimento do TJUE, atendendo à redação do artigo 17.º da Carta, esta disposição normativa “só confere expressamente um direito a indemnização em caso de privação do direito de propriedade, como uma expropriação, o que manifestamente não se verifica no caso em apreço”. Aliás, as medidas de proteção do ambiente resultantes das Diretivas «Aves» e «Habitats» não impedem o exercício da atividade de aquicultura, mas apenas regulam as condições deste exercício, pelo que não constituem “na falta de uma compensação a favor dos proprietários em causa, uma intervenção excessiva e intolerável que atente contra a própria essência do direito de propriedade”.

Esta compreensão sobre o alcance da garantia da propriedade privada prevista no artigo 17.º da Carta é, assim, muito semelhante àquela adotada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão sobre o alcance do artigo 62.º, n.º 2, da Constituição. Com efeito, o Tribunal Constitucional entende que esta garantia constitucional do direito a uma justa indemnização só se aplica às situações qualificáveis rigorosamente como expropriações, e às “situações muito próximas de configurar um “esvaziamento do núcleo essencial do direito de propriedade” e, por isso, de efeito lesivo análogo ao da expropriação”^{68/69}. Fora destas situações, a questão que se colocará reside fundamentalmente no princípio na igualdade na repartição dos encargos, que funda o instituo nacional da «indemnização pelo sacrifício».

No que respeita à segunda questão, o TJUE começou por salientar que a natureza indemnizatória ou compensatória de uma medida *não* é relevante para a sua qualificação como um «auxílio de estado». Com efeito, “o artigo

⁶⁸ Cfr. o ponto 2.8.1. do Acórdão.

⁶⁹ A questão subjacente, relacionada com a admissibilidade de um conceito material de expropriação e/ou da figura da “expropriação de sacrifício”, configura um tema complexo cujos desenvolvimentos estão fora de alcance do presente comentário. Sem prejuízo, cabe referir que os fundamentos invocados pelo Tribunal Constitucional no Acórdão para afastar a aplicação do artigo 62.º, n.º 2, da Constituição à indemnização de danos causados pelo lobo-ibérico, consistem essencialmente nos argumentos de que (i) não existe qualquer nexo causal entre a conduta do Estado e o dano, e que (ii) este dano não constitui um efeito intencionado pelo legislador, mas apenas um “efeito secundário negativo”. Contudo, como tivemos a oportunidade de justificar ao longo do presente comentário, estes argumentos não nos parecem sustentáveis.

107.º, n.º 1, TFUE não faz distinção consoante as causas ou os objetivos das intervenções estatais, mas define-as em função dos seus efeitos”. Nessa senda, e tendo em conta o conceito de «auxílio de estado» sedimentado na jurisprudência à luz do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, o Tribunal considera que o tema mais problemático *in casu* consiste em saber se a “indemnização” prevista nas normas legais letãs em apreço se traduz numa “vantagem económica que a empresa beneficiária não teria obtido em condições normais de mercado”. O Tribunal concluiu afirmativamente, argumentando que “os custos associados ao cumprimento das obrigações regulamentares que visam a proteção do ambiente, nomeadamente a da fauna selvagem, e à assunção dos custos dos danos que esta pode causar a uma empresa do sector da aquicultura, como a que está em causa no processo principal, fazem parte dos custos normais de funcionamento dessa empresa”. Mais o Tribunal explicou que i) a “indemnização” em apreço não reúne os requisitos fixados no famoso Acórdão *Altmark* para que seja considerada como uma “compensação por obrigações de serviço público” não qualificada como «auxílio de estado». Com efeito, “o simples facto de um operador económico [...] estar obrigado a cumprir obrigações [...] estabelecidas a título da rede Natura 2000, não é suscetível de demonstrar que esse operador foi incumbido do cumprimento de obrigações de serviço público claramente definidas, na aceção da primeira das quatro condições cumulativas enumeradas no [Acórdão *Altmark*]; e que ii) como esta indemnização consubstancia uma compensação pelos custos normais que os aquicultores têm de assumir no âmbito da exploração da sua atividade numa área abrangida pela rede Natura 2000, tal não se traduz numa responsabilidade civil extracontratual do Estado; portanto, não se aplica a jurisprudência (plasmada sobretudo no Acórdão *Asteris e o./Grécia e CEE*) que considera que não constitui um «auxílio de estado» o montante pago pelas autoridades nacionais a título do ressarcimento dos danos por elas causados. Nessa senda, o TJUE concluiu que a indemnização em apreço, paga aos aquicultores para cobrir (parcialmente) os danos causados pelas aves protegidas, constitui uma “vantagem económica” suscetível de ser qualificada como um «auxílio de estado» (conquanto estejam preenchidos os demais requisitos previstos no artigo 107.º, n.º 1, do TFUE⁷⁰).

⁷⁰ Sobre estes requisitos, v. Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2016/C 262/01), disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)). Segundo a Comissão Europeia, os elementos constitutivos da noção de «auxílio de estado» são: “a existência de uma empresa, a imputabilidade da medida ao Estado, o seu financiamento através de recursos estatais, a concessão de uma vantagem, a seletividade da medida e os seus efeitos sobre a concorrência e as trocas comerciais entre Estados-Membros”.

Por fim, quanto à terceira questão, o TJUE concluiu pela aplicabilidade do Regulamento (UE) n.º 717/2014 (e do limiar de *minimis* ali previsto) à indemnização em apreço, que, no entendimento do Tribunal, configura um «auxílio transparente» cujo montante pode ser calculado *ex ante* com precisão⁷¹.

Tudo visto, justificámos a nossa concordância com o entendimento pertinente do Tribunal Constitucional manifestado no Acórdão, que (i) enquadra a indemnização dos danos causados pelo lobo-ibérico prevista e regulada no Decreto-Lei n.º 54/2016 na matéria de «auxílios estatais», e que (ii) considera legítima e não arbitraria a limitação do valor indemnizatório ao «limiar de *minimis*» previsto no Regulamento (UE) n.º 1408/2013 (no pressuposto de esta indemnização não constituir uma «indemnização pelo sacrifício» imposta pelo princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos).

17. Por fim e em complemento, julga-se que, com vista a contribuir para a análise da matéria de «atribuição de indemnização ou compensação pelos poderes públicos» sob o prisma de «auxílios estatais», pode ser oportuno tecer algumas notas de reflexão (ainda que sucintas) sobre as relações entre a «indemnização pelo sacrifício» e o «auxílio de estado», procurando saber se a adoção de um “ângulo comunitário” sobre a «indemnização pelo sacrifício» poderá, porventura, determinar a necessidade de repensar este instituto nacional:

- a) Não existem dúvidas de que a «indemnização pelo sacrifício» e o «auxílio de estado» são institutos com racionalidades, fundamentos normativos e finalidades diferentes. Conforme indagado *supra* e no próprio Acórdão, a «indemnização pelo sacrifício» é um instituto com fundamento baseado no princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, constituindo um direito fundamental dos cidadãos e um dever constitucional dos poderes públicos. Por sua vez, correndo o risco de simplificação excessiva, diríamos que, no plano constitucional, o «auxílio de estado» é um instituto sem enquadramento e fundamento unitário; consoante o tipo de auxílios em causa, a sua atribuição pode ter como fundamento o princípio da solidariedade e/ou o dever constitucional de prossecução pelos poderes

⁷¹ Segundo o disposto no n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento (UE) n.º 717/2014, “o presente regulamento aplica-se exclusivamente aos auxílios relativamente aos quais é possível calcular com precisão, *ex ante*, o seu equivalente-subvenção bruto, sem necessidade de uma avaliação de risco («auxílios transparentes»)”. Esta norma está prevista igualmente no Regulamento (UE) 1408/2013, aplicável ao caso em apreço sobre a indemnização pelos danos causados pelo lobo-ibérico.

públicos de certas políticas socioeconómicas de fomento (em sentido amplo)^{72/73}. Assim, nem sempre se afigura sustentável afirmar a existência de um direito fundamental dos cidadãos a «auxílios estatais».

Aliás, do ponto de vista jurídico-económico, é comum que a «indemnização pelo sacrifício» e o «auxílio de estado» sejam encarados de forma diferente. Com efeito, enquanto a «indemnização pelo sacrifício» é vista como um mecanismo compensatório que visa repor uma situação intolerável para a justiça distributiva, o «auxílio de estado» é encarado como uma intervenção do Estado no mercado⁷⁴. Por esta razão, não é usual que a «indemnização pelo sacrifício» *per se* seja perspectivada como uma atuação intervencionista do Estado, mas sim como um remédio que procura “reintegrar” o encargo ou sacrifício (anormal e especial) provocado por uma intervenção autoritária do Estado em nome do interesse público; ao invés, a natureza “intervencionista” do «auxílio de estado» já suscita problemas que tocam diretamente à garantia europeia da liberdade e concorrência no mercado interno, pelo que o seu controlo e regulação constitui uma competência da União Europeia (cfr. alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º do TFUE) e que o regime-regra é a proibição da sua atribuição pelos Estados-Membros (cfr. n.º 1 do artigo 107.º do TFUE).

- b) Neste quadro, aparenta-se que, *no plano concetual*, existe uma relação de exclusão mútua entre a «indemnização pelo sacrifício» e o «auxílio de estado». Isto é, ou a atribuição de uma compensação (em sentido lato) pelos poderes públicos tem natureza “intervencionista” e, assim, está em causa um «auxílio de estado» que, *em regra*, está proibido pelas regras de Direito da União Europeia, ou este ato atributivo não tem natureza “intervencionista” e, portanto, se está perante uma «indemnização pelo sacrifício» que não deve suscitar problemas concorrenciais, mas sim questões constitucionais de justiça distributiva relacionadas com o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos;

⁷² A este propósito, recorda-se, conforme referido *supra*, o artigo 93.º da Constituição, que refere expressamente a concessão de apoios do Estado no âmbito da prossecução dos objetivos da política agrícola.

⁷³ Para mais desenvolvimentos sobre as conceções de Administração Pública de fomento e de direito administrativo de fomento, v. ANA RAQUEL COXO, *Direito, Administrativo das Subvenções*, Coimbra: Almedina, 2023, *passim*, maxime a Parte I da obra; e PAULO LINHARES DIAS, *A Atividade Administrativa de Fomento – Contributo para uma Teoria das Subvenções e Ajudas Públicas*, Coimbra: Gestlegal, 2023, *passim*.

⁷⁴ Vide a própria definição de «auxílios estatais» constante do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE.

- c) Esta relação ideal de harmonia entre a «indenização pelo sacrifício» e o «auxílio de estado», porém, não está garantida no plano dogmático. Como efeito, à luz da análise realizada ao longo do presente texto em diálogo com a doutrina e com a posição adotada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão, é de notar que a construção doutrinal e jurisprudencial dos requisitos de fundamentação da «indenização pelo sacrifício» tem como referência normativa o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, e *não* a garantia da concorrência no mercado interno da União Europeia. Por isso, diríamos que, *de iure condito*, não se vislumbra que algum dos requisitos da «indenização pelo sacrifício» seja imposto e regulado com o objetivo de garantir a sua “natureza não intervencionista” *na perspectiva de Direito da União Europeia* (*rectius*, à luz do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE).

Sem dúvida, não ignoramos que a «indenização pelo sacrifício» exige que o dano seja “anormal”. Também não foi olvidado que conforme salientado no Acórdão do TJUE de 27.01.2022 (processo C-238/20) suprarreferido, para estar em causa uma “vantagem económica” suscetível de ser qualificada como um «auxílio de estado», é necessário demonstrar que este benefício *não* poderia ser obtido *em condições normais de mercado*; aliás, conforme recordado pelo advogado geral Athanasios Rantos nas suas conclusões apresentadas no âmbito do mesmo processo, “*o Tribunal de Justiça declarou que uma regulamentação nacional que se limita a evitar que o orçamento de uma empresa seja onerado com um encargo que, em condições normais, não teria existido, não confere uma vantagem a essa empresa, suscetível de constituir um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE*” (sublinhado adicionado). Neste quadro, *prima facie*, afigura-se legítimo afirmar que a «indenização pelo sacrifício» tem como requisito positivo a «anormalidade do dano ou encargo», que, entretanto, se traduz num requisito negativo do «auxílio de estado».

Mesmo assim, a verdade é que, como se referiu *supra*, na matéria da «indenização pelo sacrifício», o requisito de «anormalidade do dano» tem como função primária evitar “*uma total socialização dos prejuízos*”⁷⁵ num Estado social (com recursos escassos), em vez de afastar intervenções dos poderes públicos que possam causar perturbações à concorrência no mercado interno. Noutras palavras, *não é necessário*,

nem pertinente, que o requisito de “anormalidade do dano” da «indenização pelo sacrifício» seja densificado à luz do conceito de «vantagem económica» subjacente ao «auxílio de estado». Com efeito, tal corre o risco de desvirtuar a ligação do requisito de “anormalidade do dano” ao princípio constitucional da igualdade dos cidadãos na repartição dos encargos públicos;

- d) Noutra perspetiva, nada impede que, *em teoria*, uma «indenização pelo sacrifício» (devida por força do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos), possa vir a ser considerada como uma “vantagem económica” sob o prisma do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE. Neste tipo de situações, o Estado Português estará colocado numa situação de dilema (cuja resolução não se afigura fácil):

Por um lado, caso o Estado opte por respeitar plenamente o direito (fundamental) do particular à «indenização pelo sacrifício» devida, vai correr o risco de violar o Direito da União Europeia pela concessão de uma compensação que, nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, possa constituir um «auxílio de estado», *salvo* se conseguir comprovar a compatibilidade deste auxílio com o mercado interno, designadamente com fundamento no disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 107.º e/ou nos regimes especiais de isenção (em sentido impróprio) aprovados ao abrigo dos artigos 107 a 109.º do TFUE;

Por outro lado, caso o Estado opte, por exemplo, por limitar o valor da «indenização pelo sacrifício» ao limiar de *minimis* aplicável, com vista a prevenir a sua incompatibilidade com o mercado interno, tal pode suscitar questões assaz sensíveis no plano jurídico-constitucional, sobretudo no que concerne à qualificação desta limitação como uma «restrição aos direitos fundamentais» e à sua conformidade com o artigo 18.º da Constituição.

VI. Considerações finais

Em jeito de conclusão, aproveitamos para tecer a seguinte observação avulsa:

Conforme explicado, a nossa concordância com a decisão do Tribunal no Acórdão quanto à não violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos prende-se (unicamente) com o facto de entendermos que os danos causados pela predação do lobo-ibérico não têm natureza “anormal”. Contudo, a nossa justificação da anormalidade do dano diverge substancialmente da *ratio decidendi* do Acórdão. Recordando, para nós, o dano

⁷⁵ A expressão é citada de J.J. GOMES CANOTILHO, *O Problema... op. cit.*, p. 271.

em apreço, mesmo que possa ser “anormal” *ab initio* (para os produtores que tenham iniciado a atividade antes de 1988), ficou “normalizado” pelo longo tempo de vigência das medidas de proteção que, em nosso entender, constituem a causa deste dano. Traduzindo-se assim a (a)normalidade num juízo *temporalmente sensível*, nada impede que a conclusão mude em virtude da evolução futura da relação “Estado-lobo-produtor pecuário” em causa. A este propósito, afigura-se oportuno mencionar a “Resolução do Parlamento Europeu, de 24 de novembro de 2022, sobre a proteção da criação de gado e dos grandes carnívoros na Europa (2022/2952(RSP))”⁷⁶, em que esta instituição da União Europeia reapreciou as questões atinentes à proteção do lobo (e de outros grandes carnívoros) e à reparação dos danos causados pelos ataques do lobo aos criadores de gado. Neste âmbito, destaca-se especialmente o ponto 4 da Resolução: “[s]aída o facto de o ponto «Proposta de alteração: transferência do lobo (*Canis lupus*) do anexo II para o anexo III da Convenção» ter sido incluído na ordem do dia da 42.ª reunião da Comissão Permanente da Convenção de Berna; realça que o estado de conservação do lobo a nível pan-europeu justifica a redução do estatuto de proteção e, consequentemente, a adoção da alteração proposta” (sublinhado adicionado).

Ora, essa redução do estatuto de proteção do lobo em proposta, caso venha a ser concretizada, não poderá deixar de ressuscitar a discussão sobre a (a)normalidade da *manutenção* da sujeição dos produtores pecuários às mesmas medidas de proteção plasmadas, hoje em dia, no Decreto-Lei n.º 54/2016. Isto, por seu turno, poderá justificar uma reapreciação da questão de (in)constitucionalidade analisada no Acórdão.

⁷⁶ Esta Resolução do Parlamento Europeu foi objeto de repúdio do Estado Português através da Resolução da Assembleia da República n.º 60/2023, de 7 de junho.

A Representação Judiciária do Estado pelo Ministério Público – Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 857/2022

Luís Sousa da Fábrica

Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito
l.fabrica@ucp.pt

Resumo: O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 857/2022, objeto do presente comentário, insere-se numa corrente jurisprudencial recente que tem julgado inconstitucional o regime estabelecido para a representação judiciária do Estado pelo Ministério Público, na parte em que converte essa representação numa mera possibilidade, dependente de decisão discricionária do Governo. Tal solução legal, extraída da conjugação entre o disposto no n.º 1 do artigo 11.º e no n.º 4 do artigo 25.º do CPTA, na redação dada pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, foi considerada no acórdão comentado como desconforme ao disposto no n.º 1 do artigo 219.º da Constituição, por conduzir ao esvaziamento da competência do Ministério Público para assumir o patrocínio do Estado nos processos em que este seja parte. O juízo de inconstitucionalidade funda-se numa argumentação globalmente sólida, que justifica de modo convincente a ultrapassagem pela norma *sub judice* dos limites colocados pela Constituição à liberdade de conformação pelo legislador ordinário do âmbito e do regime da representação judiciária do Estado. As insuficiências da análise da evolução do contencioso administrativo e dos seus reflexos na estrutura dos processos, na legitimidade processual e na representação judiciária do Ministério Público constituem os aspetos menos positivos do acórdão, que justifica ainda algumas reservas quanto a pontos secundário da argumentação.

Abstract: The subject of this commentary is the Constitutional Court's ruling 857/2022, which is part of a recent trend of case law that has ruled unconstitutional the regime established for the judicial representation of the State by the Public Prosecution Service, insofar as it converts this representation into a mere possibility, dependent on the discretionary decision of the Government. This legal solution, drawn from the combination of the provisions of Article 11(1) and Article 25(4) of the CPTA, as amended by Law 118/2019 of 17 September, was considered in the ruling to be inconsistent with the provisions of Article 219(1) of the Constitution, as it led to the voiding of the competence of the Public Prosecution Service to represent the State in proceedings in which it is a party. The judgement of unconstitutionality is based on an overall solid argument, which convincingly sets out the reasons why the rule in question exceeds the limits placed by the Constitution on the ordinary legislator's freedom to shape the scope and regime of the State's legal representation. The shortcomings of the analysis of the evolution of administrative litigation and its impact on the structure of proceedings, procedural legitimacy and the legal representation of the Public Prosecution Service are the least positive aspects of the judgement, which also raises some reservations on certain secondary points of the reasoning.

Palavras-chave: Ministério Público; representação em juízo; patrocínio; parte; citação; inconstitucionalidade; contencioso administrativo.

Keywords: Public Prosecution Service; representation in court; advocacy; parties; summons; unconstitutionality; administrative judicial proceedings.

I. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 857/2022 (excertos)

«II – Fundamentação

(...)

6. (...) Constitui (...) objeto do presente recurso a norma que resulta da interpretação conjugada dos artigos 11.º, n.º 1, e 25.º, n.º 4, do Código de Processos nos Tribunais Administrativos (aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, na redação dada pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, adiante designado «CPTA»), segundo a qual, nos tribunais administrativos, quando seja demandado o Estado ou na mesma ação sejam demandados diversos ministérios, a representação do Estado pelo Ministério Público é uma possibilidade, sendo a

citação dirigida unicamente ao Centro de Competências Jurídicas do Estado, que assegura a sua transmissão aos serviços competentes e coordena os termos da respetiva intervenção em juízo.

B. DO MÉRITO DO RECURSO

7. Os preceitos legais que integram o objeto do presente recurso, tal como alterados pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, são reconhecidamente relevantes para a definição da intervenção processual do Ministério Público em representação do Estado, quando este é a parte demandada numa ação administrativa.

Defende o recorrente que, «ao estabelecer a possibilidade de “transmitir a citação” em causa a ente que não está constitucionalmente habilitado a representar em juízo o Estado» e «ao transmutar em mera possibilidade o imperativo constitucional que reserva para o Ministério Público a atribuição da competência para representar em juízo o Estado, com ablação da competência de representação judiciária (passiva), que integra diretamente o “núcleo de sentido” da mesma», a solução legal impugnada contende com o n.º 1 do artigo 219.º da Constituição.

Em segundo lugar, alega que «o aludido complexo legal (...) ao atribuir ao CCJE [Centro de Competências Jurídicas do Estado], um serviço central da administração direta do Estado, o poder de emitir atos que determinarão livremente o sentido e alcance da “vontade da lei”, em matéria da escolha (o “se” da escolha do representante judiciário) do representante em juízo do Estado em cada concreta ação administrativa (responsabilidade ou contrato) em que este é demandado, institui a sua própria deslegalização, numa matéria que é objeto de reserva de lei, viola o preceituado nas disposições conjugadas dos artigos 112.º, n.º 5, 165.º, n.º 1, alínea p), e 219.º, n.º 1, da Constituição».

Por último, defende que, «ao atribuir ao CCJE, um serviço central da administração direta do Estado, o poder de “coordenar os termos da intervenção em juízo” (“o como” da intervenção em juízo) do Ministério Público, com detrimento da sua competência e autonomia, enquanto representante judiciário do Estado, viola o preceituado nas disposições conjugadas do artigo 219.º, n.º 1, 2 e 4, da Constituição».

A interessada Presidência do Conselho de Ministros expôs as diversas razões pelas quais entende que «improcede o entendimento de que o n.º 1 do artigo 219.º [da Constituição] não admitiria exceções a introduzir pelo legislador à representação dos interesses do Estado pelo Ministério Público e que não

haveria outras normas legais a admitir a representação do Estado por outras entidades» e defendeu que «a norma do novo n.º 1 do artigo 11.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos está muito longe de implicar um completo esvaziamento das competências constitucionais reconhecidas ao Ministério Público para assegurar a representação do Estado em Tribunal». Ao declarar que «nos tribunais administrativos é obrigatória a constituição de mandatário, o preceito admite que as entidades públicas, incluindo o Estado-administração, possam “fazer-se patrocinar em todos os processos por advogado, solicitador ou licenciado em direito ou em solicitoria com funções de apoio jurídico”, que se trata «de uma faculdade e não de uma imposição (clarificada pelo uso da expressão “podendo”) e que será solucionada, a nível do Governo, caso a caso, em razão na natureza dos processos e das particularidades da defesa do interesse público, tal como esta é perspetivada pelos órgãos que o compõem». Deste modo, entende a interessada que «[a] intervenção do Ministério Público não é, de modo algum, arredada e continua como regra geral, como o demonstra a fórmula “sem prejuízo da possibilidade de representação do Estado pelo Ministério Público”, ou seja, «sempre que o Governo não incumba outrem do seu patrocínio judiciário, aplica-se a regra de que é representado pelo Ministério Público».

Considera ainda que «o facto de o Centro de Competências Jurídicas do Estado constituir o destinatário das citações relativas a processos do contencioso administrativo em que o mesmo Estado seja demandado em nada afetará a competência constitucional genérica do Ministério Público de representação do Estado em juízo». O n.º 4 do artigo 25.º do CPTA limita-se, segundo a interessada, a atribuir ao Centro de Competências Jurídicas do Estado uma «função processual de natureza instrumental», «de receção e encaminhamento de processos, em representação do Estado», «dev[endo] proceder-se a uma interpretação em conformidade com a Constituição do referido preceito, nos termos da qual a “coordenação” da “intervenção em juízo” aí referida apenas se aplica, como é natural, aos serviços jurídicos dos diversos ministérios, com os quais o Centro se encontra articulado, nomeadamente através da Rede de Serviços Jurídicos da Administração Pública». Pugna, portanto, por que seja concedido provimento ao recurso.

8. Analisadas as contra-alegações apresentadas pela interessada, observa-se que uma parte relevante dos argumentos invocados se destinam a sustentar uma interpretação dos artigos 11.º, n.º 1, e 25.º, n.º 4, do CPTA, no estrito plano do direito ordinário, divergente da que foi adotada pelo Tribunal a quo. Como resulta do exposto, entende a interessada que esses preceitos legais devem ser interpretados

no sentido de o Estado ser em regra representado pelo Ministério Público, sendo essa regra geral de afastar, apenas, nos casos em que o Governo incumba outrem do seu patrocínio judiciário. No entanto, e como se referiu já, o Tribunal a quo interpretou os referidos preceitos legais no sentido de a «representação» do Estado pelo Ministério Público constituir uma possibilidade, que se efetiva apenas se, depois de citado o Centro de Competências Jurídicas do Estado, o Governo decidir incumbir o Ministério Público dessa tarefa.

Cumpra, por isso, e como se referiu já, esclarecer que, de acordo com o tipo de fiscalização que se lhe encontra constitucionalmente cometida, não cabe a este Tribunal pronunciar-se sobre a correção ou bondade jurídica do resultado interpretativo alcançado pelo Tribunal recorrido. Muito concretamente, não lhe cabe verificar se, ao ressaltar expressamente as hipóteses de representação do Estado pelo Ministério Público no âmbito da jurisdição administrativa, a Lei n.º 118/2019 pretendeu apenas abrir caminho à edição de normas especiais que, à semelhança da solução constante do artigo 24.º do Código de Processo Civil, venham futuramente a especificar os casos em que o «patrocínio por mandatário judicial próprio» pode ter lugar, ou, pelo contrário, como entendeu o Juiz a quo, procurou ir mais além e, ao perspetivar aquela representação como uma mera «possibilidade», alterou mais radicalmente o regime pretérito, optando pelo abandono puro e simples do modelo de representação obrigatória do Estado pelo Ministério Público, sem simultaneamente o reconduzir à verificação de quaisquer pressupostos materiais preestabelecidos ou a estabelecer futuramente.

(...)

10. A reforma do contencioso administrativo, concluída em 2002 com a aprovação do novo ETAF (pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro) e do CPTA (pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro), trouxe importantes novidades.

Para além de ter sido eliminada a figura do recurso contencioso e de os meios processuais principais terem passado a assumir as formas de ação administrativa comum — que compreendia, entre outros, os processos que tivessem por objeto litígios relativos à responsabilidade civil das pessoas coletivas, bem como à interpretação, validade ou execução de contratos (cf. o artigo 37.º do CPTA, na sua redação original) — ou de ação administrativa especial — que abrangia os processos que tivessem por objeto «pretensões emergentes da prática ou omissão ilegal de atos administrativos, bem como de normas que tenham ou devessem ter sido emitidas ao abrigo de disposições de direito administrativo» (artigo 46.º do CPTA, na sua redação original) —, procedeu-se a uma certa reconfiguração da intervenção do Ministério Público, sobretudo tendo em conta o que dispunha a alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º do Estatuto então vigente.

Por um lado, o artigo 51.º do novo ETAF passou a dispor que, para além de «defender a legalidade democrática e promover a realização do interesse público», compete ao Ministério Público «representar o Estado» — e não também as regiões autónomas e as autarquias locais, referidas na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º do EMP —, «exercendo, para o efeito, os poderes que a lei processual lhe confere». Por outro, o CPTA veio delimitar, de forma clara, o âmbito objetivo das competências atribuídas ao Ministério Público, ao estabelecer, no n.º 2 do artigo 11.º, que «as pessoas coletivas de direito público ou os ministérios podem ser representados em juízo por licenciado em Direito com funções de apoio jurídico, expressamente designado para o efeito», «[s]em prejuízo da representação do Estado pelo Ministério Público nos processos que tenham por objeto relações contratuais e de responsabilidade».

Neste novo quadro legal, a distinção entre a representação do Estado pelo Ministério Público e a “representação” pelo Ministério Público de outras pessoas coletivas públicas tornou-se ainda mais clara. Como pode ler-se no Parecer n.º 7/2014, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (publicado Diário da República, 2.ª série, n.º 126, de 3 de julho de 2014, p. 17295):

«A situação dos institutos públicos à luz do disposto no artigo 21.º, n.º 4, da LQIP, é equiparável à das regiões autónomas e das autarquias locais, uma vez que os institutos é que são citados, nas pessoas dos respetivos titulares máximos dos órgãos executivos (artigo 21.º, n.º 3, da LQIP), enquanto nas ações contra o Estado, este é citado na pessoa do procurador junto do tribunal competente. Por isso mesmo, o Estado não pode afastar essa representação pelo Ministério Público. Isto significa que no caso do Estado prevê-se uma verdadeira representação e, pelo contrário, no que se refere aos institutos públicos, não se trata de uma representação em sentido estrito, mas estes podem solicitar ao Ministério Público que as defenda, no quadro de um verdadeiro e próprio patrocínio judiciário. É por isso que a representação do Estado pelo Ministério Público não pode ser afastada pelos órgãos do Estado-administração, enquanto, pelo contrário, a representação da região autónoma ou da autarquia local cessa quando for constituído mandatário próprio, nos termos do n.º 2 do artigo 5.º do EMP.»

Para além disso, e com maior relevância, a representação do Estado pelo Ministério Público no âmbito do contencioso administrativo ficou cingida aos processos que tivessem por objeto relações contratuais e de responsabilidade, em linha com o que dispunha a alínea a) do artigo 53.º do EMP então vigente.

11. Estas disposições do CPTA viriam a ser, no entanto, alteradas pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, através do qual, como é sabido,

se procedeu a uma nova e profunda reforma do contencioso administrativo, cuja relevância se não esgotou na fusão das ações comum e especial numa única forma processual, designada ação administrativa comum.

No que releva para a presente análise, importa salientar que o artigo 11.º do CPTA, que continuou a versar sobre o «patrocínio judiciário e a representação em juízo», foi consideravelmente modificado, sobretudo no segmento correspondente à ressalva da representação do Estado pelo Ministério Público. Assim, onde antes constava «[s]em prejuízo da representação do Estado pelo Ministério Público nos processos que tenham por objeto relações contratuais e de responsabilidade», passou a constar, agora no n.º 2, «sem prejuízo da representação do Estado pelo Ministério Público». Concretamente, o n.º 2 do artigo 11.º do CPTA passou a ter a seguinte redação: «Nos tribunais administrativos é obrigatória a constituição de mandatário, nos termos previstos no Código do Processo Civil, podendo as entidades públicas fazer-se patrocinar em todos os processos por advogado, solicitador ou licenciado em direito ou em soliciatoria com funções de apoio jurídico, sem prejuízo da representação do Estado pelo Ministério Público». Em consequência desta alteração, o artigo 11.º do CPTA deixou de conter qualquer associação expressa entre a representação do Estado pelo Ministério Público e os «processos que tenham por objeto relações contratuais e de responsabilidade». Esta alteração não foi, no entanto, acompanhada de qualquer modificação do EMP, em especial da alínea a) do seu artigo 53.º, o que levou a que se entendesse, tendo em conta o disposto no artigo 51.º do ETAF (também alterado pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015), que ao Ministério Público fora cometida a representação do Estado na defesa dos seus interesses patrimoniais, «exercendo, para o efeito, os poderes que a lei lhe confere» (v. Ricardo Pedro, “Representação do Estado pelo Ministério Público no Código de Processo nos Tribunais Administrativos revisto: introdução a algumas questões», in Amado Gomes, C./Neves, Ana F./Serrão, Tiago, Comentários à revisão do ETAF e do CPTA, 3.ª edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2017 [pp. 503-519], pp. 511-513).

Já em matéria de legitimidade passiva, o n.º 2 do artigo 10.º do CPTA, na redação que lhe foi dada em 2015, passou a prever que, «[n]os processos intentados contra entidades públicas, parte demandada é a pessoa coletiva de direito público, salvo nos processos contra o Estado ou as Regiões Autónomas que se reportem à ação ou omissão de órgãos integrados nos respetivos ministérios ou secretarias regionais, em que parte demandada é o ministério ou ministérios, ou a secretaria ou secretarias regionais, a cujos órgãos sejam imputáveis os atos praticados ou sobre cujos órgãos recaia o dever de praticar os atos jurídicos ou observar os comportamentos pretendidos.» Da nova redação

dada a esta disposição parecia, *prima facie*, resultar uma significativa ampliação das hipóteses em que a pessoa coletiva Estado deixaria de ser a parte demandada para passar(em) a ser o(s) ministério(s) a cujos órgãos fossem imputáveis a omissão de «comportamentos pretendidos» ou «os atos praticados», e já não apenas os «atos jurídicos impugnados». O que levou certos Autores, como Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha (v. o Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 108-109), a defender que esta exceção deve ser objeto de uma interpretação restritiva, nos seguintes termos:

«(...) A nosso ver, esta exceção deve ser interpretada como pretendendo abranger as ações de impugnação e de condenação à prática de atos jurídicos ou operações materiais específicos pelos órgãos em causa. Deve, por isso, entender-se que ela não abrange, mesmo para o Estado e as Regiões Autónomas, as ações de responsabilidade civil extracontratual, bem como as ações sobre contratos, a que aludem as alíneas k) e l) do n.º 1 do artigo 37.º, que não têm tal objeto. Mas isto, apenas quando o pedido respeitante à responsabilidade ou ao contrato seja o único pedido deduzido na ação ou, pelo menos, o pedido principal, uma vez que, para o caso de ele ser cumulado com um pedido que se enquadre na exceção da segunda parte do n.º 2, rege o n.º 7 (...).»

Assim compreendidas as alterações introduzidas nos artigos 10.º e 11.º do CPTA pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, verifica-se que delas não resultaram modificações substanciais de regime em matéria de representação do Estado pelo Ministério Público, tendo ficado muito aquém do que fora proposto pela comissão de revisão do CPTA criada em 2012 (neste sentido, v. Mário Aroso de Almeida, loc. cit., p. 19). Daí que, pelo menos para os críticos da subsistência daquela função representativa, o aspeto mais relevante da reforma de 2015 tivesse acabado por residir na «oportunidade desperdiçada para reconfigurar, ou pelo menos aligeirar, a tradicional e para muitos anacrónica missão de representação do Estado» (aludindo a tal posição, v. Paulo Dias Neves, “Notas sobre a defesa da legalidade pelo Ministério Público no CPTA revisto”, in Amado Gomes, C./Neves, Ana F./Serrão, Tiago, Comentários à revisão do ETAF e do CPTA, cit., [pp. 521-544], p. 521).

(...)

20. Aqui chegados, importa relembrar que o artigo 219.º da Constituição, inserido no Capítulo IV (“Ministério Público”) do Título V (“Tribunais”) da Parte reservada à organização do poder político, versa sobre as funções e estatuto do Ministério Público. A norma, pelo seu conteúdo e inserção sistemática,

integra o chamado direito constitucional organizatório, entendido como «o conjunto de regras e princípios constitucionais que regulam a formação dos órgãos constitucionais, sobretudo dos órgãos constitucionais de soberania, e respetivas competências e funções, bem como a forma e procedimento da sua atividade» (J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, cit., p. 541). A competência, por sua vez, pode ser definida como «o poder de ação e de atuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos», envolvendo, «por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas bem como os meios de ação («poderes») necessários para a sua prossecução.(...)» (idem, op. cit., p. 543).

Neste quadro, deve admitir-se que o artigo 219.º, n.º 1, ao atribuir ao Ministério Público a competência para representar o Estado — entendida essa competência na aceção mais estrita a que se aludiu supra —, não estabelece per se uma garantia institucional não *jusfundamental*, como defende o recorrente, da qual possa ou deva inferir-se que só o Ministério Público se encontra constitucionalmente autorizado ou legitimado a assegurar a representação em juízo do Estado-Administração, na defesa dos seus interesses patrimoniais. Uma vez que a competência se traduz essencialmente «numa autorização ou legitimação para a prática de atos jurídicos (aspeto positivo) e num limite para essa prática (aspeto negativo)» (Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Vol. III (Tomo V), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 61), a mera atribuição a um determinado ente — aqui, o Ministério Público — de competência para exercício de uma certa função — no caso, a representação do Estado-Administração — não constitui, só por si, base suficiente para se afirmar uma reserva constitucional de competência a favor do ente de que se trate. Tal conclusão, para poder firmar-se, tem sempre de contar com outros pontos de apoio, que evidenciem e permitam discernir o respetivo fundamento material. Ora, a compreensão integrada das diversas funções atribuídas ao Ministério Público, designadamente à luz do seu estatuto constitucional, está longe de favorecer tal posição.

Com efeito, mesmo admitindo que à atribuição da competência referida no primeiro segmento do n.º 1 do artigo 219.º não seja indiferente o propósito de que a intervenção do Estado na defesa dos seus interesses em juízo se processe de acordo com os critérios de legalidade e objetividade a que se encontra tipicamente subordinada a atuação do Ministério Público, continua a não ser possível correlacionar a função de representação do Estado, entendida como «advocacia do Estado», com as demais funções atribuídas àquela magistratura, em termos de poder afirmar-se que a Constituição reserva ao Ministério Público uma competência exclusiva

para representar o Estado-Administração, quando este é a parte demandada em contencioso administrativo e em causa está a defesa dos seus interesses patrimoniais. Relembre-se que não está aqui em causa qualquer limitação dos poderes legalmente conferidos ao Ministério Público para intervir no contencioso administrativo, em defesa da legalidade democrática, como titular da ação pública ou como *amicus curiae*, no âmbito da «fiscalização judicial do poder administrativo», que segundo José Manuel Ribeiro de Almeida, constitui «um dos domínios por excelência» da plena efetivação da «vocação institucional e [d]a incumbência constitucional de defender a legalidade democrática» que a este magistratura se reconhece (v. «Uma Teoria da Justiça» – Justificação do Ministério Público no contencioso administrativo», Revista do Ministério Público, n.º 84, Ano 21, Outubro-Dezembro de 2000 [pp. 95-117], p. 95). O que está em causa é, tão-só, o exercício daquela função de «advocacia do Estado» que, como vem sendo amplamente reconhecido, é potencial antagonista dos atributos que integram o estatuto constitucional daquela magistratura; o mesmo é dizer, da autonomia do Ministério Público entendida, antes do mais, como «autonomia orgânica e funcional» do Ministério Público “face ao poder executivo” (Acórdão n.º 305/2011) - e do exercício da função de defesa da legalidade democrática, com a qual pode bem mostrar-se em concreto incompatível. É precisamente por essa razão que hoje se encontra expressamente prevista, no artigo 93.º do novo EMP, a possibilidade de o Ministério Público requerer ao Estado que constitua mandatário próprio, nos casos em que se verifique existir conflito entre entidades, pessoas ou interesses que o Ministério Público deva representar, e que deve ter-se por analogicamente aplicável às ações administrativas o disposto nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 101.º do EMP, segundo as quais quaisquer «instruções específicas» só poderão ser transmitidas aos magistrados, por intermédio do Procurador-Geral da República, pelo membro do Governo responsável pela área da justiça (neste sentido, v. o Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 7/2014, cit., p. 17297, e J. C. Vieira de Andrade, op. cit., p. 154).

Acresce que, quando se trate de determinar em que condições é que o Estado carece da representação do Ministério Público em juízo, não parecem retirar-se da Constituição (em especial dos seus artigos 22.º e 268.º) especiais ou decisivos condicionamentos ao poder de conformação do legislador, gozando este de uma ampla margem para definir, v.g., as normas que regem os processos em que o Estado é parte, quando é que o Estado age através de outras pessoas coletivas públicas (cf. o artigo 267.º da Constituição) e se, ou em que casos, é o Estado-Administração a deter legitimidade passiva (e não essas entidades ou outras dotadas de personalidade judiciária). O que explica que, como se viu, a competência do

Ministério para representar o Estado desde há muito — e incontestadamente — se restrinja a um domínio de matérias fortemente limitado — id est, às ações que tenham por objeto litígios emergentes de relações contratuais ou da responsabilidade civil do Estado —, figurando «os ministérios» e outras pessoas coletivas públicas como parte demandada num vasto conjunto de ações intentadas contra o Estado (cf. o n.º 2 do artigo 10.º do CPTA).

Do que fica dito resulta, em suma, não ser possível extrair da Constituição qualquer argumento que favoreça o entendimento de que a função cometida ao Ministério Público pelo inciso inicial do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição integra o monopólio da representação em juízo do Estado, entendido como Estado-Administração, na defesa dos seus interesses patrimoniais. Deste modo, ainda que se reconheça quanto «de estável e sedimentado também há na atribuição da competência para representar o Estado em juízo» (Jorge Miranda/Rui Medeiros, op. cit., p. 194), não se vê como, mesmo nesse estrito domínio, o exercício de tal competência exclusivamente pelo Ministério Público possa ter-se por incindível da configuração constitucional da missão confiada a esta magistratura, sobretudo quando se considera, com Inês Seabra de Carvalho, que «[a]s competências, constitucionais e legais, enquanto poderes de ação e de atuação atribuídos ao Ministério Público estarão (...) em princípio funcionalmente submetidas ao programa finalístico/teleológico da defesa da legalidade democrática» (cit., p.213).

21. Aqui chegados, é possível concluir com relativa segurança que a Constituição, apesar de dotar o Ministério Público da competência necessária para assegurar a representação em juízo do Estado-Administração e remeter para a lei a determinação dos interesses ao serviço dos quais tal competência deve ser exercida, não impõe que essa representação deva ser sempre concretizada, no plano infraconstitucional, através do instituto da representação legal, pelo menos com todas as consequências que daí, à partida, derivariam para a autonomia do ente representado. Em rigor, caso a Constituição impusesse a via única da representação legal — que se caracteriza, como se sabe, pelo facto de os poderes do representante serem independentes da vontade do representado —, isso significaria que o legislador se encontraria impedido de atribuir ao Estado-Administração, quando demandado, qualquer prerrogativa de que pudesse depender não só o início como o fim da sua concreta representação pelo Ministério Público em juízo. Neste caso, tal representação só poderia decorrer direta e imperativamente da lei, sem que o Executivo — ou mesmo o Ministério Público, em caso de conflito de interesses — pudesse obstaculizá-la ou colocar-lhe termo através da constituição de mandatário.

Atenta a missão constitucionalmente confiada ao Governo, enquanto órgão superior da administração pública (artigo 182.º da Constituição), e ao Ministério Público, enquanto magistratura autónoma e preeminentemente comprometida com a defesa da legalidade democrática, há que concluir, pois, que o inciso inicial do n.º 1 do artigo 219.º não impede o legislador de, seja em que termos ou por que via for, atribuir ao Executivo a faculdade de se defender em juízo pelos meios que tenha por mais eficazes e conformes à realização dos interesses públicos que integram as respetivas atribuições, nem, evidentemente, de facultar ao Ministério Público, em caso de conflito, as necessárias condições para dar primazia à defesa dos interesses que lhe cabe defender nos termos da lei e da Constituição, em detrimento da defesa dos interesses patrimoniais do Estado-Administração.

Resta saber se, tratando-se de atribuir ao Estado a faculdade de decidir acerca da sua defesa contenciosa, o legislador pode seguir nessa atribuição o mecanismo concretamente consagrado nos artigos 11.º, n.º 1, e 25.º, n.º 4, do CPTA, tal como a decisão recorrida os interpretou. Ou, pelo contrário, ao converter a representação do Estado pelo Ministério Público, quando demandado na ação, numa «mera possibilidade, sendo a citação seja dirigida unicamente ao Centro de Competências Jurídicas do Estado, que assegura a sua transmissão aos serviços competentes e coordena os termos da respetiva intervenção em juízo», o legislador concretizou aquela atribuição em termos tais que não permitem continuar a reconhecer no Ministério Público, pelo menos com a densidade mínima necessária, a competência para «representar o Estado» que lhe é cometida pela Constituição.

22. *Tão segura como a afirmação de que a Constituição não impõe o monopólio da representação do Estado-Administração pelo Ministério Público, nem que esta se efetive sempre e só com todas as limitações inerentes a uma representação legal em sentido próprio, é a ideia de que, ao incumbir expressamente o Ministério Público de «representar o Estado», a Constituição também não coloca na livre disponibilidade do legislador ordinário a decisão sobre o se dessa representação, designadamente em termos que compreendam a possibilidade de este a cometer por inteiro ao Estado-Administração, enquanto ente representado.*

Com efeito, não é possível atribuir ao inciso inicial do n.º 1 do artigo 219.º o sentido de salvaguardar a opção por um modelo de pura representação voluntária. Este determinaria que o Ministério Público não tivesse, nem em princípio, nem por regra, intervenção principal nos processos em que é demandado o Estado e estão em causa interesses cuja defesa lhe é atribuída por lei, o que esvaziando de conteúdo útil, ou desmentindo até, a atribuição àquela magistratura da competência para «representar o Estado» que, como atrás se viu (v., supra,

o n.º 15), a Constituição enuncia a título distinto e autónomo de todas as demais atribuições referidas no n.º 1 do artigo 219.º.

Ora, é precisamente neste aspeto que a opção legislativa em apreciação se distancia da solução constante da lei processual civil — cuja constitucionalidade, diga-se, nunca foi posta em causa —, com a qual passou a admitir-se a previsão em lei especial dos casos em que o Estado pode optar pelo patrocínio por mandatário judicial próprio, cessando a intervenção principal do Ministério Público logo que este esteja constituído (artigo 24.º do Código de Processo Civil). E se distancia também, em menor, mas igualmente relevante medida, da proposta constante do Anteprojeto de revisão do CPTA, (...) que conferia ao Estado, nas ações referentes a relações contratuais ou de responsabilidade em que fosse demandado, a faculdade de optar pelo patrocínio por advogado, mediante decisão devidamente fundamentada, cessando a intervenção principal do Ministério Público logo que aquele fosse constituído. Ao contrário desta, a norma sindicada não impõe a intervenção do Ministério Público ab initio no processo, admitindo que a escolha entre a representação pelo Ministério Público e o patrocínio por advogado nos processos em que o Estado seja demandado possa ser realizada pelo Executivo já não apenas por decisão ex post, como ali se previa, mas através de uma opção ex ante, viabilizada e operacionalizada através do direcionamento da citação para o Centro de Competências Jurídicas do Estado, que assegura a sua transmissão aos serviços competentes e coordena os termos da respetiva intervenção em juízo. Deste modo, não só a subsistência, mas a própria efetivação da intervenção principal do Ministério Público passa a ficar na inteira dependência da vontade do Estado-Administração, que acaba por ser desta forma equiparado às entidades com o poder de suscitar a intervenção principal do Ministério Público, como, v.g., os institutos públicos (cf. o n.º 4 do artigo 21.º da Lei-Quadro dos Institutos Públicos, aprovada pela Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro, na sua redação atual). Neste cenário, não é possível concluir que, em matéria de contencioso administrativo, o direito infraconstitucional se encontra modelado em termos que permitam (ou continuem a permitir) reconhecer nele que, em regra, «[a]o Ministério Público compete representar o Estado».

Na verdade, como supra se demonstrou, as normas processuais e estatutárias relevantes não deixaram de prever que o Estado tem legitimidade passiva nos processos que tenham por objeto relações contratuais e de responsabilidade (cf. o artigo 10.º, n.º 2, do CPTA) e que o Ministério Público tem intervenção principal nos processos em que representa o Estado (v. a alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º do EMP), nem reduziram o núcleo de interesses do Estado-Administração que incumbe àquela magistratura defender, mantendo-se expressamente prevista

a respetiva competência para a «representação do Estado em juízo, na defesa dos seus interesses patrimoniais» (cf. a alínea b) do n.º 1 do artigo 4.º e a alínea b) do n.º 1 do artigo 63.º do EMP). Ora, por muitas e relevantes dificuldades hermenêuticas que o inciso inicial do artigo 219.º, n.º 1, da Constituição suscite, é certo que aí não prevê que o Estado pode ser representado pelo Ministério Público na defesa dos interesses que a lei determinar — se o demandado é o Estado, e se em causa estão interesses que incumbe ao Ministério Público defender, este deve ser chamado a ter intervenção principal nos processos em que age em sua representação, nos termos legalmente prescritos. O mesmo é dizer que, se a Constituição não impõe um modelo de representação legal em sentido próprio, também não viabiliza um modelo em que a intervenção principal do Ministério Público fique na inteira dependência do Estado-Administração, enquanto entidade representada. Entre as alternativas representadas por um modelo e outro, o que de mais certo positivamente se extrai do inciso primeiro do n.º 1 do artigo 219.º é a vinculação do legislador a conformar a ordem jurídica em termos que discernir que «[a]o Ministério Público compete representar o Estado». O que, por sua vez, no mínimo obriga a que aquela intervenção haja de decorrer da lei e cessar nos precisos termos em que a lei o permita, assim ademais se garantindo que a defesa em juízo dos interesses do Estado não fique exposta ao risco de não beneficiar da tutela qualificada que é assegurada pela intervenção desta magistratura.

Deste modo, nada impede que o legislador permita que a intervenção principal do Ministério Público cesse em certos casos, sobretudo quando se considere que estão em causa interesses públicos do Estado de natureza específica, que podem ser por essa razão mais adequada e eficazmente acautelados em juízo se a sua representação processual for confiada a um mandatário próprio. O que se impõe, em face do disposto no n.º 1 do artigo 219.º e 165.º, n.º 1, alínea p), da Constituição, é que tal ocorra nos termos e casos especialmente previstos por lei (tal como prescreve o artigo 24.º do Código de Processo Civil, e agora o n.º 2 do artigo 9.º do EMP) ou através de decisão fundamentada no caso concreto (v., supra, o n.º 12). Se assim não for — isto é, se a representação do Estado pelo Ministério Público constituir sempre e só uma mera possibilidade, que se efetivará ou não consoante a decisão que aquele livremente tomar —, a competência atribuída àquela magistratura pelo inciso inicial do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição deixará de ser certa para passar a ser contingente, aleatória e acidental: o Ministério Público representará o Estado em juízo, na defesa dos seus interesses patrimoniais, se e apenas se for essa a escolha do Executivo.

Ora, a norma que integra o objeto do presente recurso, ao estabelecer que a representação do Estado pelo Ministério Público constitui uma mera possibilidade,

sendo a citação dirigida unicamente ao Centro de Competências Jurídicas do Estado, atribui inequivocamente ao Governo do poder de, através de uma decisão discricionária — que se exprime através do envio da citação ao magistrado do Ministério Público competente —, optar ou não optar pela representação processual do Ministério Público. E fá-lo sem assegurar que este tenha intervenção principal nos processos em que estão em causa interesses que lhe cumpre defender, sem subordinar a decisão de constituir mandatário próprio à observância de quaisquer pressupostos, por mínimos que sejam, e sem estabelecer especiais exigências de fundamentação. Assim, concedeu ao Executivo uma ampla margem para determinar, segundo critérios de oportunidade e conveniência, se a intervenção principal do Ministério Público, nas ações em que o Estado é parte e em que está em causa a defesa dos seus interesses patrimoniais, sequer ocorre. Ainda que esta opção se mostre racionalmente explicável do ponto de vista da gestão dos instrumentos, meios e prazos de defesa no processo (v. supra o n.º 12), é manifesto que a norma não exprime qualquer ponderação de que possa inferir-se que foi intenção do legislador permitir, apenas em casos justificados, que fosse retirada ao Ministério Público a incumbência que a Constituição e o próprio EMP lhe atribuem. Pelo contrário, o que nela vai pressuposto é que o Ministério Público deixa de ser, em regra, competente para representar o Estado em juízo, função cuja probabilidade de vir a desempenhar passa a ser igual àquela que assiste a qualquer profissional do foro habilitado a exercer o patrocínio judiciário.

Por estas razões, não há como não concluir que a norma sindicada coloca o ordenamento jurídico num ponto inconciliável com o n.º 1 do artigo 219.º da Constituição, o que por si só fundamenta que seja negado provimento ao recurso.

III – DECISÃO

Por tudo o exposto, decide-se:

a) Julgar inconstitucional, por violação do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição, a norma que resulta da interpretação conjugada dos artigos 11.º, n.º 1, e 25.º, n.º 4, do Código de Processos nos Tribunais Administrativos (aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, na redação dada pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro), segundo a qual, nos tribunais administrativos, quando seja demandado o Estado ou na mesma ação sejam demandados diversos ministérios, a representação do Estado pelo Ministério Público é uma possibilidade, sendo a citação dirigida unicamente ao Centro de Competências Jurídicas do Estado, que assegura a sua transmissão aos serviços competentes e coordena os termos da respetiva intervenção em juízo; e, em consequência,

b) Negar provimento ao recurso.»

II. Comentário

1. Introdução

O tema da representação judiciária da pessoa coletiva Estado (*i. e.*, o Estado-Administração) pelo Ministério Público revela-se inesperadamente rico de sugestões e implicações, ao cobrir temas que vão desde os princípios estruturantes do contencioso administrativo até às mais prosaicas matérias relativas ao mercado da advocacia. Nesse vasto campo problemático colocam-se também questões de constitucionalidade, como aquela que constitui objeto do acórdão agora comentado e de outros recentemente prolatados, a saber, se é conforme ao disposto no n.º 1 do artigo 219.º da Constituição o regime consagrado na versão atual do Código de Processo nos Tribunais Administrativos que faz depender de uma decisão administrativa discricionária a assunção pelo Ministério Público da representação do Estado num concreto litígio, por aplicação da norma que se retira da conjugação no n.º 1 do artigo 11.º com o n.º 4 do artigo 25.º do referido Código.

O juízo de inconstitucionalidade formulado no presente acórdão do Tribunal Constitucional coincide, com algumas flutuações argumentativas¹, com a solução atingida por um conjunto já numeroso de arestos, onde se incluem os Acórdãos n.º 794/2022, n.º 796/2022, n.º 876/2022, n.º 92/2023, n.º 98/2023, n.º 112/2023 e n.º 113/2023. Solução, aliás, largamente consensual no colégio decisor: apenas uma conselheira divergiu do juízo de inconstitucionalidade², enquanto outro conselheiro sustentou a decisão de desconformidade com recurso a uma fundamentação específica³. Aguarda-se, entretanto, a decisão do Tribunal Constitucional no processo, já em curso, visando a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

Por limitações de espaço e disponibilidade, os comentários que se seguem cobrem apenas alguns dos pontos coenvolvidos, explícita ou implicitamente, no discurso jurisprudencial e omitem deliberadamente qualquer juízo sobre

¹ V. a ordenação dos acórdãos já prolatados segundo a fundamentação adotada (ou a pré-compreensão que lhe subjaz) que é proposta por PEDRO MACHETE/CLÁUDIA SAAVEDRA PINTO, “A Representação do Estado pelo Ministério Público – Breve Resenha da Jurisprudência Constitucional sobre o Tema”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria da Glória Garcia*, UCP Editora: Lisboa, 2023, págs. 2113-2114. A nosso ver, as diferenças entre os acórdãos devem ser relativizadas, pois referem-se primariamente às soluções legislativas que *poderiam ser adotadas* no quadro da Constituição, e não tanto às razões para julgar inconstitucional a solução efetivamente adotada na atual versão do CPTA. Os Autores procedem ainda a uma súmula da evolução legislativa e doutrinária que antecedeu a Lei n.º 118/2019, para a qual nos permitimos remeter nos aspetos não tratados no texto.

² Cfr. a declaração de voto da Conselheira Mariana Canotilho no Acórdão n.º 796/2022, reiterada nos Acórdãos n.º 113/2022, n.º 112/2022 e n.º 794/2022.

³ Cfr. a declaração de voto do Conselheiro Pedro Machete nos acórdãos referidos na nota anterior.

a bondade do direito constituído ou a constituir⁴. Por falta de espaço, que não de motivos, excluiríamos do discurso as dificuldades suscitadas pelo enquadramento jurídico do Centro de Competências Jurídicas do Estado, que assimilamos ao Governo para estes efeitos.

2. Objeto do recurso de constitucionalidade

A questão suscitada no recurso de constitucionalidade que está na origem deste acórdão decorre da recusa de aplicação pelo tribunal *a quo* da norma extraída da interpretação conjugada de dois preceitos do CPTA, modificados ou aditados pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro – o artigo 11.º, n.º 1, e o artigo 25.º, n.º 4. Segundo tal norma, a representação judiciária pelo Ministério Público nas ações do contencioso administrativo em que o Estado seja demandado, ou em que sejam demandados vários ministérios, constitui uma mera *possibilidade*, na sequência de uma citação dirigida unicamente ao Centro de Competências Jurídicas do Estado, que assegura depois a transmissão da citação aos serviços competentes e coordena os termos da respetiva intervenção em juízo. Esta norma revelar-se-ia contrária, segundo o tribunal *a quo*, ao disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 219.º da Constituição, assim como aos princípios e normas do n.º 5 do artigo 112.º e do n.º 1 do artigo 165.º, também da Constituição.

É significativo que o Tribunal Constitucional comece por recordar que o sistema de fiscalização de constitucionalidade instituído não lhe permite pronunciar-se sobre a interpretação alcançada pelo tribunal da causa, a qual constitui um dado prévio e exterior à sua intervenção. O legislador, segundo tal leitura, teria optado pelo abandono do modelo de representação obrigatória pelo Ministério Público: um “abandono puro e simples” sem dependência de quaisquer pressupostos materiais, já estabelecidos ou a estabelecer por lei futura. A intervenção do Ministério Público só ocorreria se o Governo, após a citação do Centro de Competências Jurídicas do Estado, viesse a optar discricionariamente por lhe confiar a representação em juízo – é esta a interpretação que vincula o Tribunal Constitucional.

Tal recordatório quanto à vinculação do Tribunal Constitucional pela interpretação efetivamente acolhida pelo tribunal *a quo* dirige-se, em primeira linha, à defesa apresentada pela Presidência do Conselho de Ministros, que

⁴ Para a inserção da questão num âmbito temático mais alargado, v. JOSÉ MANUEL RIBEIRO DE ALMEIDA, “Diz-me quem te representa, dir-te-ei quem és: o Ministério Público como representante do Estado nas ações administrativas (artigo 219.º da Constituição)”, *Revista do Ministério Público*, n.º 165, janeiro-março 2021, págs. 211 e ss..

assenta em boa parte na defesa de uma interpretação diversa: a regra geral continuaria a ser a representação do Estado pelo Ministério Público, que só seria afastada por uma decisão específica do Governo de entregar o patrocínio a um mandatário constituído para o efeito. Mas o Tribunal Constitucional não ignorava decerto que outras leituras têm sido propostas na doutrina, designadamente a interpretação corretiva do n.º 4 do artigo 25.º do CPTA no sentido de que também o Ministério Público deve ser obrigatoriamente citado, e não apenas o Centro de Competências Jurídicas do Estado⁵. E com maior ou menor plausibilidade poderá avançar-se ainda com interpretações diversas: *v. g.*, que o Estado está abrangido pelo mesmo regime de representação das restantes entidades públicas, tendo além disso a faculdade de recorrer ao patrocínio do Ministério Público.

Em todo o caso, o Tribunal Constitucional reconhece que a interpretação submetida não só encontra “respaldo no texto da lei”, como as normas recentemente introduzidas quanto à intervenção do Ministério Público nos processos do contencioso administrativo em que o Estado é demandado “parecem concorrer para sustentar a posição adotada pelo Tribunal *a quo* e pelo recorrente quanto ao sentido e alcance das disposições em apreço” – palavras em que não custa discernir uma discreta adesão à leitura efetuada pelo juiz da causa, no sentido de que só existe representação pelo Ministério Público mediante uma decisão *ad hoc* do Governo, de algum modo à semelhança do que sucede com qualquer mandatário forense que entenda constituir.

3. A fundamentação do juízo de inconstitucionalidade

O excursus fundamentador do acórdão inicia-se por uma análise da evolução normativa da representação judiciária do Estado, antes e depois da reforma do contencioso administrativo de 2002, concluindo o Tribunal Constitucional pela permanência dos traços essenciais do modelo até às vésperas da Lei n.º 118/2019, apesar das modificações entretanto introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro. Por força das normas dos arts. 10.º e 11.º do CPTA e do artigo 53.º do Estatuto do Ministério Público então vigente (Lei n.º 47/86, de 15 de outubro), *cabia ao Ministério Público representar em juízo o Estado quando este fosse demandado em ações sobre contratos e responsabilidade extracontratual*⁶, ressalvados os casos – desde 2015 – em que

⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 5.ª ed., Coimbra:Almedina, 2021, pág. 209.

⁶ O acórdão parece atribuir à reforma de 2002 o alcance inovatório de limitar a representação em juízo pelo Ministério Público às ações sobre contratos e responsabilidade extracontratual: “(...) a representação

o correspondente pedido surgisse como dependente em face de um pedido formulado em cumulação contra um ministério (cfr. o disposto nos n.ºs 2 e 7 do artigo 10.º). O Tribunal Constitucional sublinha a este propósito o inequívoco afastamento na letra da lei da solução proposta pela comissão de revisão do CPTA de permitir ao Estado, “mediante decisão devidamente fundamentada”, a constituição de advogado nas ações sobre contratos e responsabilidade extracontratual, com a inerente cessação da intervenção principal inicialmente assumida pelo Ministério Público – proposta que surgia na linha do consagrado no artigo 24.º do Código de Processo Civil⁷.

Antes de se debruçar sobre o alcance das alterações de 2019, objeto de desaplicação, o acórdão procede ao exame do artigo 219.º da Constituição, assumindo como ponto de partida a ideia – que nos parece correta – de que a mera atribuição a um ente da competência para determinada função não constitui por si só base suficiente para afirmar o caráter de *exclusividade* de tal atribuição. No caso, a tese de uma reserva de competência do Ministério Público para a representação do Estado nas ações em que estejam em causa os interesses patrimoniais deste só poderá proceder se as normas constitucionais que definem o estatuto ou as restantes funções do Ministério Público fornecerem elementos relevantes nesse sentido.

Ora, assevera o Tribunal Constitucional, é de alguma forma o inverso que se verifica. A função de “advogado do Estado”, que implica a sujeição a instruções específicas do Governo quanto ao decurso da lide (previstas no artigo 101.º do atual Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 68/2019, de 27 de Agosto, e no artigo 80.º do anterior Estatuto e também aplicáveis, afirma o acórdão, ao contencioso administrativo), encontrar-se-ia numa relação de atrito com o estatuto de autonomia do Ministério Público constitucionalmente assegurado (voltaremos a este ponto, que temos por questionável) e com a função de defesa da legalidade democrática. Mais: o legislador reconhece que podem ocorrer situações de incompatibilidade entre o patrocínio do Estado e as restantes funções cometidas ao Ministério Público, que levem este a requerer a nomeação de um mandatário *ad hoc* (artigo 93.º do Estatuto atual e artigo 69.º do anterior).

do Estado pelo Ministério Público no âmbito do contencioso administrativo ficou cingida aos processos que tivessem por objeto *relações contratuais e de responsabilidade*, em linha com o que dispunha a alínea a) do artigo 53.º do EMP então vigente”. Na verdade, esse já era o regime anteriormente vigente, desde logo por força do artigo 69.º do ETAF de 1984.

⁷ Para a defesa da proposta da comissão de revisão, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, 5.ª ed., Coimbra:Almedina, 2021, págs. 226-227.

Ideia bem vincada neste acórdão é que, ao invés de uma exclusividade na representação judiciária do Estado pelo Ministério Público, o que resulta da Constituição é uma *ampla margem de liberdade de conformação* do âmbito e do regime dessa representação. A própria letra do segmento inicial do n.º 1 do artigo 219.º aponta nesse sentido, acrescentaríamos nós: não é o mesmo dizer simplesmente que ao Ministério Público cabe representar o Estado – e apenas isto diz o artigo 219.º – ou dizer que a representação do Estado cabe ao Ministério Público.

Para apoiar a ideia de que a norma constitucional não consagra um monopólio da representação judiciária do Estado a favor do Ministério Público, antes se harmoniza com soluções legais restritivas quanto ao âmbito dessa representação, o acórdão lança mão de um argumento cuja consistência nos merece reservas, como veremos. Segundo o Tribunal Constitucional, é essa liberdade de conformação do legislador que permite explicar que as funções de representação judiciária do Ministério Público sofram tradicionalmente, sem que se conheçam pruridos de constitucionalidade, uma limitação tão óbvia quanto drástica, a saber, o seu acantonamento aos litígios em matéria de contratos e responsabilidade extracontratual. Só nas correspondentes ações, e não noutras, é que o legislador estabeleceu um regime de *representação legal* do Estado pelo Ministério Público (no sentido de independente da vontade do representado), não dispondo o Governo de qualquer prerrogativa quanto ao início e ao fim da intervenção principal – também voltaremos a este ponto.

Sendo inaceitável, por excessiva, a tese de que a competência de representação judiciária prevista no n.º 1 do artigo 219.º da Constituição está atribuída em termos exclusivos, vedando de antemão e de forma incondicional outras soluções legais para o patrocínio do Estado, não pode deixar de reconhecer-se, adverte o Tribunal Constitucional, que tal competência constitucionalmente atribuída há de ter uma densificação mínima, refratária aos poderes de conformação do legislador. Não está na disponibilidade da lei ordinária atribuir ao Executivo poderes discricionários quanto à constituição e cessação da intervenção principal do Ministério Público, assim “esvaziando de conteúdo útil, ou desmentindo até, a atribuição àquela magistratura da competência para «representar o Estado»”.

Ora, é precisamente esta a censura a que dá o flanco a norma *sub judice*, sublinha o Tribunal – e, a nosso ver, de modo certo.

Se é verdade que não se encontra consagrado na Constituição o monopólio do Ministério Público para a representação judiciária do Estado,

em termos de esta lhe ser sempre atribuída e de nunca lhe poder ser retirada, também é verdade que resulta do conteúdo mínimo do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição, conjugado com a alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º, que o Ministério Público deve ter, em linha de princípio, intervenção principal nos processos em que o Estado seja parte, *só podendo essa intervenção ser afastada ou feita cessar nos termos e casos previstos em lei* (cfr. o artigo 9.º, n.º 2, do atual Estatuto do Ministério Público e o artigo 24.º do Código de Processo Civil) ou, acrescenta o Tribunal Constitucional, *através de decisão fundamentada no caso concreto*.

Por contraste, as alterações de 2019 colocaram a intervenção do Ministério Público na inteira dependência da opção discricionária do Governo, *não apenas quanto ao seu fim, mas também quanto ao seu início*. Nas ações administrativas em que o Estado é parte demandada, a sujeição integral da representação do Ministério Público a juízos administrativos de oportunidade abre as portas ao esvaziamento da competência constitucionalmente conferida para representar em juízo o Estado. É a conversão da representação judiciária do Ministério Público numa mera “possibilidade”, *independente da verificação de quaisquer pressupostos ou sequer da observância de deveres de fundamentação*, que contrasta de forma intolerável com a densificação mínima da norma de competência contida no n.º 1 do artigo 219.º da Constituição e conduz inevitavelmente ao juízo de inconstitucionalidade.

Sem prejuízo da nossa concordância com a decisão alcançada e com o essencial da argumentação que a suporta, cremos que alguns aspetos justificam uma análise complementar, destinada a justificar precisões, reservas ou pontos de dissenso.

4. A natureza da “representação” do Ministério Público

O primeiro desses aspetos refere-se à natureza jurídica da representação do Estado pelo Ministério Público⁸. O acórdão detém-se com vagar na análise das posições correntes (representação orgânica, representação legal, representação voluntária), a que regressa mais do que uma vez ao longo do texto, acabando por reconhecer, porém, a inviabilidade de apoiar na natureza da representação uma linha argumentativa que aponte para o monopólio do Ministério Público no exercício da função de “advogado do Estado - ou

⁸ V. sobre o tema ALEXANDRA LEITÃO, “A representação do Estado pelo Ministério Público nos tribunais administrativos”, *Julgar*, n.º 20, 2013, págs. 205 e ss., e ISABEL ALEXANDRE, “Representação do Estado português em ações civis”, *Revista do Ministério Público*, n.º 131, Julho-Setembro de 2012, *passim*, esp. págs. 42 e ss..

que aponte, em geral, para qualquer outra solução quanto ao âmbito dessa representação”.

Os escassos resultados desse esforço argumentativo do Tribunal não podem surpreender, desde logo por força da imprecisão dos próprios conceitos que utiliza (à semelhança de parte da doutrina)⁹.

O Ministério Público não é um *órgão* do Estado com competência para a sua *representação* em juízo. O Ministério Público é um serviço, ou um conglomerado de serviços, dirigidos por órgãos; e como o Ministério Público é um serviço integrado organicamente no Estado-Administração, os órgãos do Ministério Público não representam o Estado, antes se identificam com ele. Numa palavra, os órgãos do Ministério Público são órgãos do Estado-Administração – e quando assumem as funções de patrocínio em juízo, não representam o Estado, no sentido de surgirem *em vez dele*, antes se situam em face do Estado numa posição essencialmente análoga à do licenciado com funções de apoio jurídico designado *ad hoc* para um determinado processo¹⁰.

É verdade que, num caso, a parte formal é o Estado; no outro, um ministério. É verdade que num caso, o patrocínio resulta diretamente da lei, sendo a designação do concreto magistrado resultado de procedimentos internos do próprio serviço; e que no outro, deriva de um ato de designação *ad hoc*, que recaiu sobre o funcionário, mas podia ter recaído sobre advogado. É também verdade que num caso, o patrocínio é assumido por um magistrado dotado de estatuto próprio, constitucionalmente conformado; e que no outro, o patrocínio é assegurado por um agente investido num estatuto funcional e deontológico menos garantístico e rigoroso. E é ainda verdade que num caso, a cessação das funções de patrocínio judiciário, ressalvada lei especial (artigo 9.º, n.º 2, do Estatuto do Ministério Público), tem como origem uma iniciativa do próprio Ministério Público (artigo 93.º do Estatuto do Ministério Público); e que no outro, resulta de uma decisão discricionária do órgão competente. Mas em qualquer dos casos *é sempre um agente do Estado que assume o patrocínio da entidade pública demandada*, quer seja o próprio Estado a parte formal, quer seja um ministério; e quer o agente seja

⁹ As imprecisões terminológicas e conceptuais existentes nesta matéria são também notadas por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., pág. 127, e ALEXANDRA LEITÃO, “A representação...”, cit., pág. 193, embora em termos que não subscrevemos inteiramente.

¹⁰ A nosso ver, é no mínimo geradora de equívocos a ideia expressa nos Acs. n.ºs 794/2022 e 796/2022 segundo a qual a representação do Estado deve caber ao Ministério Público por se tratar de “um órgão integrado no poder judiciário e não na estrutura administrativa”. Merece-nos igualmente muita reserva a ideia conexa de que a entidade representada *hoc sensu* é o “Estado português”, enquanto figura diversa e mais ampla do que o vulgarmente designado Estado-Administração.

um magistrado do Ministério Público, quer seja um funcionário licenciado em direito com funções de apoio jurídico.

Nada impede, bem entendido, que se continue a utilizar a este respeito a expressão “representação do Estado pelo Ministério Público” – o que nós também aqui fazemos, por óbvia conveniência e também porque a lei processual civil permanece fiel a uma terminologia que merecia ser revista. Mas, salvo melhor entendimento, trata-se de uma opção em larga medida convencional, sem o necessário rigor técnico-jurídico e alheia, em particular, a qualquer nexo de verdadeira representação entre dois sujeitos jurídicos – com a agravante, aliás, de poder convocar consequências jurídicas espúrias, associadas ao *nomen* e não à realidade efetivamente existente. O Estado não é um incapaz que necessite de representante para atuar em juízo ou fora dele, mas uma pessoa coletiva com a correspondente capacidade jurídica, que age por regra através de órgãos, podendo também agir através de representantes mandatados pelos seus órgãos.

E tampouco se justifica recorrer ao conceito de “representação legal” se a intenção for apenas dar conta do fundamento *ex lege* das funções cometidas e da tendencial inviabilidade de lhes pôr termo através de meras decisões administrativas. Estes são aspetos do regime positivo do patrocínio judiciário do Estado que podem e devem ser explicados e justificados à margem de qualquer vínculo representativo. Saber se, e em que medida, o patrocínio do Estado pelo Ministério Público é “legal” ou “voluntário” nada tem que ver com o conceito de representação.

Da mesma forma deve ser evitado, segundo pensamos, o conceito de “representação orgânica” do Ministério Público – ainda que a ideia seja apenas sublinhar (corretamente) a inserção orgânica do Ministério Público enquanto serviço do Estado. De facto, tal conceito revela-se intrinsecamente *contraditório*, porque o nexo de imputação de efeitos *ou* repousa num vínculo de representação *ou* repousa num vínculo orgânico, correspondendo cada qual a duas técnicas jurídicas contrapostas, alternativas, sucedâneas – mas não cumulativas¹¹.

Em síntese: o acórdão regressa uma e outra vez à natureza jurídica da representação do Estado pelo Ministério Público, mas na verdade acaba por

¹¹ Ao defender a natureza de representação orgânica do vínculo entre o Estado e o Ministério Público, o Parecer da Procuradoria Geral da República n.º 160/2001 reconhece que não existe aqui, na realidade, uma relação entre sujeitos: “há um só sujeito: o representado” (citando António da Costa Neves Ribeiro, *O Estado nos Tribunais – Intervenção cível do Min. Público em 1.ª Instância*). Como parece evidente, o Parecer lida com um conceito de representação de contornos peculiares, que diverge do comumente utilizado na lei e na doutrina.

não retirar nenhuma luz dessa linha fundamentadora, que parece resumir-se a *obiter dicta* inconsequentes. A questão colocada ao Tribunal resolve-se – e foi efetivamente resolvida – à margem do conceito de *representação*, que se revela inútil, em qualquer das suas “variantes”, para enquadrar o relacionamento entre o Estado e um serviço nele organicamente integrado. Prescindindo de uma justificação aprofundada que aqui não pode ser feita, é nosso entendimento que a representação judiciária do Estado pelo Ministério Público constitui uma *designação convencional*, solidificada pela história, para uma função cometida no âmbito do patrocínio judiciário e hoje recortada *em termos específicos* pela Constituição e pela lei. À semelhança de outras designações genéricas e imprecisas, utilizadas por comodidade, deve ter-se presente que carece de densidade técnico-jurídica e não pode dela extrair-se qualquer consequência rigorosa para a delimitação do âmbito e do regime da intervenção judiciária do Ministério Público.

Mas é um ponto menor, que pouco bole com o raciocínio jurisprudencial, muito menos com o sentido da decisão prolatada. Maior fôlego terá a questão que passamos agora a tratar.

5. O âmbito da representação do Estado à luz da evolução do contencioso administrativo

Como já ficou dito, o Tribunal Constitucional recusa que a norma do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição estabeleça uma reserva de competência do Ministério Público para a representação em juízo do Estado, sustentando ao invés que o legislador dispõe de uma ampla margem de conformação do âmbito dessa representação. Em apoio desta leitura, invoca a estreiteza desse âmbito efetivo, uma vez que tal representação continua a limitar-se hoje, como no passado, às ações sobre contratos e responsabilidade civil extracontratual, em que estão em causa os interesses patrimoniais do Estado.

O Tribunal Constitucional assume, pois, uma coincidência, ao menos tendencial, entre tais ações e os processos que envolvem os interesses patrimoniais do Estado. E assume ainda que os correspondentes limites à representação judiciária derivam de uma opção legislativa, que já se expressava no artigo 53.º, alínea a), do anterior Estatuto do Ministério Público e se encontra hoje reiterada no artigo 63.º, n.º 1, alínea a), do atual Estatuto, que comete aos departamentos do contencioso do Estado a representação deste em juízo, “na defesa dos seus interesses patrimoniais”.

Uma e outra assunção constituem motivos de discordância da nossa parte.

Não vemos no consabidamente limitado âmbito da representação judiciária a cargo do Ministério Público o efeito de qualquer intervenção restritiva do legislador, mas antes uma sobrevivência direta do modelo tradicional de contencioso administrativo, que se consolidou no domínio da Constituição de 1933 – cujo artigo 117.º conferia aos órgãos do Ministério Público a função de representação judiciária do Estado – e permaneceu em larga medida na vigência da Constituição de 1976, até à Revisão de 1997 e à paulatina transcrição desta na lei ordinária. Segundo cremos, o âmbito da representação do Estado pelo Ministério Público era limitado simplesmente porque era limitado o elenco dos processos *em que o próprio Estado surgia como parte*, precisamente como consequência dos princípios estruturantes do velho contencioso administrativo.

Atente-se, com efeito, no disposto no n.º 2 do artigo 69.º do anterior Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de abril), sob a epígrafe “Funções do ministério público”: “2 - O ministério público representa o Estado nas ações *em que este for parte*”.

Para determinar o âmbito de tais ações em que o Estado é parte mostra-se indispensável remontar à contraposição clássica entre contencioso administrativo *por natureza* (contencioso de *mera legalidade*) e contencioso administrativo *por atribuição de lei* (contencioso de *direitos*) – que permaneceu, sob formas atenuadas, até 2015.

Recorde-se a este propósito que nos vastos domínios em que o Estado e a restante Administração dispunham da prerrogativa de aplicação imperativa da lei ao caso concreto, a esfera jurídica dos particulares era conformada em termos autoritários pelo *ato administrativo definitivo e executório*. Cabendo a definição de direitos ao órgão administrativo, em aplicação da lei, não era admissível ao particular contrapor em juízo direitos que não tinham sido reconhecidos pelo ato administrativo. Não podia, designadamente, invocar que os seus direitos tinham sido violados e pedir ao tribunal o correspondente reconhecimento, mas apenas contestar a forma como a lei tinha sido aplicada pelo órgão administrativo e afirmar a ilegalidade da correspondente definição imperativa de direitos. O contencioso resultante era, logicamente, de mera legalidade, no sentido de ter por objeto estrito a questão da *legalidade objetiva do ato de definição de direitos*. Dava origem, na fórmula clássica, a *um processo “feito a um ato” e não a um processo de partes*: logo, quem comparecia em juízo não era o Estado, ou outra entidade pública, mas sim o órgão autor do ato, investido num estatuto que o aproximava

tanto do *juiz recorrido*¹² – o recurso contencioso chamava-se recurso porque era um *verdadeiro recurso*, insistia Marcello Caetano – quanto o afastava da qualidade de parte (não estava sujeito à confissão ficta, à responsabilidade por custas, à condenação em litigância de má fé, etc.).

Só nos casos limitados em que o Estado e a restante Administração não se encontravam dotados de poderes de autoridade e não podiam, por conseguinte, proceder à definição imperativa do direito do caso e à consequente conformação unilateral da esfera jurídica do particular é que existiam condições jurídicas para uma verdadeira controvérsia em torno das posições jurídico-materiais do particular e da contraparte pública na relação jurídica. Excluída aí a definição unilateral de direitos por ato administrativo de autoridade, as partes na relação jurídica – quer o particular, quer a entidade administrativa – podiam propor em juízo uma verdadeira e própria ação, destinada a obter a solução do litígio mediante uma definição *judicial* do direito do caso, na sequência da aplicação das normas relevantes pela mão do juiz. Apenas aqui, fora do âmbito das atuações administrativas de autoridade, podia a lide surgir estruturada como um verdadeiro processo de partes, aparecendo como titulares da relação processual o Estado e/ou as pessoas coletivas públicas (aleadamente) titulares da relação material controvertida que as unia ao particular.

Os litígios suscitados nestes domínios da atividade administrativa interditos a atos de aplicação autoritária da lei davam assim corpo a um verdadeiro *contencioso de direitos*, análogo ao que se encontrava nos tribunais judiciais e que apenas era confiado à jurisdição administrativa por atribuição contingente e pragmática do legislador.

Ora – é este o ponto que pretendemos sublinhar –, sendo tais domínios de atuação paritária tradicionalmente exíguos, eram também exíguos os processos deste contencioso de direitos, restringindo-se às ações sobre contratos (administrativos) e sobre responsabilidade extracontratual por atos de gestão pública.

6. Segue. A representação do Estado em juízo na defesa dos seus interesses patrimoniais

Adiante-se já que a relação entre estas ações e os processos em que estavam em causa interesses patrimoniais do Estado era – e continua a ser – contingente e aproximativa. Basta considerar que, no âmbito contratual, as

maiores implicações financeiras derivam por regra do exercício dos poderes de autoridade do contraente público através dos chamados *atos destacáveis*, tendo o respetivo contencioso por objeto tais atos administrativos de autoridade. Numa perspetiva processual, nunca existiu (e continua a não existir) qualquer sobreposição, coincidência ou vínculo relevante entre as ações sobre contratos e responsabilidade – que sempre deram origem a um contencioso de direitos e a verdadeiros processos de partes – e os processos em que estejam em causa interesses patrimoniais do Estado, que assumiram e assumem configurações muito diversificadas e acentuadamente refratárias a qualquer tratamento processual unificado.

Por isso, é no mínimo limitado o apoio interpretativo que pode ser dado pelas normas que regulam a competência dos departamentos de contencioso do Estado atribuindo-lhes a competência para a “representação do Estado em juízo, na defesa dos seus interesses patrimoniais” (artigo 63.º do Estatuto atual, artigo 53.º do anterior). O que resulta deste regime não é a delimitação do âmbito da representação do Estado, delimitação que na verdade está pressuposta; o que resulta, a nosso ver, é que *no âmbito em que a representação do Estado caiba ao Ministério Público*, ela competirá aos departamentos do contencioso do Estado (se tiverem sido criados), *desde que* esteja em causa nesses processos a defesa dos interesses patrimoniais do Estado e se trate de casos de especial complexidade ou elevado valor. Acresce ainda um requisito para a representação pelo Ministério Público caber a tais departamentos: que o Procurador-Geral da República assim o determine.

Não pode confundir-se, em suma, a questão da delimitação do âmbito da representação judiciária do Estado, para a qual cremos ser *irrelevante* a categoria dos processos em que estejam em causa interesses patrimoniais do Estado; e a questão diversa e ulterior da delimitação dos casos em que a representação judiciária genericamente atribuída ao Ministério Público fica a cargo dos seus departamentos de contencioso do Estado, determinação para a qual *pode ser relevante* tal categoria.

Desembaraçada deste ponto equívoco a questão da delimitação do âmbito da representação judiciária do Ministério Público, urge retomar o fio do raciocínio e aferir a pertinência atual do critério que tradicionalmente limitava tal representação às ações sobre contratos e responsabilidade extracontratual, por ser (apenas) nestas que o Estado assumia o estatuto de parte.

¹² Recordando esta origem histórica, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual...*, cit. pág. 263.

7. Segue. A representação pelo Ministério Público no quadro da reforma do contencioso administrativo

Pelo menos a partir da Revisão Constitucional de 1997 (em rigor, muito antes), tornou-se claro que a contraposição entre contencioso administrativo por natureza e por atribuição de lei e as contraposições que dela derivavam – entre recurso contencioso e ação; e entre processo feito a um ato e processo de partes – estavam definitivamente obsoletas, carecendo de qualquer valor explicativo. Como resulta com nitidez do artigo 268.º, n.º 4, da Constituição, o objetivo imediato do contencioso administrativo é a tutela efetiva dos direitos resultantes de relações jurídico-administrativas (artigo 212.º, n.º 3) através de um processo equitativo e com igualdade de armas entre as partes (artigo 20.º, n.º 4), destinado a proporcionar ao autor a forma de tutela adequada ao seu direito material. Os poderes da Administração param à porta do tribunal: a partir daí, e nas ações propostas contra ela, *é uma parte demandada, e não uma autoridade recorrida*, com os direitos, deveres e ónus essencialmente idênticos aos dos outros réus.

Numa palavra, o contencioso administrativo em geral passou a ser um contencioso de direitos, com a estrutura processual correspondente. O vasto elenco dos pedidos (exemplificativamente) admitidos seguirá, por isso, um regime processual que traduz a extensão à generalidade dos litígios jurídico-administrativos do modelo antes restrito às ações sobre contratos e responsabilidade.

Analisada à luz do quadro constitucional descrito, dir-se-ia que faltou à versão originária do CPTA o fôlego para afastar de vez os parâmetros e teorizações subjacentes ao contencioso administrativo tradicional. A articulação entre ação comum e ação especial constituía uma versão modificada, e de coerência questionável, da contraposição clássica entre recurso contencioso e ação. A ambiguidade prolongava-se para o regime da legitimidade passiva da Administração e, com relevância mais direta para o que agora nos ocupa, para as formas de patrocínio judiciário nos litígios com o Estado.

Aparentemente, quando este litígio resultasse de controvérsias sobre o exercício de poderes de autoridade, a parte formal seria o ministério a que pertencesse o órgão competente; nos restantes processos, a parte formal seria o próprio Estado (artigo 10.º, n.ºs 1 e 2). Nestes processos em que o Estado assumia o estatuto de parte, o patrocínio judiciário continuava a caber ao Ministério Público desde que tivessem “por objeto relações contratuais e de responsabilidade” (artigo 11.º, n.º 2). Ficava por definir, nesta perplexizante

solução à *mi-chemin*, se também competia ao Ministério Público representar o Estado nos processos em que este figurava como parte, mas cujo objeto não eram questões de contratos ou responsabilidade extracontratual (v.g., ações de reconhecimento de direitos, ações por enriquecimento sem causa) – processos estes inevitavelmente decorrentes do drástico alargamento dos pedidos formulados ante os tribunais administrativo (artigo 4.º do ETAF e artigo 2.º do CPTA).

A ampla revisão do CPTA operada pelo Decreto-Lei n.º 2015-G/2015, de 2 de outubro, representou um avanço notório na aproximação aos princípios constitucionais e na instituição de soluções mais coerentes – nem sempre mais nítidas – nas matérias que nos ocupam. Na sequência da eliminação da contraposição entre ação comum e ação especial, o legislador procedeu à redefinição, com sucesso muito relativo, da linha divisória entre os processos em que é parte um ministério e os processos em que é parte o próprio Estado (artigo 10.º, n.ºs 2, 3, 6 e 7) e eliminou a fonte de atrito constituída pela infundada restrição da representação judiciária do Ministério Público aos processos sobre contratos e responsabilidade (rejeitando com pertinência, a nosso ver, a solução vertida no anteprojeto da comissão revisora e pela qual o acórdão parece nutrir simpatia). Passou então a dispor-se no n.º 1 do artigo 11.º um regime unificado de patrocínio para “todos os processos” que corram nos tribunais administrativos, independentemente do seu objeto, independentemente da natureza das partes e independentemente da posição que estas ocupem na lide.

A única ressalva é constituída, precisamente, pelo regime de representação do Estado pelo Ministério Público (artigo 11.º, n.º 1, *in fine*): nas ações em que o Estado assume o estatuto de parte – passiva *ou* ativa – aplicam-se as normas que regulam a representação pelo Ministério Público. E tais ações em que o Estado é parte não têm por que se limitar aos contratos e à responsabilidade extracontratual, nem se destinam necessariamente à defesa dos seus interesses patrimoniais, abrangendo quaisquer outros objetos não incluídos no âmbito (de contornos incertos, reconheça-se) para que é disposta a legitimidade processual dos ministérios. Como resulta do disposto no n.º 2 do artigo 10.º do CPTA, os processos intentados contra o Estado têm como parte demandada o(s) ministério(s) quando o objeto do pedido se reporte diretamente a ações ou omissões de órgãos nele(s) integrados e têm como parte demandada o próprio Estado nos restantes casos (com ressalva do disposto no n.º 7 desse artigo) – e é precisamente nestes casos remanescentes, de âmbito indeterminado por força do elenco

aberto do artigo 2.º do CPTA, que o patrocínio cabe, em linha de princípio e na ausência de lei especial, ao Ministério Público¹³.

Como é sublinhado pelo acórdão, as normas reguladoras dessa representação, para se conformarem à Constituição, não têm de estabelecer um monopólio de representação a favor do Ministério Público, em termos de o Estado só comparecer em juízo patrocinado por magistrados do Ministério Público e de estes não poderem, em caso ou momento algum, ser substituídos por advogado (ou por licenciado em Direito com funções de apoio jurídico).

Aliás, o artigo 9.º do Estatuto do Ministério Público, após estabelecer no n.º 1 que este tem intervenção principal nos processos em que representa o Estado, aponta logo no n.º 2 para a possibilidade de lei especial habilitar o Estado a constituir mandatário próprio, cessando desse modo a representação a cargo do Ministério Público (solução análoga à do artigo 24.º do CPC).

O que já nos causa as maiores reservas, atenta a sede constitucional e legal deste patrocínio pelo Ministério Público, e ainda a inclusão da competência do Ministério Público nos domínios da reserva de lei, é admitir que o início e cessação do patrocínio do Ministério Público dependa de mera decisão administrativa, desde que fundamentada (como não podia deixar de ser): ao invés do que parece resultar de algumas passagens do acórdão, que contrastam com outras, cremos que é indispensável a fixação por lei especial de pressupostos minimamente densificados para que tal decisão administrativa esteja devidamente habilitada – quer por força do disposto no n.º 1 do artigo 219.º, quer por força da al. p) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição. Tem de existir a previsão em lei das categorias de casos em que a representação judiciária do Estado não cabe ao Ministério Público ou, pelo menos, a previsão em lei dos pressupostos, com um mínimo de densificação, em que deve fundar-se a decisão administrativa de confiar essa representação a outra entidade, num processo concreto.

O legislador dispõe, em síntese, de uma ampla margem de conformação do âmbito e do regime da representação do Estado pelo Ministério Público,

¹³ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA sublinham que a eliminação em 2015 da referência do n.º 1 do artigo 11.º do CPTA às ações sobre contratos e responsabilidade extracontratual conduziu a que a determinação das ações propostas contra o próprio Estado tenha ficado dependente de uma interpretação a contrario do n.º 2 do artigo 10.º, que estabelece os casos de ações propostas contra ministérios, *Comentário...*, cit., pág. 133. O problema, pensamos, não reside na eliminação da referência às ditas ações (referência que nos parecia anacrónica, pelos motivos aduzidos no texto), mas na ambiguidade do critério disposto para recortar o âmbito das ações propostas contra ministérios, em que parecem vislumbrar-se ainda influências do critério das atuações autoritárias da Administração.

como o acórdão expressamente reconhece. E, *com este estrito alcance*, não afrontaria a Constituição a mera interpolação da expressão “possibilidade” na norma do n.º 1 do artigo 11.º do CPTA, a qual ficaria a assinalar apenas a existência de casos em que lei especial afasta ou permite afastar a representação pelo Ministério Público, observados certos critérios e pressupostos. O que ultrapassa a margem de conformação constitucionalmente admitida é o regime que resulta da interpretação conjugada dessa norma com a do 25.º, n.º 4, do CPTA, regime que redundaria, segundo os cânones hermenêuticos comuns, no afastamento *ab limine* do patrocínio do Ministério Público nos processos em que o Estado é demandado¹⁴, salvo se coisa diversa for decidida pelo Governo, através de um *ato discricionário com limites longínquos e critérios incertos*.

Tal solução normativa, que se traduz numa drástica inversão do relacionamento constitucional entre a regra e a exceção, fazendo depender o exercício da competência de representação do Ministério Público de um correspondente juízo de oportunidade sem suficientes baías legais, não pode deixar de ser censurada (pelo menos) à luz do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição. E bem andou o Tribunal Constitucional ao proferir a correspondente decisão de inconstitucionalidade.

8. A autonomia do Ministério Público e a função de representação do Estado

Para justificar ou corroborar a inexistência de uma garantia constitucional do monopólio do Ministério Público na representação do Estado em juízo, o acórdão sublinha que tal regime teria de apoiar-se em elementos interpretativos adicionais que coadjuvassem o singelo segmento inicial da norma do n.º 1 desse artigo 219.º. Elementos que o Tribunal Constitucional não vislumbra na norma constitucional, onde encontra antes um relativo desfavor da função de advogado do Estado, pouco compatível com outras funções constitucionalmente cometidas ao Ministério Público e com outros elementos do seu estatuto – como seria o caso da *autonomia* em face do Governo (e dos “demais órgãos do poder central, regional e local”, na fórmula questionável do n.º 1 do artigo 3.º do Estatuto do Ministério Público)¹⁵.

¹⁴ Como sublinha certamente JOSÉ MANUEL RIBEIRO DE ALMEIDA, o regime instituído pela Lei n.º 118/2019 teve ainda como consequência introduzir uma cisão (no mínimo) desarmonica na representação do Ministério Público consoante o Estado assumia na ação administrativa a posição de demandante ou de demandado, uma vez que a nova redação do n.º 4 do artigo 25.º do CPTA apenas se aplica aos casos em que o Estado é parte demandada (*in* “Diz-me quem te representa...”, cit., pág. 239).

¹⁵ A complexidade do modelo de Ministério Público vigente no direito português encontra-se

A dificuldade de compatibilização tem sido advertida na doutrina, em diversos registos¹⁶: ora para sublinhar as vantagens para a legalidade e o interesse público de uma atuação processual norteadas pela isenção e objetividade, imune a pressões imediatistas e conveniências governamentais¹⁷; ora para questionar o sentido de cometer a uma entidade com estatuto de autonomia atuações processuais que, por natureza, devem refletir os interesses do Estado naquela particular lide, tal como configurados pelo Governo¹⁸. Independentemente do acerto destes juízos, que decorrem em medida relevante de perspetivas valorativas *de iure condendo*, parece-nos que uma análise estritamente jurídica deve assentar no facto de a norma do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição, numa leitura atenta, não colocar a função de representação judiciária sob a égide da autonomia.

Com efeito, o preceito dispõe o seguinte: “Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar (...)”. Como é no “número seguinte” que se estabelece que o Ministério Público goza de autonomia, deve entender-se que as funções exercidas com autonomia são apenas as que se encontram referidas na segunda parte do n.º 1: participação na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercício da ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defesa da legalidade democrática¹⁹. O legislador da Revisão de 1997 terá entendido que as funções de prossecução concreta de interesses específicos deviam ser exercidas sob a orientação do Governo ou de outros órgãos legitimados para enunciar e concretizar tais interesses,

eloquentemente demonstrada no excursus histórico e comparatístico realizado por J. M. SÉRVULO CORREIA, “A reforma do contencioso administrativo e as funções do Ministério Público”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, págs. 295 e ss..

¹⁶ Criticando, em geral, a manutenção de uma diversidade de funções cometida ao Ministério Público, “susceptível de causar problemas e embaraços”, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 18.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, pág. 153. Para a conciliação entre as funções de representação do Estado e a defesa da legalidade democrática, v. J. M. SÉRVULO CORREIA, “A reforma...”, cit., págs. 316 e ss..

¹⁷ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, III, esp. págs. 194 e ss..

¹⁸ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, cit., pág. 154; ALEXANDRA LEITÃO, “Representação”, cit., págs. 197 e ss..

¹⁹ Embora reconhecendo que a norma constitucional não alarga a autonomia ao desempenho da função de representação do Estado pelo Ministério Público, JOSÉ MANUEL RIBEIRO DE ALMEIDA sublinha a propósito a autonomia funcional ou estatutária do próprio magistrado ao representar o Estado em juízo. O A. aceita, porém, que o magistrado está sujeito neste âmbito a instruções específicas, sublinhando em todo o caso que a *praxis* evidencia a inexistência ou exceção destas (“Diz-me quem te representa...”, cit., págs. 232-233). Sobre o assunto, v. *infra*, no texto. Em geral sobre o conceito e âmbito da autonomia do Ministério Público e dos seus magistrados, v. o nosso *Autonomia do Ministério Público no Novo Estatuto*, SMMP, 2020.

justificando-se por isso que ficassem separadas das restantes funções, sendo estas as únicas exercidas em regime de autonomia plena.

Nenhuma dúvida de constitucionalidade se justifica, por conseguinte, relativamente aos poderes de emanar “instruções de ordem específica” e de autorizar a confissão, transação e desistência, conferidos ao membro do Governo responsável pela justiça nas alíneas a) e b) do artigo 101.º do EMP²⁰. A letra da norma restringe-se às ações cíveis (e aos cada vez mais importantes “procedimentos tendentes à composição extrajudicial de conflitos”²¹), mas tais poderes não podem deixar de existir nos processos do contencioso administrativo em que o Ministério Público assuma a representação do Estado – como é certamente defendido no acórdão. A ausência de semelhante regime no quadro de tais processos contraria objetivamente o plano legislativo e abre, a nosso ver, uma lacuna que deverá ser preenchida pela aplicação analógica das correspondentes normas do dito artigo 101.º do EMP.

9. O âmbito do juízo de inconstitucionalidade

A nota final vai para assinalar um motivo de perplexidade, constituído pela inclusão no objeto do recurso de constitucionalidade de um segmento relativo às ações em que sejam demandados diversos ministérios.

Verificando-se cumulação de pedidos (regularmente) formulados contra diversos ministérios, aplica-se o disposto no n.º 6 do artigo 10.º do CPTA e serão demandados os correspondentes ministérios. Ora, quer se trate de uma ação contra um ministério ou contra vários, o regime de patrocínio judiciário é sempre o mesmo e distingue-se do regime aplicável aos processos em que seja parte o Estado. Concretamente, o patrocínio de cada um dos ministérios cabe a advogado, solicitador ou licenciado em direito ou em solicitoria com funções de apoio jurídico, nos termos gerais. Não se coloca o problema da representação pelo Ministério Público e do grau de efetividade desta, à luz do disposto no n.º 4 do artigo 25.º do CPTA, porque nessas ações os demandados são os ministérios, e não o Estado.

Logo, não se vislumbra o fundamento para extrair do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição um juízo de inconstitucionalidade com tal âmbito

²⁰ RICARDO PEDRO fala de uma “autonomia flexível” do Ministério Público, que assumiria neste contexto uma natureza meramente técnica: “A representação do Estado pelo Ministério Público”, in CARLA AMADO GOMES/ANA NEVES/TIAGO SERRÃO, *Comentários à Legislação Processual Administrativa*, vol. I, 5.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2020, págs. 781-782.

²¹ V. ALEXANDRA LEITÃO, “Representação...”, cit., págs. 204-205.

normativo – é significativo, aliás, que o tema não seja especificamente analisado ao longo do aresto.

Questão diversa – que não foi tratada no acórdão, nem tinha de ser – é a constitucionalidade do regime da exclusão da representação judiciária do Ministério Público resultante da solução dada à cumulação de pedidos no n.º 7 do artigo 10.º (alargamento da legitimidade processual dos ministérios aos pedidos dependentes pelos quais o Estado seria *prima facie* demandado).

III. Conclusões

O Tribunal Constitucional decidiu de forma convincente a questão colocada no recurso de constitucionalidade, julgando inconstitucional, por violação do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição, a norma extraída do n.º 1 do artigo 11.º e do n.º 4 do artigo 25.º do CPTA, segundo a qual a representação judiciária do Estado pelo Ministério Público constitui uma mera possibilidade, cuja efetivação depende de um juízo discricionário do Governo, na sequência de uma citação dirigida unicamente ao Centro de Competências Jurídicas do Estado.

O essencial da argumentação subjacente a tal juízo merece igualmente adesão. Embora a norma do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição não possa ser interpretada como consagrando um monopólio de representação judiciária do Estado a favor do Ministério Público, dispondo o legislador de uma ampla margem de conformação do âmbito e do regime dessa representação, certo é que as leis emanadas nesta matéria devem conter uma densificação mínima dos pressupostos da adoção de soluções diversas para o patrocínio do Estado, não podendo o afastamento, inicial ou subsequente, do Ministério Público resultar de decisões administrativas discricionárias. Sendo a citação dirigida unicamente ao Centro de Competências Jurídicas do Estado, a convocação do Ministério Público para representar o Estado no correspondente processo passou a constituir uma opção discricionária do Governo, sem observância de quaisquer pressupostos ou sequer de fundamentação específica (ao arrepio do regime próprio das matérias de reserva de lei, apesar de o acórdão não eleger como parâmetro da decisão o artigo 165.º). Tal regime conduz ao esvaziamento da função de representação *hoc sensu* do Estado constitucionalmente cometida ao Ministério Público, pelo que afronta diretamente a norma do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição.

Apesar de a capacidade fundamentadora da argumentação aduzida pelo Tribunal Constitucional não ficar afetada em termos relevantes, alguns pontos merecem reservas, designadamente por não identificarem corretamente a

origem histórico-dogmática da restrição imposta ao âmbito da representação judiciária pelo Ministério Público e, consequentemente, por aderirem a soluções hoje carecidas de base jus-positiva, como é o caso da limitação do patrocínio do Ministério Público às ações sobre contratos e responsabilidade extracontratual (ambiguamente identificadas com os processos de defesa dos interesses patrimoniais do Estado). As insuficiências da análise da evolução do contencioso administrativo e dos seus reflexos na estrutura dos processos, na legitimidade processual e na representação judiciária do Ministério Público constituem os aspetos menos positivos de um acórdão que atingiu uma decisão convincente na base de uma argumentação globalmente sólida.

Permanecem enigmáticas as razões do alargamento do juízo de inconstitucionalidade ao segmento da norma *sub judice* relativo às ações em que são demandados vários ministérios.

*Apreensão de Webmail em Processo Contra-Ordenacional e Reserva de Processo Criminal – Contraponto a uma Nova Jurisprudência Constitucional Duplamente Equivocada**

Nuno Brandão

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
nbrandao@fd.uc.pt*

Resumo: Dada a existência de várias normas legais que, no âmbito de processos contra-ordenacionais, autorizam a busca e apreensão de correio electrónico armazenado, analisa-se a sua compatibilidade com o direito fundamental ao sigilo das telecomunicações nos termos em que se encontra previsto no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa. O exame centra-se nas mensagens electrónicas transmitidas e guardadas em serviços de *webmail*, discutindo-se se a sua recolha para o processo contra-ordenacional afecta aquele direito fundamental e, em caso afirmativo, se é vedada pela reserva de processo criminal instituída por aquela norma constitucional. A reflexão é desenvolvida em diálogo crítico com os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 91/2023 e 314/2023 que tomaram posição sobre a questão, no sentido da não inconstitucionalidade.

Abstract: Given the existence of various legal rules which, in the context of administrative offence proceedings, authorise the search and

seizure of stored electronic mail, an analysis is made of their compatibility with the fundamental right to secrecy of telecommunications under the terms of Article 34(4) of the Portuguese Constitution. The article focuses on electronic messages transmitted and stored in webmail services, discussing whether their seizure for the purposes of administrative offence proceedings affects that fundamental right and, if so, whether it is prohibited by the reservation of criminal proceedings established by that constitutional rule. The discussion is developed in critical dialogue with the Constitutional Court Rulings nos. 91/2023 and 314/2023, which ruled that the issue was not unconstitutional.

Palavras-chave: sigilo das telecomunicações; autodeterminação comunicativa; *webmail*; reserva de processo criminal; buscas informáticas; processo contra-ordenacional.

Keywords: confidentiality of telecommunications; communicative self-determination; *webmail*; reservation of criminal proceedings; electronic searches; administrative offence proceedings.

I. O problema

1. Variada legislação contra-ordenacional concede às autoridades administrativas responsáveis pelo processamento de contra-ordenações o poder de lançarem mão de meios de obtenção de prova que implicam uma intromissão naquilo que é ou já foi uma comunicação à distância de carácter privado realizada através de um sistema de telecomunicações. Autoriza-se, mais especificamente, a realização de acções investigatórias susceptíveis de envolverem o acesso a *e-mails* ou mensagens electrónicas de cariz similar (*sms*, mensagens de *Whatsapp*, *etc.*) e a documentos digitais. Previsões legais desta índole suscitam interrogações no plano constitucional, nomeadamente quanto à sua compatibilidade com o direito fundamental ao sigilo das telecomunicações com assento no artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição. Em especial, justificam que se pergunte se ingerências de tal tipo constituem intervenções restritivas na esfera desse direito fundamental e, em caso afirmativo, se estão cobertas pela ressalva prevista na parte final daquele artigo 34.º, que só admite a ingerência das autoridades públicas nas telecomunicações em matéria de processo criminal.

São estas questões que nos propomos aqui abordar e discutir, procurando apresentar vias de resposta que se coadunem com o quadro constitucional vigente. Fã-lo-emos em jeito de contraponto crítico a uma

recente jurisprudência constitucional¹ sobre a matéria que tomou posição numa direcção a diversos títulos original.

Entre nós, o problema tem sido posto sobretudo a propósito de buscas realizadas para investigação de contra-ordenações tipificadas na Lei da Concorrência, no Regime Geral das Instituições de Crédito, no Código dos Valores Mobiliários, entre outros, que incidam sobre *e-mails* armazenados nos sistemas informáticos das pessoas individuais ou colectivas que delas são alvo. Por norma, trata-se de buscas não domiciliárias ou domiciliárias feitas a instalações de empresas ou de residências de indivíduos a elas ligados no âmbito das quais se acede a equipamentos informáticos que nelas sejam encontrados (servidores, computadores pessoais, telemóveis, *tablets*, *etc.*) e se procede à cópia de ficheiros informáticos da mais variada espécie, desde *e-mails*, documentos *pdf*, de *word*, de *excel*, *etc.* Cópia que é juridicamente qualificada como apreensão informática.

Frequentemente, esses ficheiros informáticos encontram-se disponíveis não apenas nos equipamentos informáticos objecto das buscas, mas também nos servidores de empresas que disponibilizam *software* e armazenamento *on-line* de ficheiros, em sistema de nuvem (a Microsoft com o Office 365, o Hotmail, o Outlook, o Onedrive e o Azure; a Google, com o Gmail e o Google Drive; a Amazon com o Amazon Web Services; *etc.*). Ainda que tais ficheiros possam ser obtidos através dessas grandes empresas informáticas, o certo é que só muito raramente, mesmo no processo penal, as autoridades de investigação preferem recorrer directamente a elas. As mais das vezes, esses documentos informáticos são procurados e apreendidos junto dos próprios buscados.

Sendo esta a realidade mais comum da nossa investigação contra-ordenacional será sobre ela que nos debruçaremos. Teremos em vista fundamentalmente os mencionados casos de buscas e apreensões de mensagens e documentos electrónicos realizadas em locais e dispositivos sob domínio das pessoas que por elas são visadas.

2. Será ocioso encarecer a importância do acesso pelas autoridades administrativas à correspondência e documentação electrónica das pessoas suspeitas da prática de contra-ordenações para satisfação da finalidade processual de descoberta da verdade material, sobretudo no âmbito das actividades económicas. No mundo actual, grande parte das conversações à

¹ Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 91/2023 e 314/2023.

distância, faladas e escritas, processam-se através de meios de telecomunicação e a generalidade dos documentos gerados nessas e para essas actividades são produzidos e armazenados de forma electrónica. Como é evidente, um processo contra-ordenacional que fosse mantido à sua margem não estaria em condições de (ou muito dificilmente conseguiria) investigar de forma cabal as infracções contra-ordenacionais praticadas no âmbito dessas actividades económicas, mesmo das que não sejam particularmente sofisticadas, com o que ficaria comprometida a efectividade da justiça contra-ordenacional.

O acesso pela investigação contra-ordenacional a meios de prova digital sem a anuência das pessoas a que dizem respeito – de forma coerciva, portanto – é susceptível de contender com direitos, liberdades e garantias fundamentais² de diversa ordem de que tais pessoas são titulares³. Pelo menos, seguramente, com o direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 26.º, n.º 1, da CRP) e com o direito à autodeterminação informativa (artigo 35.º, n.ºs 1 e 4, da CRP); e ainda, em certos casos, com o direito ao sigilo das telecomunicações (artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP). Logo por isso, dadas estas potenciais repercussões na esfera jusfundamental das pessoas visadas, na falta de *previsão legal* com suficiente precisão e densidade que habilite as autoridades administrativas a recorrer a meios de obtenção de prova que impliquem intervenções restritivas nesse plano, não poderão elas enveredar por esses caminhos investigatórios. Acresce a proibição de princípio de intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação e de provas que colidam com a reserva da vida privada constante do artigo 42.º do RGCO.

Dada a referida frequente premente necessidade de contar com estes diversos tipos de prova digital, são cada vez mais os domínios contra-ordenacionais em que as legislações sectoriais respectivas abrem caminho a diligências investigatórias dirigidas à sua obtenção. Quando tal sucede, deparamos, via de regra, com normas legais com um significado restritivo de direitos fundamentais. *Leis restritivas*⁴ que, por isso, deverão observar as numerosas, diversificadas e apertadas exigências de que a Constituição faz depender a admissibilidade da restrição de direitos fundamentais num plano normativo, *maxime* as previstas no seu artigo 18.º

² Doravante, em texto, por simplicidade de exposição, mencionaremos os direitos, liberdades e garantias fundamentais sob a forma abreviada de direitos fundamentais.

³ Por todos, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 687/2021, 36 (DR, I, de 22.09.2021, p. 33).

⁴ No preciso sentido a que se refere J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1265.

II. As posições em confronto

3. Uma vez que os métodos de obtenção de prova digital a que nos vimos referindo têm esta potencialidade restritiva de diversos direitos fundamentais, é precisamente aqui, na verificação da existência de uma credencial constitucional para a sua limitação, que se joga o essencial do problema da possibilidade da sua mobilização nos processos contra-ordenacionais.

A questão foi em data recente objecto de tratamento e decisão num muito dividido Acórdão do Tribunal Constitucional, o n.º 91/2023, da 3.ª Secção⁵; seguido e acolhido, já sem divisões, pela 1.ª Secção do Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 314/2023⁶.

Basicamente, estava em causa saber se é constitucionalmente admissível a norma constante da Lei da Concorrência que viabiliza a pesquisa e apreensão, em busca realizada ao visado do processo contra-ordenacional dirigido pela Autoridade da Concorrência, de correspondência electrónica armazenada num sistema de *webmail*, para investigação de uma prática anticoncorrencial qualificada como contra-ordenação. Por duas vezes, o Tribunal Constitucional, nos mencionados Acórdãos n.ºs 91/2023 e 314/2023, concluiu que sim, desde que essa busca seja precedida da competente autorização judicial.

Também nos parece que, neste específico domínio contra-ordenacional da concorrência, *uma tal norma não ofende a Constituição*, sendo constitucionalmente legítimas as buscas e apreensões informáticas assim efectuadas e válidas as provas digitais (*i.e.*, as mensagens de correio electrónico) assim obtidas⁷. Divergimos, porém, radicalmente, da fundamentação da posição que fez vencimento no Tribunal Constitucional.

O cerne do problema está na compreensão da norma constante do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição⁸, relativo ao sigilo das telecomunicações,

⁵ Pela maioria, no sentido da não inconstitucionalidade, votaram os Conselheiros Joana Fernandes Costa (relatora), João Caupers e Gonçalo Almeida Ribeiro. O Conselheiro Lino Ribeiro convergiu na conclusão, divergindo dos fundamentos, substancialmente desalinhados dos que fizeram vencimento. Apenas o Conselheiro Afonso Patrão apontou para a inconstitucionalidade, assente na reserva absoluta de processo criminal extraída da parte final do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição.

⁶ O Tribunal Constitucional foi confrontado com questão similar já em 2008, no âmbito do processo n.º 397/2008, tendo, todavia, decidido não conhecê-la (Acórdão n.º 593/2008).

⁷ Já em momento anterior o sustentámos: “As grandes contra-ordenações e os seus desafios actuais”, in *O Direito das Contraordenações nos tempos atuais – III Jornadas Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão*, CEJ, 2022, pp. 46 ss., em https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Aw-eX5CdN_w%3d&portalid=30.

⁸ “É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos

e na articulação das duas partes que a integram: por um lado, a relativa à proibição de ingerência nas telecomunicações; e, por outro lado, a referente à ressalva dos casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

Grosso modo, o Tribunal Constitucional entende que a pesquisa e apreensão de *webmail* afronta o direito ao sigilo das telecomunicações, estando abrangida pelo respectivo âmbito normativo, mas aceita que possa ter lugar num processo contra-ordenacional por infracção à regra da concorrência. Isto, por considerar que processos dessa natureza *versam sobre factos materialmente penais, cabendo na excepção* relativa aos casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

Da nossa parte, julgamos que não há ofensa ao disposto no artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição logo porque normas que autorizem tal tipo de buscas e apreensões *não contêm com o direito ao sigilo das telecomunicações*⁹. A partir do momento em que, porém, se conclua em sentido contrário, de forma alguma poderá admitir-se que factos portadores de dignidade penal, mas tipificados como contra-ordenação sejam constitucionalmente qualificados como matéria de processo criminal, de forma a viabilizar a compressão desse direito fundamental também no domínio contra-ordenacional¹⁰.

Manifestaremos as razões da nossa discordância em relação às posições avançadas pelo Tribunal Constitucional, tanto na parte respeitante à definição do âmbito normativo do direito à autodeterminação comunicativa¹¹, como na parte atinente à ressalva feita à matéria de processo criminal; procurando, do mesmo passo, fundamentar a nossa ideia de que nestes casos nem sequer há motivo para considerar haver afronta a este direito fundamental.

III. O direito ao sigilo das telecomunicações

4. O direito ao sigilo das telecomunicações visa essencialmente assegurar a *liberdade da comunicação* em circuito fechado entre ausentes¹².

demais meios de comunicação, *salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*”.

⁹ Ideia que corresponde substancialmente à firmada pelo Conselheiro Lino Ribeiro na sua declaração de voto ao Acórdão n.º 91/2023.

¹⁰ Também nesta direcção se manifestaram os Conselheiros Lino Ribeiro e Afonso Patrão nas declarações de voto que apuseram ao Acórdão n.º 91/2023, convergentes com a jurisprudência tirada pelo Plenário do Tribunal Constitucional nos Acórdãos n.º 403/2015 (*DR, I*, de 17.09.2015, pp. 8245 ss.) e 464/2019 (*DR, I*, de 21.10.2019, pp. 5 ss.).

¹¹ A expressão foi cunhada entre nós, ao que cremos, por J.J. GOMES CANOTILHO, “Privatizações e direitos, liberdades e garantias. A propósito do sigilo de correspondência no serviço de telecomunicações”, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 162.

¹² Sobre o que se segue, cf., na doutrina nacional, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão Passado*”, *a Reforma de Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 155 ss., e, no panorama

Pretende-se que, tanto quanto possível¹³, estes se sintam à vontade para dialogar como se estivessem face a face, decidindo quem pode tomar conhecimento daquilo que é dito enquanto a conversação decorre, o que é condição indispensável para que possam transmitir livremente aquilo que desejam dizer. Neste sentido, a inviolabilidade das telecomunicações serve direitos e liberdades fundamentais, como a reserva de intimidade da vida privada, a liberdade de expressão, o direito à palavra, entre outros, sendo condição de materialização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Em todo o caso, o que se visa proteger não é o conteúdo da comunicação, mas o seu sigilo, por isso se considerando que é a *vertente formal do direito à privacidade*, e não a material, que aqui releva.

Esta concepção do direito à autodeterminação comunicacional liga-se à *estrutura do processo de comunicação* que envolva meios de telecomunicação. Uma estrutura composta pelo menos por *três polos*: além dos participantes na conversação há que contar ainda com um terceiro, o operador desses meios de telecomunicação, por aqueles incumbido de realizar a transmissão, levando-lhes e trazendo-lhes aquilo que dizem entre si. É a interposição desse terceiro que gera o *risco de devassa* que poderá comprometer o sigilo da comunicação a que os interlocutores naturalmente aspiram. É esse período em que a comunicação está exposta ao perigo de devassa por se encontrar sob domínio de um terceiro, o operador, que reclama a protecção do direito à inviolabilidade das telecomunicações. Daí que haja um largo consenso em torno da ideia de que este direito entra em cena quando se inicia o processo de comunicação e dela sai quando esse processo se encontre concluído.

No momento em que cessa a comunicação telefónica, termina igualmente o direito ao sigilo que a cobria enquanto teve lugar. E do mesmo modo, tratando-se de mensagens electrónicas, chegando elas ao destino e entrando na esfera de disponibilidade do destinatário, hajam sido lidas/abertas ou não, poderá entender-se que o respectivo processo comunicacional chegou ao fim e por isso a partir daí deixam de receber a protecção do direito ao sigilo das telecomunicações. Assim, uma *sms* que

alemão, os Acórdãos do Tribunal Constitucional Federal (doravante, *BVerfG*) de 02.03.2006 (*BVerfGE*, n.º 115, pp. 166 ss.), de 27.02.2008 (*BVerfGE*, n.º 120, 274, pp. 307 s.) e de 16.06.2009 (Proc. 2 BvR 902/06) e DURNER, in Dürig / Herzog / Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, Munique: C. H. Beck, Werkstand: 97. EL, Janeiro de 2022, Art. 10, nm. 83 ss.

¹³ Nos tempos actuais, esta possibilidade parece ser já uma esperança vã: “(...) é igualmente evidente que, com as actuais tecnologias de informação, é vão esperar poder manter relações reservadas pelo telefone” (UMBERTO ECO, “Reflexões sobre o WikiLeaks”, in *Construir o Inimigo e Outros Escritos Ocasionalmente*, Lisboa: Gradiva, 2011, p. 309 s.).

seja recebida e fique guardada no telemóvel ou um *e-mail* que seja guardado numa *pendrive* depois de ser recebido não beneficiarão da tutela desse direito. Donde, normas que autorizem a sua apreensão não colidem com o direito à autodeterminação comunicativa, logo porque estão fora do seu âmbito de protecção.

Tudo isto é hoje praticamente consensual.

5. Nem sempre, todavia, as coisas são assim tão lineares. Por exemplo, entendendo-se embora que os dados relativos às circunstâncias de telecomunicações que no passado foram efectuadas, os chamados dados de tráfego, beneficiam da protecção do direito à inviolabilidade das telecomunicações previsto no artigo 34.º da Constituição¹⁴, vem acontecendo não ser esse o parâmetro constitucional convocado pela nossa jurisprudência constitucional para sindicar normas que abram acesso a órgãos do Estado para fins de investigação criminal¹⁵. E se tradicionalmente ao sigilo das telecomunicações era associada uma *marca de subjectividade ou interpersoalidade*, só abrangendo comunicações à distância realizadas ou tentadas entre pessoas, temos nas últimas décadas assistido a um movimento doutrinal e jurisprudencial, sobretudo na Alemanha, que faz expandir as suas fronteiras para lá desse campo¹⁶. Uma tendência justificada pela presença constante e massiva da *internet* no quotidiano da generalidade dos cidadãos e pela enorme diversificação dos usos que lhe podem ser dados, por humanos e por máquinas. Vem-se falando na necessidade de chamar a força protectora do direito ao sigilo das telecomunicações em actividades tão díspares como a interacção entre uma pessoa e um sistema informático através da *internet*¹⁷ ou a simples navegação em páginas da *internet*¹⁸.

¹⁴ Cf. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 403/2015 (15. e *passim*; DR, cit., pp. 8255 s.), e 464/2019 (7.; DR, cit., pp. 23 ss.).

¹⁵ Paradigmático, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022, relativo à conservação e disponibilização ao processo criminal de dados de tráfego previstas na Lei n.º 32/2008 (cf. o dispositivo do Acórdão, in DR, I, de 03.06.2022, p. 69).

¹⁶ Sobre esta controvertida evolução, DURNER, *op. cit.*, Art. 10, nm. 118 ss. Referindo-se igualmente à querela, o Acórdão do BVerfG de 06.07.2016 (2 BvR 1454/13), in *Neue Juristische Wochenschrift* [NJW], 2016, p. 3508 ss., nm. 26 ss.

¹⁷ Cf. THOMAS WISCHMEYER, in Dreier, *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, 4.ª ed., Tübingen: Mohr Siebeck, Art. 10, nm. 64 ss. Contra, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2019 (8.; DR, cit., p. 27).

¹⁸ Acórdão do BVerfG de 06.07.2016, NJW, cit., pp. 3508 ss. (cf. esp. nm. 34 ss., NJW, cit., p. 3510), tido por WISCHMEYER, *Grundgesetz-Kommentar*, *op. cit.*, Art. 10.º, nm. 65, não como um *outlier*, mas como uma decisão claramente filiada na jurisprudência constitucional alemã anterior acerca do direito ao sigilo das telecomunicações. Contra, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2019, (8.; DR, cit., p. 27).

Nesta tendência expansiva do direito ao sigilo das telecomunicações¹⁹ passa ele a cobrir realidades que, *em rigor, não são telecomunicações*. Seja porque *já deixaram de o ser*; seja porque *nunca sequer o foram*, porque desprovidas de uma característica de interpersoalidade. A tónica deixa de estar no conceito de telecomunicação e passa para a chamada *situação de perigo*²⁰: o que verdadeiramente passa a importar é se uma dada realidade se processa através da *internet* ou de outros meios de transmissão de sinais à distância. Pois as actividades que se desenvolvem por essas vias carecem da intermediação de um *provider*, que, pela posição que ocupa e pelo papel que desempenha, detém uma condição privilegiada para se intrometer no processo comunicacional que tem a seu cargo, bem como para abrir a porta a autoridades estaduais que a ele pretendam aceder ou dele tenham necessidade de se inteirar.

É neste caldo de desvalorização do conceito de telecomunicação e de sobrevalorização da situação de perigo que se inscrevem as recentes decisões do Tribunal Constitucional acerca da pesquisa e apreensão de *webmail* em processo contra-ordenacional. Largamente inspirada pela experiência alemã, onde, porém, o direito à autodeterminação comunicativa está longe de receber uma protecção constitucional tão forte como aquela que lhe é dispensada entre nós²¹, a nossa jurisprudência constitucional faz entrar no seu âmbito de tutela não apenas o correio electrónico que se encontra em trânsito, como também aquele que, muito embora já chegado ao destino, se encontre jacente simultaneamente em sistemas informáticos do utilizador e do *provider* da conta de *e-mail*, como sucede nos serviços de *webmail*²². O relevo prático desta *nuance* é enorme, já que nos dias de hoje a esmagadora maioria das contas de correio electrónico, pessoais e institucionais, correm em programas de *webmail*. E o mesmo se diga das mensagens de telemóvel: cada vez se usa menos a *sms* e se usa mais o *Whatsapp* e afins, cujas mensagens (ditas instantâneas) estão armazenadas tanto nos dispositivos electrónicos dos utilizadores como nos servidores das empresas que exploram esses serviços de mensagens instantâneas, autónomos ou integrados em plataformas de redes sociais ou de trabalho.

¹⁹ Cf. DURNER, *op. cit.*, Art. 10, nm. 108.

²⁰ Acórdão do BVerfG de 16.06.2009, cit., nm. 40 ss. (esp. nm. 46).

²¹ Ao contrário do artigo 34.º, n.º 4, da nossa Constituição, o artigo 10.º da Lei Fundamental alemã não delimita o âmbito das restrições possíveis ao direito ao sigilo das telecomunicações.

²² Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023, 17. s.

Ora, de acordo com esta perspectiva, mesmo que as mensagens electrónicas já não se encontrem em movimento, do emitente para o receptor, estando apenas guardadas em servidores da empresa que providencia o *webmail*, continuam, digamos assim, à mão de semear desta. Permanecem, pois, vulneráveis a ingerências dela ou do Estado através dela. Por essa razão, porque o que este direito fundamental visa proteger é a confidencialidade daquilo que é ou foi comunicado e não a telecomunicação propriamente dita, justifica-se estender a sua área de tutela também a este tipo de correio electrónico²³. Isto, sob pena de a confiança nas empresas de *internet* e/ou de telecomunicações que prestam estes serviços de comunicação instantânea à distância, essenciais nas sociedades contemporâneas, ficar comprometida. De facto, e nisto haverá que dar razão a esta visão das coisas, seria incompreensível que da sustentação constitucional da imprescindível proibição dirigida aos operadores de devassa do conteúdo das mensagens e das circunstâncias da sua transmissão fosse arredado o direito ao sigilo das telecomunicações, o direito fundamental especialmente vocacionado para garantir a confidencialidade do processo comunicacional e a confiança comunitária nos sistemas de telecomunicações. Proibição que nesta era de capitalismo de vigilância²⁴ é tanto mais justificada quanto se mostra uma das possíveis barreiras ao apetite voraz das empresas de *internet* pelos dados das comunicações dos utilizadores dos seus serviços, para fins publicitários, de alimentação dos programas de inteligência artificial, etc.

6. Daí, porém, a considerar que qualquer ingerência estadual em mensagens electrónicas de *webmail* ou afins entra de plano no âmbito de previsão deste direito fundamental é um passo que, além de não ser reclamado pela sua teleologia, põe sob risco de inconstitucionalização todas aquelas acções investigatórias que não caibam na excepção da parte final do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição e possam por ela ser “salvas”. Uma e outra coisa devem ser perspectivadas de forma articulada.

É a própria Constituição que determina que a proibição de ingerência nas telecomunicações só é ressalvada nos “casos previstos na lei em matéria

²³ Acórdão do BVerfG de 16.06.2009, cit., nm. 41 ss., e na sua esteira DURNER, op. cit., Art. 10, nm. 128, e TILL ZIMMERMANN, “Der strafprozessuale Zugriff auf E-Mails”, *Juristische Arbeitsblätter* 46 (2014), p. 325, que se refere a esta posição como a corrente dominante; e na doutrina portuguesa, logo MANUEL DA COSTA ANDRADE, in *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Artigo 194.º, § 28. E agora também, de forma clara e expressa, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 91/2023 (18.) e 314/2023.

²⁴ SHOSHANA ZUBBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, Nova Iorque: PublicAffairs, 2019.

de processo criminal” (artigo 34.º, n.º 4). Uma excepção que, durante muito tempo, foi identificada pela doutrina largamente majoritária²⁵ e até pelo próprio Tribunal Constitucional²⁶ como correspondendo a uma “reserva absoluta de processo criminal” em sentido formal. Neste jogo de regra de proibição²⁷ / excepção, perante uma *margin of exception* tão estreita não se poderá deixar de ser especialmente rigoroso e cauto naquilo que se leva ao objecto da proibição, o mesmo é dizer ao conteúdo normativo do princípio da autodeterminação comunicativa. No princípio da proibição da autoincriminação encontramos uma ilustração desta mesma ordem de razão²⁸: ali onde se conceba o *nemo tenetur se ipsum accusare* como princípio irrestringível, será aconselhável definir o seu conteúdo de forma contida, coincidindo exclusivamente com aquele que é comumente tido como o seu núcleo essencial, sob pena de inviabilização de diversas importantes actividades investigatórias; já onde se relativize o princípio, admitindo que se encontra aberto a restrições, abrir-se-á uma folga para expandir o seu conteúdo.

Se é certo que o procedimento metodológico de avaliação da legitimidade de leis restritivas de direitos fundamentais impõe que se comece por determinar o alcance normativo do direito fundamental, só depois fazendo funcionar a norma de restrição²⁹; não há razão para que o primeiro momento se abstraia por completo das possíveis limitações que a própria Constituição institui às limitações admissíveis do direito fundamental em questão³⁰. Uma referenciação que, de todo o modo, nos parece menos problemática do que aquela outra com que acabamos por deparar na recente jurisprudência constitucional (Acórdãos n.ºs 91/2023 e

²⁵ Por todos, J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, Art. 34.º, VII. e IX., e JORGE REIS NOVAIS, “O Tribunal Constitucional e o acesso aos metadados das comunicações pelos Serviços de Informação”, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional* 1 (2021), p. 12.

²⁶ Vd. os Acórdãos n.ºs 241/2002, 403/2015 (16. ss., DR, cit., pp. 8256 ss.), 464/2019 (9.2; DR, cit., pp. 31 ss.) e 687/2021 (28. s.; DR, cit., pp. 26 ss.), os últimos três do Plenário.

²⁷ JORGE REIS NOVAIS, “O Tribunal Constitucional e o acesso aos metadados...” op. cit., p. 12, e JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade – II*, Coimbra: Almedina, 2023, pp. 326 s.

²⁸ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 3989 (2014), pp. 143 ss.

²⁹ J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, op. cit., pp. 1275 ss.

³⁰ Para uma perspectiva geral sobre o carácter absoluto ou relativo dos direitos fundamentais e sua relevância para a determinação do seu âmbito normativo, JAMAL GREENE, *How Rights Went Wrong: Why Our Obsession with Rights Is Tearing America Apart*, Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2021, um autêntico *pläydoyer* pela relativização dos direitos fundamentais.

314/2023)), que põe a definição do conteúdo da excepção na dependência do amplo alcance normativo previamente atribuído ao direito fundamental: porque se insuflou o espaço jusfundamental houve depois necessidade de alargar o âmbito da excepção.

Uma ampliação que, como se disse, se inspirou na experiência alemã, mas que não deu relevo ao facto de na ordem constitucional alemã não haver limitação semelhante àquela que encontramos no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição, e de a busca e apreensão de *webmail* realizada às claras não ser tida como uma afronta especialmente qualificada ao sigilo das telecomunicações, ficando por isso subordinada ao regime geral das buscas (§ 94 StPO), no âmbito do qual se exige uma autorização judicial prévia e um critério de indicição mínimo, dependendo a sua admissibilidade da existência de simples indícios da prática da infracção³¹.

A contenção que, fruto do curto espaço de restrições admissíveis aberto pelo artigo 34.º, n.º 4, da Constituição, deve animar a determinação da amplitude normativa do direito à autodeterminação comunicativa e a respectiva definição das ingerências estaduais que podem ser levadas à conta de uma intervenção restritiva nesse direito fundamental impõe que a compreensão do conteúdo desta norma jusfundamental tome em consideração duas coisas. Primeiro, aquilo que, rigorosamente, dela é *objecto*, a telecomunicação. E segundo, a *teleologia* que lhe dá sentido, a necessidade de oferecer uma resposta normativa que acautele o perigo de devassa envolvido na intervenção do operador do serviço de telecomunicação.

Haverá, assim, quanto ao *objecto*, que distinguir entre o que é ou já foi uma telecomunicação e o que nunca sequer o foi. Só no primeiro caso se justifica accionar a protecção que o direito ao sigilo das telecomunicações visa garantir. E mesmo aí terá depois de atender-se à sua *teleologia*, a situação de perigo que o justifica.

6.1 Deste modo, deverá ser mantido *fora do perímetro normativo* do direito ao sigilo das telecomunicações tudo aquilo que *não é nem nunca foi uma telecomunicação*, logo por lhe faltar a nota de interpersoalidade que lhe é característica.

Se assim não for, privilegiando-se antes o critério da situação de perigo, o âmbito de protecção do direito fundamental acabará inevitavelmente por

³¹ Acórdão do BVerfG de 16.06.2009, *cit.*, nm. 55 ss., BRUNS, in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8.ª ed., München: C. H. Beck, 2019, § 100a, nm. 20, e HAUSCHILD, in *Münchener Kommentar zur StPO*, 2.ª ed., München: C. H. Beck, 2023, § 94, nm. 13.

ser expandido muito para além daquilo para que foi pensado e instituído, passando, por exemplo, a abranger os dados relativos à navegação na *internet*, os dados de localização dos dispositivos electrónicos e os ficheiros que as pessoas guardem na *cloud*. Se o que é decisivo é a situação de perigo a que os dados ficam expostos perante as operadoras de telecomunicações e as empresas de *internet*, por que razão os *e-mails* deixados na caixa de *webmail* ficarão sob a protecção do direito ao sigilo das telecomunicações, mas já não as fotografias, os vídeos, os ficheiros de *pdf*, *word*, *etc.* que as pessoas mantêm guardados na *cloud*, não raro de forma inadvertida e inconsciente?

6.2 Dentro daquilo que pode ser reconduzido à figura da telecomunicação, é necessário contrapor as interações que, no momento da ingerência, são uma telecomunicação das outras que o já não são, tendo-o sido no passado.

6.2.1 As ingerências realizadas em telecomunicações em curso contendem com o cerne do princípio da inviolabilidade das telecomunicações, sendo por isso aí plenamente justificado o accionamento da sua protecção. As escutas telefónicas, a captura de mensagens electrónicas no decurso da sua transmissão ou a monitorização de um equipamento informático que capte e registe em tempo real comunicações que o seu utilizador realize são intromissões nas telecomunicações cuja admissibilidade depende da existência de normas legais que as autorizem. Normas que, quando instituídas, são portadoras de um relevo de restrição do direito à autodeterminação comunicativa.

6.2.2 As coisas deverão ser diferentes se o objecto da intromissão for algo que em tempos *foi uma telecomunicação* (um *e-mail*, uma mensagem de voz transmitida por *voice mail* ou por um programa de mensagens instantâneas) *ou foi parte dela* (um ficheiro anexo a um *e-mail*, um áudio ou um vídeo remetido por *Whatsapp*), mas já o não é no momento em que ela tem lugar. Aí, a tutela do direito ao sigilo das telecomunicações só se justificará se subsistir um domínio fáctico do *provider* sobre os dados e, no caso de ingerência estadual, se for por via dele que tal intervenção se concretize. Faltando uma dessas condições esse direito fundamental não chega a entrar em cena.

Se o operador que intermediou a comunicação à distância *já não tem qualquer domínio* sobre ela, uma possível quebra da confidencialidade dessa comunicação passada não lhe será imputável, não havendo razão

para desencadear a protecção que o princípio da inviolabilidade das telecomunicações visa garantir. Assim, buscas e apreensões que incidam sobre *e-mails* ou outras mensagens electrónicas enviadas ou recebidas que se encontrem guardados apenas em equipamentos ou suportes electrónicos dos utilizadores, e já não também nos servidores do operador que os transmitiu, não abalam o direito à autodeterminação comunicativa.

Em se tratando, porém, de correspondência electrónica que continua sob domínio do operador que a providencia, como paradigmaticamente sucede com o *webmail*, tudo está em saber se foi por via desse domínio que a intromissão do Estado no conteúdo e/ou nas circunstâncias da comunicação se realizou, *tomando partido da situação de perigo* em que essa correspondência se manteve.

Se a recolha do *webmail* se faz através de um pedido de colaboração dirigido à empresa de *internet* que o gere há um aproveitamento pelo Estado da vulnerabilidade perante riscos de intromissão associada ao armazenamento de *e-mails* por terceiros, justificando-se a intervenção protectora do direito ao sigilo das telecomunicações³².

Já não assim se a devassa for levada a cabo através de uma ingerência realizada directamente em equipamentos electrónicos à guarda do titular dos dados, sendo esses dados recolhidos desses dispositivos ou a partir deles, como é prática habitual entre nós. Ainda que se trate de dados que já foram uma telecomunicação e que permanecem expostos a uma situação de perigo de devassa *não é pela exploração dessa vulnerabilidade que o Estado deles toma conhecimento e se apodera*. Por esse motivo, não se fazendo sentir a razão de ser que funda o direito à autodeterminação comunicativa não há motivo para que os dados assim recolhidos beneficiem da sua protecção e para que as intromissões que neles sejam promovidas pelo Estado sejam qualificadas como intervenções restritivas *nesse* direito fundamental³³.

Significa isto, contra o que concluiu o Tribunal Constitucional nos Acórdãos n.ºs 91/2023 e 314/2023, que pesquisas e apreensões de *webmail* realizadas em processo contra-ordenacional directamente em equipamentos do visado não afectam o princípio da inviolabilidade das telecomunicações. Consequentemente, não estão sujeitas à limitação de reserva de processo

³² Ingerência que na Alemanha é tida como uma vigilância de telecomunicações (*Telekommunikationsüberwachung*) para efeito do previsto no § 100a da StPO: cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal (BGH) de 04.08.2015 (3 StR 162/15), in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2015, pp. 704 ss.

³³ Pronunciámo-nos já neste sentido em “As grandes contra-ordenações e os seus desafios actuais”, *op. cit.*, p. 50.

criminal que circunscreve o levantamento da proibição de ingerência que lhe é associada pelo artigo 34.º, n.º 4, da Constituição. Daí não se segue, obviamente, que tais ingerências não se deparem com outras barreiras jusfundamentais, designadamente, das proibições inerentes a outros direitos fundamentais da esfera da privacidade que inevitavelmente ficam sob ameaça em diligências investigatórias dessa natureza, os quais se manifestam aqui como direitos de defesa (*Abwehrrechte*) do particular perante o Estado. Barreiras que só podem ser derrubadas, de forma a viabilizar a intromissão, se estiverem verificados os requisitos que a Constituição estabelece para a legitimação das leis restritivas de direitos fundamentais. Entre essas condições conta-se a *relevância constitucional dos fins e interesses susceptíveis de justificar a restrição*. Exigência que se intersecta com a problemática da reserva absoluta de processo criminal, instituída pelo artigo 34.º, n.º 4, da Constituição, mas agora negada pelo Tribunal Constitucional e que por isso abordaremos a propósito da reflexão crítica que esse repúdio nos merece.

IV. A reserva absoluta de processo criminal

7. Se se seguir uma concepção como a adoptada pelo Tribunal Constitucional acerca da amplitude normativa do princípio da inviolabilidade das telecomunicações de forma a cobrir todos os casos de apreensão de *webmail*, incluindo aqueles que não requerem uma colaboração da empresa operadora desse serviço de *internet*, a possibilidade de recurso a essa actividade investigatória em processo contra-ordenacional poderá ficar comprometida por força da reserva de processo criminal instituída pela parte final do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição.

Nas recentes decisões do Tribunal Constitucional a que nos vimos referindo, concluiu-se que esse obstáculo não seria todavia decisivo³⁴. Uma linha decisória que assentou na ideia de que a matéria contra-ordenacional em apreço poderia ser substancialmente assimilada a matéria penal. Nessa medida, considerou-se que participa dos mesmos fins e interesses cometidos à intervenção penal e como tal deve beneficiar do salvo-conduto que a Constituição a esta reservou na excepção constante daquele preceito. Do mesmo passo, rejeitou-se a máxima de reserva absoluta de processo criminal que o Plenário do Tribunal Constitucional vinha há muito reiteradamente afirmando neste quadro.

³⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023, 19. ss.

Ecoam agora as palavras que o Conselheiro Pedro Machete dirigiu a propósito, precisamente no âmbito da discussão anteriormente travada no Plenário acerca do alcance da reserva de processo criminal: “não poderia deixar de causar enorme perplexidade que, depois de uma pronúncia tão clara como a que consta do Acórdão n.º 403/2015, o Tribunal, a propósito da mesma matéria e com referência ao mesmo parâmetro, viesse a adotar um entendimento diferente”³⁵. Num domínio tão sensível para os direitos fundamentais e sujeito a sucessivas e cada vez mais agressivas investidas dos poderes públicos e privados, espanta que o Tribunal, funcionando em Secção, enfraqueça uma das barreiras mais sólidas com que contam e que num passado muito recente foi por três vezes reiterada nem mais nem menos do que pelo Plenário! Dificilmente se poderia cogitar uma afronta institucional do Tribunal Constitucional à sua própria jurisprudência mais chocante do que aquela que aqui se deu.

8. Para sustentar a qualificação da intervenção contra-ordenacional anticoncorrencial como matéria de processo criminal, esta nova corrente argumenta que o processo contra-ordenacional assegura as diversas garantias de defesa próprias do processo penal que contribuem para justificar essa reserva³⁶.

Além disso, acrescenta-se que só assim se assegura que o legislador sinta haver condições processuais para enveredar por uma via sancionatória de carácter contra-ordenacional, em detrimento da penal³⁷. Manifestou-se o receio de que se estas buscas e apreensões informáticas forem excluídas do arsenal investigatório das autoridades competentes para o processo contra-ordenacional o legislador como que se verá forçado a escolher um trilho penal, sob pena de a efectividade da ação sancionatória num domínio tão economicamente sensível e constitucionalmente importante como é o da concorrência ficar em risco.

A estas considerações, mais acessórias do que propriamente fundantes da conclusão a que se chegou, será suficiente contrapor o seguinte.

Os direitos e garantias do arguido em processo contra-ordenacional são qualitativa e quantitativamente menores do que os que são garantidos ao arguido em processo penal³⁸. Ora, as garantias institucionais dirigidas

³⁵ Declaração de voto aposta ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2019 (*DR, cit.*, p. 56).

³⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023, 23.

³⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023, 19-22.

³⁸ MARIA JOSÉ CAPELO / NUNO BRANDÃO, “A eficácia probatória das sentenças penais e das decisões finais

à promoção e salvaguarda da independência e imparcialidade dos juízes penais e o direito de defesa do arguido penal³⁹ são, como se sabe, razões determinantes da previsão constitucional da reserva de processo criminal⁴⁰. Baldadamente se procurará na regulação do processo contra-ordenacional um quadro protector do arguido e de outras pessoas eventualmente afectadas por intervenções restritivas de direitos fundamentais minimamente comparável ao que é oferecido pelo sistema normativo processual penal. Isso mesmo é cabalmente esclarecido pelo Conselheiro Afonso Patrão no seu voto de vencido ao Acórdão n.º 91/2023. A clareza e a justa contundência da sua avaliação bastam para que aqui façamos nossas as suas palavras, de crítica à “burla de etiquetas” que viabiliza “a utilização de *medidas constitucionalmente reservadas ao processo penal* em procedimentos sancionatórios libertos das garantias do processo criminal”: “a referência explícita ao processo criminal no n.º 4 do artigo 34.º da Constituição tem um propósito inequívoco, associado *não só* às finalidades que podem legitimar a intervenção legislativa de restrição – atenta a maior gravidade ético-jurídica que lhe é associada –, como *também* (ou principalmente) ao *modo como ocorrem essas intromissões*, que é constitucionalmente regulado: só a convocação do direito penal implica a mobilização do *estatuto constitucional de arguido* (i); a atribuição de *todas as garantias de processo criminal* constantes do artigo 32.º da Constituição (ii); a direção do inquérito por magistrados do Ministério Público, e não por entidades administrativas (iii); a vigência integral e rigorosa de todas as dimensões do princípio da legalidade criminal (iv); e a reserva de lei parlamentar na tipificação das condutas (v)”⁴¹.

A invocação, por seu turno, da necessidade de dotar o processo contra-ordenacional de meios de investigação que não sejam freados pelo direito ao sigilo das telecomunicações sob risco de debandada das grandes contra-ordenações para a esfera criminal constitui uma inversão dos termos do problema que não passa de uma falácia. Se bem se vir a questão, o legislador contra-ordenacional, perfeitamente conhecedor da reserva absoluta de processo criminal, há décadas afirmada pela jurisprudência constitucional e pela doutrina, não se tem coibido de introduzir normas que

contra-ordenacionais no âmbito do processo civil”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 4006 (2017), pp. 25 ss.

³⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / NUNO BRANDÃO, *Direito Processual Penal. Os Sujeitos Processuais*, Coimbra: Gestlegal, 2022, pp. 32 ss., 37 ss. e 238 ss.

⁴⁰ Cf. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 403/2015 (18. s., *DR, cit.*, pp. 8259 ss.) e 464/2019 (9.; *DR, cit.*, pp. 28 ss.).

⁴¹ Declaração de voto, 3.2.

autorizam o acesso a correspondência electrónica armazenada pelas pessoas alvo de processamento. Em geral, fá-lo, não porque descarta aquela reserva, mas porque parte do princípio de que buscas e apreensões dessa natureza não constituem intervenções restritivas da autodeterminação comunicativa. E realmente, como se viu, não o são, pelo que está longe de ser necessário estilhaçar a reserva para, pelas brechas assim criadas, fazer nela entrar a matéria contra-ordenacional portadora de dignidade penal.

9. Sem embargo, o essencial da oposição à nova jurisprudência não reside nestas objecções que vêm de se apresentar. Bem mais decisivo é o que se segue.

Como se sabe, o segmento normativo final do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição tem em vista limitar as faculdades de restrição da inviolabilidade das telecomunicações, circunscrevendo-as à matéria de processo criminal. Por isso que é *contrário à sua própria teleologia* convocá-lo para sustentar uma ampliação do campo de limitação desse direito fundamental. Uma norma que a Constituição institui para encolher o espaço concedido ao legislador para restringir este direito fundamental é operada pelo Tribunal Constitucional como um instrumento de alargamento da acção restritiva.

Na síntese clarificadora do Conselheiro Pedro Machete, “onde a Constituição é clara por razões históricas, literais, sistemáticas e teleológicas, no sentido da defesa dos direitos fundamentais de liberdade perante os poderes públicos, não pode o Tribunal adotar uma hermenêutica constitucional em que tais direitos comecem por ser perspetivados enquanto fonte de deveres de proteção legitimadores de intervenções intrusivas no seu âmbito de aplicação”⁴².

A eliminação da reserva absoluta de processo criminal é uma perversão que visa salvar da inconstitucionalidade um método investigatório que se tem como imprescindível para o processo das grandes contra-ordenações. O que é feito à custa de uma abertura de princípio do processo contra-ordenacional a actividades investigatórias bem mais danosas para este direito fundamental do que aquelas que assim se procura viabilizar. Para dar cobertura à restrição contra-ordenacional de uma – já de si muito questionável – área periférica do direito à autodeterminação comunicativa⁴³ acaba-se por abrir caminho a

⁴² Declaração de voto constante do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2019 (*DR*, cit., p. 56).

⁴³ Repare-se, por exemplo, que em países como os Estados Unidos da América (*Freedom of Information Act*) ou o Reino Unido (*Public Records Act*) poderão os particulares obter acesso a e-mails trocados por servidores públicos (a partir de contas institucionais ou mesmo pessoais) que versem sobre a coisa

outras intervenções restritivas bem mais fortes e que atingem o princípio da inviolabilidade das telecomunicações no seu núcleo essencial⁴⁴.

Com a relativização da reserva de processo criminal não será de excluir a possibilidade de introdução de escutas telefónicas ou de interceptação de correspondência electrónica para investigação de contra-ordenações. Algo que até aqui era impensável, sendo um autêntico tabu, deixou de o ser. E por maioria de razão também se tornará possível a transferência de provas obtidas no processo penal através de recurso àqueles métodos para os mais variados domínios processuais, sancionatórios ou não.

10. A tese a que nos opomos soçobra ainda em virtude *do esvaziamento da excepção que pretende alargar*, fruto da transposição para este plano do conceito material de crime como critério determinante da definição do que seja a matéria de processo criminal.

10.1 A previsão da ressalva relativa aos casos previstos na lei em matéria de processo criminal inscrita na parte final do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição visa, *em primeira linha*, dar observância à injunção constitucional de que *a restrição de direitos fundamentais se encontre expressamente prevista na Constituição* (cf. artigo 18.º, n.º 2). A menção específica ao domínio do processo criminal procura, *em segunda linha*, restringir a potencialidade restritiva das normas limitadoras deste direito fundamental a esse preciso espaço. Trata-se, pois, de uma *restrição das restrições normativas* que o legislador possa porventura lançar sobre o âmbito normativo desta norma jusfundamental. Precisamente aquilo que é característico das normas de *reserva qualificada*⁴⁵ em matéria de limitações de direitos fundamentais: “a norma que impõe a previsão constitucional expressa das restrições a normas de direitos fundamentais pretende reduzir a gama de restrições normativas constitucionalmente legítimas”⁴⁶.

pública que lhes está confiada. Para os EUA, cf. a Decisão do United States District Court for The District of Columbia de 10.02.2016, no caso *Competitive Enterprise Institute v. Office of Science and Technology Policy*. Não será talvez descabido supor que, no direito português, o acesso a tal tipo de correspondência electrónica poderá ser devido com base na Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (Lei n.º 26/2016).

⁴⁴ *Vd.* de novo a declaração de voto do Conselheiro Afonso Patrão ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023 (3.3).

⁴⁵ J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, I, *op. cit.*, Art. 18.º, X., e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 281.

⁴⁶ JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade – I*, Coimbra: Almedina, 2023, p. 568.

Estando as normas legais restritivas do direito à autodeterminação comunicativa confinadas ao reduto criminal, procurou o Tribunal Constitucional transcender os limites (ditos formais) da área normativa penal mediante uma compreensão dita material do *conceito de crime* que lhe é imanente e que poderá viabilizar uma justificação legitimadora da restrição que não se identifique com uma reserva absoluta (formal) de processo criminal. Nesta (nova) visão das coisas, tudo passará por saber se os *bens jurídicos beneficiários da tutela contra-ordenacional são uns tais que, à partida, poderiam também receber protecção penal*. Dito de outro modo, se em causa estão bens jurídicos que participam da ideia do direito penal do bem jurídico. E porventura ainda se os factos em questão, embora tipificados como infracção contra-ordenacional, são portadores de dignidade penal⁴⁷, por envolverem uma ofensa qualificada dos interesses com um referente constitucional que a norma tipificadora da contra-ordenação visa tutelar. Conclui o Tribunal Constitucional que normas contra-ordenacionais deste jaez integram o direito penal total⁴⁸ e podem por isso qualificar-se como matéria de processo criminal para efeito do previsto na parte final do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição.

Cumprir começar por sublinhar, como assinala o Conselheiro Afonso Patrão⁴⁹ – indo ao encontro do que pensamos sobre o relacionamento de fundo entre os domínios sancionatórios penal e contra-ordenacional e sua conexão com a figura do bem jurídico com relevo constitucional –, que *o direito penal não tem o monopólio da função de protecção de bens jurídicos dessa natureza*⁵⁰. Nem mesmo sequer nas ofensas mais graves que possam ser infligidas a tais bens será de considerar que só o direito penal se encontra vocacionado para a sua repressão, sobretudo quando se trate de bens jurídicos supra-individuais. A tutela de bens jurídicos dotados de um signo constitucional – aqueles que a doutrina penal usa designar por bens jurídico-penais – não é pois um traço distintivo do direito penal que o singularize dos demais ramos do sistema jurídico, incluindo aqueles de carácter sancionatório. Logo por aqui não se vê como se possa conciliar o propósito constitucional de segregação de uma esfera normativa singular,

⁴⁷ Sobre a questão, de forma desenvolvida, procurando identificar constelações contra-ordenacionais merecedoras de um juízo positivo de dignidade penal, NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, § 35, pp. 714 ss.

⁴⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023, 19.2.

⁴⁹ *Ibidem*, 3.

⁵⁰ NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações... op. cit.*, p. 630.

a criminal, com uma sua compreensão fundada num critério hermenêutico tão aberto e com uma vocação expansiva capaz de nele fazer entrar um sem número de casos dos mais variados cantos do sistema jurídico que possam ser associados a uma intencionalidade de tutela de bens jurídicos com referente constitucional, não necessariamente de cariz sancionatório.

10.2 À perspectiva adoptada pelo Tribunal Constitucional poderá opor-se uma objecção adicional e ainda mais decisiva para a sua rejeição, o *esvaziamento da reserva qualificada instituída pelo artigo 34.º, n.º 4, da Constituição*⁵¹, a que conduz. Bem vistas as coisas, a exegese que agora recebe da jurisprudência constitucional destitui-a de qualquer efeito útil. O que certamente não foi desejado pelo legislador constituinte.

Estabelecendo-se o conceito material de crime como critério fundamental do que deva entender-se por “matéria de processo criminal” passará a ser a dignidade penal do bem jurídico tutelado e do facto tipificado como ilícito que se tornará o factor decisivo da pertença a esse reduto materialmente penal. Ora, como se sabe, do ponto de vista do bem jurídico, o crivo jurídico-constitucional de legitimação material da intervenção penal corresponde, no essencial, à necessidade de salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, conforme prescrito no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição⁵². De modo que, levando até ao fim o pensamento do Tribunal Constitucional, poderá ter-se como materialmente penal a intervenção restritiva de direitos fundamentais vocacionada para a salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Sucede que, em substância, sempre seria este também o crivo a que se deveria recorrer para definir e recortar possíveis normas restritivas do direito ao sigilo das telecomunicações mesmo na ausência de uma previsão como a que encontramos na parte final do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição. Será isso que, parece-nos, resultará de uma compreensão do problema no quadro de uma *concepção externa das restrições de direitos fundamentais*, em que a norma restritiva do âmbito normativo jusfundamental é tida como

⁵¹ Nestes exactos termos, também o Conselheiro Afonso Patrão na sua declaração de voto (3.3): “ocorre um esvaziamento da «reserva absoluta de processo criminal» do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição”.

⁵² 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* 2 (1992), pp. 173 ss., e NUNO BRANDÃO, “Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, p. 260 ss.

autónoma e externa à norma que o institui⁵³. Nesse alinhamento, é questão saber se autorizações constitucionais implícitas ou indirectas de restrição de direitos fundamentais – maioritariamente tidas como admissíveis, apesar de a letra do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição só parecer admitir a restrição de direitos fundamentais nos casos nela expressamente previstos – *estão ou não subordinadas a uma cláusula de constitucionalidade*. Isto é, se a restrição de um direito fundamental pode ser determinada pela necessidade de protecção de um qualquer valor, constitucional ou não, ou se só interesses com estatuto constitucional poderão autorizar a sua introdução. Sobre isto prevalece entre nós a ideia de que “a justificação de uma restrição normativa não pode deixar de assentar numa norma constitucional”⁵⁴. Temos então que uma interpretação da reserva qualificada de restrição prevista no artigo 34.º, n.º 4, no sentido de que se refere ao conceito material de crime e portanto às intervenções para tutela de direitos e interesses constitucionalmente protegidos nada de substancial acrescenta àquilo que sempre se exigiria, em termos gerais, se nenhuma menção constitucional fosse feita à possibilidade de limitação do direito à inviolabilidade das telecomunicações: esta restrição também só seria constitucionalmente admissível se se mostrasse voltada para a salvaguarda de direitos ou bens constitucionalmente garantidos⁵⁵.

Com isto se percebe que, mesmo de um ponto de vista substancial, o conceito de matéria criminal a que o artigo 34.º, n.º 4, da Constituição alude tem necessariamente de conter um *plus* que o diferencie e singularize de outras expressões normativas, sancionatórias ou não, que visem a protecção de interesses com guarida constitucional. Esse extra, não partilhado por normas restritivas de direitos fundamentais a que pode ser reconhecida dignidade penal (v.g., de natureza contra-ordenacional), corresponde à *necessidade de pena*. Por definição, os factos objecto de uma intervenção penal legítima são aqueles que para além de ostentarem dignidade penal (*sc.*, atentam de forma qualificada contra bens jurídicos com um referente constitucional) reclamam a aplicação de uma pena criminal. Daí que se deva entender, acompanhando o Conselheiro Afonso Patrão, que “a Constituição sentenciou que só podem ter

⁵³ J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional... op. cit.*, pp. 1275 ss., e JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade – I... op. cit.*, pp. 552 s., de acordo com o qual a concepção oposta, a chamada teoria interna, é hoje “uma teoria praticamente abandonada em Portugal” (nota 1547).

⁵⁴ JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade – I... op. cit.*, p. 571. Posição qualificada como “muito comum, quase unânime” por JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2023, p. 227, que se lhe opõe.

⁵⁵ A expressão é de J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional... op. cit.*, pp. 1277 (vd. ainda pp. 1271 s.). Na mesma direcção, ROBERT ALEX, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, pp. 253 ss.

lugar as medidas de investigação mais intrusivas para as condutas relativamente às quais, em cada momento, o legislador considerou haver dignidade criminal e carência de pena, retirando ao intérprete o espaço para encontrar distinta operação de concordância prática”⁵⁶.

Como é bom de ver, a necessidade de pena pressuposta pelo conceito de matéria de processo criminal constante do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição, é um elemento constitutivo de legitimação *estranho às contra-ordenações*. Nessa medida, também por esta razão, diferentemente do que concluiu o Tribunal Constitucional, não podem as normas contra-ordenacionais restritivas do direito fundamental à inviolabilidade das telecomunicações ser qualificadas como matéria de processo criminal no âmbito da qual há autorização constitucional para a sua limitação.

V. Conclusão

A Constituição não veda, em absoluto, a busca e apreensão em processo contra-ordenacional de *webmail* e mensagens electrónicas afins, designadamente, se a sua recolha for levada a cabo a partir de equipamentos informáticos sob domínio do utilizador alvo dessa acção investigatória. Ainda que essa correspondência electrónica seja, à partida, apta a beneficiar da protecção do direito fundamental à autodeterminação comunicativa (artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição), não se justificará o seu accionamento quando a intromissão não envolva um aproveitamento pelo Estado do risco de devassa a que se encontra sujeita enquanto é mantida guardada em servidores da empresa que provê o serviço de *webmail*. Porque não há aí uma afectação daquele direito fundamental, não lhe é oponível a reserva de processo criminal instituída pelo n.º 4 do referido preceito. Não obstante, poderão estar em jogo outros direitos fundamentais, como a reserva da intimidade da vida privada e a autodeterminação informativa, pelo que, claro está, tais ingerências sempre deverão observar as exigências formais e materiais postas pela Constituição à restrição de direitos fundamentais.

Por seu turno, a intercepção de correspondência electrónica em tempo real e a sua obtenção directamente através de *providers* de serviços de *webmail* ou de mensagens instantâneas são acções de investigação com um significado de restrição do direito ao sigilo das telecomunicações, estando abrangidas pelas normas constitucionais que o prevêm. Atenta a reserva absoluta de processo criminal instituída pelo artigo 34.º, n.º 4,

⁵⁶ *Ibidem*.

da Constituição, há uma proibição constitucional também ela absoluta de recurso a esses meios investigatórios para apuramento de contra-ordenações. Tais métodos de investigação são, pura e simplesmente, proibidos em processo contra-ordenacional, independentemente da dignidade penal do facto tipificado como contra-ordenação. Mais ainda, deverão igualmente ficar à porta do processo contra-ordenacional provas digitais obtidas através daqueles métodos no âmbito de processo criminal: a reserva de processo criminal veda também, com efeito, a transferência de tal prova do processo penal para o processo contra-ordenacional.

Com a relativização da reserva de processo criminal empreendida pelo Tribunal Constitucional nos Acórdãos n.ºs 91/2023 e 314/2023 nada disto continua garantido, nomeadamente quando esteja em causa norma, sancionatória ou não, dirigida à tutela de interesses com relevância constitucional. O esvaziamento dessa área de reserva franqueia a entrada no processo contra-ordenacional (e não só!) de conversas alvo de intercepção através de escutas telefónicas, de metadados relativos a conversas telefónicas, de correspondência electrónica interceptada em tempo real ou fornecida pelo *provider* e de metadados relativos a mensagens electrónicas que se encontrem na posse do operador do serviço de telecomunicações. Não só passa a poder ser admitida a passagem dessas provas do processo penal, onde tenham sido recolhidas, para o processo contra-ordenacional, como, mais do que isso, não será mesmo de afastar o cenário de uma sua obtenção para o próprio processo contra-ordenacional, assim o decida o legislador.

Este é um preço demasiado alto e perigoso a pagar como moeda de troca da concessão ao legislador da oportunidade de autorizar a apreensão de *webmail* em busca feita a suspeito da prática de contra-ordenação que o mantenha sob seu domínio. Um sacrifício que, aliás, se pode mesmo considerar escusado, dada a existência de boas razões para concluir pela inaplicabilidade a esses casos do princípio da inviolabilidade das telecomunicações.