

Data enia

Revista Jurídica Digital

Data Venia

Revista Jurídica Digital

Publicação gratuita em formato digital
ISSN 2182-8242

Ano 3 • N.º 04
Publicado em Dezembro de 2015

Propriedade e Edição:
© DataVenia
Marca Registrada n.º 486523 – INPI.

Administração:
Joel Timóteo Ramos Pereira

Internet: www.datavenia.pt
Contacto: correio@datavenia.pt

A Data Venia é uma revista digital de carácter essencialmente jurídico, destinada à publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de legal research e de legal writing, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da Data Venia nem do seu proprietário e administrador.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respectivos Autores.

A Data Venia faz parte integrante do projecto do Portal Verbo Jurídico. O Verbo Jurídico (www.verbojuridico.pt) é um sítio jurídico português de natureza privada, sem fins lucrativos, de acesso gratuito, livre e sem restrições a qualquer utilizador, visando a disponibilização de conteúdos jurídicos e de reflexão social para uma cidadania responsável.

Índice

RESPONSABILIDADE CIVIL

- O Erro Judiciário: A Responsabilidade Civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional 05
Fátima Galante, Juíza Desembargadora

DIREITO DA INTERNET

- Acesso à Internet: O avanço social do acesso à Internet e a importância da sua regulamentação 77
Carlos Filipe Amaral dos Santos, Advogado

FAMÍLIA E MENORES

- O direito de participação e audição da criança no ordenamento jurídico português 99
Alcina Costa Ribeiro, Juíza Desembargadora

DIREITO EUROPEU

- O Primado do Direito Europeu antes e depois do Tratado de Lisboa 145
Maria Margarida Acates Candeias, Advogada

TEORIA DO DIREITO

- Os Direitos Fundamentais
Como garante da ideia de Direito 287
Pedro Tiago Ferreira, Formador

JURISPRUDÊNCIA INÉDITA

- Negligência médica:
Perda de chance de sobrevivência 345
Hígina Castelo, Juíza de Direito



O ERRO JUDICIÁRIO

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DECORRENTES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Fátima Galante

Juíza Desembargadora

Doutoranda em Direito (Ciências Sociais)

SUMÁRIO:

O Estado de Direito, resultado de um longo processo de evolução e maturação da vida sócio-política, cujas raízes se perdem ao longo de séculos, tem o dever de prestar, entre o mais, os serviços inerentes à justiça e se a prestação for omitida ou irregularmente realizada, tem obrigação de indemnizar pelos danos causados.

Longe vai o tempo do princípio da irresponsabilidade do Estado. O presente estudo tem como objectivo a análise do regime da responsabilidade civil, com enfoque na responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, por erro judiciário.

Assumindo como certo que o Estado deve indemnizar os cidadãos quando os seus servidores provocam danos no exercício das funções jurisdicionais, estão em causa neste estudo, em especial, o erro judiciário e o regime da responsabilidade instituído pela Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, nomeadamente no que concerne aos pressupostos do direito à indemnização e quanto aos requisitos do direito de regresso contra o magistrado judicial.

O ERRO JUDICIÁRIO

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DECORRENTES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Fátima Galante

Juíza Desembargadora

Doutoranda em Direito (Ciências Sociais)

1. Evolução histórica: direito comparado

Pode dizer-se que o princípio da irresponsabilidade do Estado tem a sua origem na história do direito constitucional britânico. O monarca não podia ser responsabilizado pelos seus actos, já que «the King can do no wrong». Para tal entendimento contribuíram factores como a herança romana de potestas, a fundamentação divina do poder, a imunidade de jurisdição da coroa. Na impossibilidade de responsabilizar o rei, sentiu-se, então, a necessidade de serem os seus ministros, através do instituto da referenda, a assumir a responsabilidade pelos efeitos danosos dos actos régios, do poder executivo.

O princípio da irresponsabilidade do Estado esteve presente no decurso de grande parte do século XIX. Entendia-se que a soberania, como poder supremo de uma sociedade politicamente organizada, era incompatível com o instituto da responsabilidade civil extracontratual que no direito privado já há muito criara raízes.

Em França, Edouard Laferrière, Conselheiro do *Conseil d'État* e fundador da ciência moderna do Direito Administrativo, dizia, em 1888, que «tratando-se de actos do poder público, a regra que domina é a da irresponsabilidade do Estado» mais adiantando que a «responsabilidade é nula quando a função do Estado confina com a soberania; por isso vimos que nem os actos legislativos nem os actos de governo nem os actos de guerra podem dar origem a uma acção de responsabilidade contra o Estado, qualquer que seja a culpa imputada

aos seus representantes. É ainda o caso dos erros judiciários, porque a administração da justiça é, ela também, uma manifestação da soberania»¹.

Ainda assim, o princípio da irresponsabilidade do Estado, enquanto detentor do poder soberano, abria algumas frestas à ideia de responsabilidade civil, geradas no desenvolvimento da acção estadual administrativa, ainda que de pouca importância, em virtude da natureza não interventora do Estado liberal, já que a administração estadual reduzia-se à área financeira – cobrança de impostos e gestão financeira – e à manutenção da ordem pública através das forças de segurança².

A responsabilidade civil administrativa surge, por influência jurisprudencial (Tribunal de Conflitos), com o célebre *arrêt Blanco* de 1 de Fevereiro de 1873, que admitiu, fora da existência de lei especial e da administração privada, a responsabilidade civil do Estado por danos causados aos particulares por actos de gestão pública, praticados por pessoas que ele emprega no serviço público, afirmando ter esta responsabilidade «regras próprias». Ficou consagrada, simultaneamente, a existência de uma responsabilidade civil do poder público administrativo independente de lei expressa, bem como a autonomia dessa responsabilidade perante a decorrente das normas privatísticas³.

No final do século XIX, muito por pressão de alguma doutrina e de decisões jurisdicionais, começava a estar em causa a irresponsabilidade do Estado como princípio geral. A isto não é alheio o facto de o Estado se abrir cada vez mais à intervenção na sociedade, ampliando-se a possibilidade de provocar prejuízos. Por sua vez, a reparação desses prejuízos passa a assumir características de necessidade social: se a actividade administrativa se desenvolve no interesse de todos, para satisfação de necessidades colectivas, não há fundamento para que algum ou alguns sofram um sacrifício equivalente a danos não ressarcidos decorrentes daquela actividade.

¹ LAFERRIÈRE, Edouard - *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. II, 1989, p. 174, *apud* GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias - A Responsabilidade Civil do Estado e demais Pessoas Colectivas Públicas, CES, www.ces.pt/download/570/RespCivil%20Estado.pdf, p. 5; CAUPERS, João - *Notas sobre a responsabilidade civil do Estado*, www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jc_MA_5351.doc.

² SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de – *Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2.ª edição, Lisboa, 2009, p. 12-15.

³ SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de – *Responsabilidade Civil Administrativa - Direito Administrativo Geral*, op. cit., p. 12-15.

A fase do Estado Liberal de Direito, a que corresponde o período do século XIX, viu nascer em França a obrigação de reparar os danos causados pela actividade administrativa, como uma responsabilidade autónoma, independente das normas de direito privado, por isso mesmo subordinada à competência da jurisdição administrativa⁴.

Contudo, a afirmação de uma responsabilidade civil do Estado e das demais pessoas colectivas administrativas por actos de autoridade, é já uma conquista do século XX e em particular do Estado social de direito.

No âmbito do direito inglês, foi com o Crown Proceeding Act, de 1947, que o princípio da responsabilidade civil das pessoas públicas foi consagrado. Até aí era a regra da irresponsabilidade. A existência de danos resultantes da acção dos agentes administrativos implicava somente a responsabilização destes, os verdadeiros autores dos danos, que, assim, assumiam a obrigação de os indemnizar a expensas do seu património pessoal.

Na Alemanha, a responsabilidade civil administrativa foi consagrada pelo artigo 131º da Constituição de Weimer.

Em Espanha, o artigo 41º da Constituição republicana de 1931 afirmou a responsabilidade civil administrativa, embora a título subsidiário em relação à dos titulares dos órgãos e funcionários.

Nos Estados Unidos da América, só com o Federal Torts Claims Act (1946) foi possível consagrar a responsabilidade civil do Estado.

Em Inglaterra, a responsabilidade civil da Coroa foi consagrada pelo Crown Proceedings Act de 1947.

Na evolução descrita no sentido da progressiva responsabilização do Estado por danos resultantes da sua actividade, está sobretudo em causa a actuação estadual administrativa. Já a acção legislativa bem como a judicial, de acordo com a clássica separação tripartida de poderes, estavam à margem desta temática.

⁴ GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias - *A Responsabilidade Civil do Estado e demais Pessoas Colectivas Públicas*, CES, p www.ces.pt/download/570/RespCivil%20Estado.pdf., p. 6-9.

No primeiro caso, porque se entendia que pôr em causa o legislador, e em concreto, o Parlamento, responsabilizando-o ou fiscalizando-o, seria pôr em causa a Nação ou o povo em geral, de que aquele órgão era directo representante, além de que a lei, geral e abstracta, era concebida como a imagem mesma da justiça, e, logo, teoricamente, insusceptível de dar origem a sacrifícios ou danos individualizados, quaisquer que eles fossem.

Quanto à actividade jurisdicional, entendia-se que havia que distinguir duas situações: a dos danos imputáveis aos serviços jurisdicionais decorrentes da organização desses mesmos serviços, caso em que se estaria ainda perante uma actuação administrativa, sujeita às regras atrás mencionadas, e a dos danos imputáveis ao próprio funcionamento dos tribunais, à acção judicial em si mesma considerada, caso em que vigorava o princípio da irresponsabilidade. Neste particular, a justificação para a irresponsabilidade do Estado encontra-se no facto de as sentenças definitivas se encontrarem dotadas de força de verdade legal, o que, por si só, excluía toda a possibilidade de configuração de uma responsabilidade fundada na ideia de culpa.

No entanto, ainda no século XIX, o ordenamento jurídico francês com a Lei de 2 de Junho de 1895, veio prever, no âmbito da acção criminal, o erro judiciário e reconhecer aos condenados que, em processo de revisão, vissem consagrada a sua inocência, o direito a serem indemnizados pelo Estado ⁵.

2. Evolução histórica em Portugal

Em Portugal, no domínio da responsabilidade civil por facto praticado pelo Estado, na sua qualidade de sujeito de Direito Público, a regra que inicialmente vigorou e que chegou ao século XIX, ainda que com excepções, foi a da irresponsabilidade jurídica do Estado e dos seus agentes⁶.

⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de – *Responsabilidade Civil Administrativa - Direito Administrativo Geral*, op. cit., p. 12-15; GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias - *A Responsabilidade Civil do Estado e demais Pessoas Colectivas Públicas*, op. cit., p. 6-9.

⁶ LACERDA, Dimas de - *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (alguns aspectos)* in RMP, ano 6.º, vol. 21, 1985, p. 45; GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias - *A Responsabilidade Civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, op. cit., p. 9 e seguintes.

Na vigência do Código Civil de Seabra, o Estado nunca respondia sendo pessoal a responsabilidade do funcionário e, ainda assim precedida, em certos casos, de autorização do Governo (a garantia administrativa). Com efeito, de acordo com o preceituado no artigo 2399.º, «os empregados públicos, de qualquer ordem ou graduação que sejam, não são responsáveis pelas perdas e danos, que causem no desempenho das obrigações que lhes são impostas por lei, excepto se excederem ou não cumprirem, de algum modo, as disposições da mesma lei». E o artigo 2400º acrescentava que «se os ditos empregados, excedendo as suas atribuições legais, praticarem actos, de que resultem para outrem perdas e danos, serão responsáveis do mesmo modo que os simples cidadãos».

Só com o Decreto n.º 19126, de 16 de Dezembro de 1930, que alterou aquele artigo 2399.º, o Estado passou a responder solidariamente com os seus agentes mas, ainda assim, apenas pelos chamados actos de gestão pública.

A Constituição de 1933 veio garantir aos cidadãos, no seu artigo 8.º n.º 17, o «direito de reparação de toda a lesão efectiva», mas, ao remeter para a lei ordinária («conforme dispuser a lei»), a regulamentação desse direito, esvaziou-o de conteúdo, do que resultava não ser possível ao particular lesado invocar o direito a indemnização enquanto uma lei ordinária não tivesse reconhecido esse direito.

O Código Administrativo de 1936 veio regular a responsabilidade das autarquias nos casos de actuação ilícita dos seus funcionários ou agentes, mas seguiu-se a irresponsabilização do Estado e dos juízes (cfr. os artigos 120.º da Constituição de 1933, a alínea h) do artigo 241.º do Estatuto Judiciário), com as excepções da lei processual civil e, no caso de erro judiciário, se verificado em recurso extraordinário de revisão (artigo 8.º da Constituição de 1933 e Código de Processo Penal de 1929).

Quanto à actividade legislativa do Estado e no plano da técnica jurídica, a orientação ia no sentido de não considerar o Estado responsável pelos danos causados aos particulares por uma reforma legislativa, salvo casos especiais que não invalidassem o princípio geral enunciado, pois, nessas hipóteses, a responsabilidade não encontra o seu fundamento directo no exercício, pelo Estado, da função legislativa, mas na inexecução das suas obrigações

contratuais. Só caso a caso, e perante fortes razões de equidade, poderia o legislador reconhecer o direito a uma indemnização.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1933 continua, pois, a valer a irresponsabilidade do Estado por actos legislativos. No entanto, Afonso Rodrigues Queiró, na esteira da jurisprudência francesa dos princípios do século XX, vem contribuir decisivamente para a defesa da orientação de que o Estado devia indemnizar os particulares pelos prejuízos materiais, certos e actuais, resultantes de uma lei, no âmbito de um direito, fundando esta responsabilidade no princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, uma vez que as reformas legislativas indispensáveis ou oportunas não devem operar-se apenas à custa dos direitos de certos indivíduos, mas antes à custa de todos os cidadãos.

2.1. O Código Civil de Seabra

No que tange ao exercício da função judicial, o Código Civil de 1867, conhecido como o Código de Seabra, integrava um Título dedicado à responsabilidade por perdas e danos causados por empregados públicos, no exercício das suas funções, sem excluir a responsabilidade dos juízes pelos seus julgamentos, as acções por crimes, abusos e erros de ofício dos juízes e a reparação devida ao réu absolvido em revisão de sentença⁷ criminal executada, conforme consta das epígrafes dos artigos 2401.º, 2402.º e 2403.º do citado diploma legal⁸.

Distinguem-se, pois, duas situações: uma consubstanciada no princípio da irresponsabilidade dos juízes com excepções expressas (artigos 2401.º e 2402.º)

⁷ O instituto da revisão da sentença foi consagrado em Portugal com a reforma judiciária de 1837, por influência francesa. A Novíssima Reforma Judiciária, de 1841, manteve o instituto e o Código Civil de 1867 vem reconhecer ao condenado, tornado inocente, o direito a uma indemnização a pagar pelo Estado, como corolário do monopólio estadual da função judicial. Posteriormente, seria o Código de Processo Civil de 1867 a completar o disposto no Código Civil de Seabra, ao reabilitar através do artigo 1092.º o artigo 1241.º da mencionada Novíssima Reforma.

⁸ GARCIA, Maria da Glória Dias - *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, op. cit., p. 11-15; PEREIRA, João Aveiro - *A Responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais*, Coimbra Editora, 2001, p. 142.

e outra consubstanciada no princípio da responsabilidade do Estado (artigo 2403.º).

Fixou-se, por um lado, o princípio da irresponsabilidade dos juízes resultante dos respectivos julgamentos mas, por outro, excepcionaram-se os casos em que, no exercício das suas funções, os juízes cometam «crimes, abusos e erros de ofício» dos quais resultem danos (artigo 2402º), situação em que podiam ser intentadas acções de responsabilidade pelos lesados contra os juízes. Além disso, se, por via de recursos competentes, as sentenças fossem anuladas ou reformadas por ilegalidade, os juízes podiam ser multados ou condenados em custas ou ainda pode haver responsabilidade destes por perdas e danos.

Neste caso, a responsabilidade civil dos juízes por danos causados no exercício das suas funções não é distinta da responsabilidade civil de um qualquer particular. Se, afastando-se da lei e do fim da justiça, o juiz provocava danos no exercício das suas funções, ele pratica um acto ilícito, por incumprimento da obrigação judiciária, ficando sujeito à respectiva indemnização por perdas e danos.

O Código Penal de 1886, no artigo 126.º, §§ 5.º, 6.º e 7.º, admitia, em consequência de revisão de sentença condenatória, além da reintegração do condenado, julgado inocente, na situação anterior à condenação, a fixação de justa indemnização do prejuízo sofrido pela execução da pena.

Maria Glória Dias Garcia refere que, em Portugal, a responsabilidade estadual por erro judiciário se apresentou como a primeira modalidade de responsabilidade do Estado por actos danosos e que antecedeu, em cerca de 30 anos, o direito francês que só com a Lei de 2 de Junho de 1895 veio reconhecer esta modalidade de responsabilidade⁹.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1933, a situação descrita não é alterada. O artigo 8.º § 17.º remete o conteúdo do direito à indemnização por danos para o legislador ordinário e este, por sua vez, continua a reconhecer aquele direito ao condenado tornado inocente em recurso de revisão,

⁹ GARCIA, Maria da Glória Dias - A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas, op. cit., p. 10-17.

indemnização a pagar pelo Estado. A reforma processual materializada no Código de Processo Civil de 1939 traduziu, com uma pequena cambiante quanto à concretização do conceito de denegação de justiça, o que já resultava do artigo 1092.º do Código de Processo Civil de 1876.

O mesmo se pode dizer do subsequente Código de Processo Civil de 1961, que acolheu norma idêntica no seu artigo 1083.º, o qual prescrevia uma responsabilidade directa e exclusiva do juiz nas condições aí referidas. Esta norma viria, contudo, a ser revogada pela Lei 13/2002, de 19/02, entendendo o legislador que a responsabilidade indirecta do juiz (solidária com uma responsabilidade estadual), nos casos em que a ela haja lugar, é a forma mais segura de lhe facultar independência nas suas funções. O mesmo resulta, de resto, do artigo 5.º, n.º 2, da Carta Europeia sobre o Estatuto dos Juizes, do Conselho da Europa.

No que respeita ao direito substantivo, o Código Civil ainda hoje vigente (Código Civil de 1966), que revogou o do Código Civil de Seabra avocou a regulação da responsabilidade civil por actos dos entes públicos sujeitos ao Direito Privado, isto é, praticados por estes enquanto despidos de poder de autoridade pública ou fora do exercício de funções soberanas, excluindo do seu campo de aplicação, a responsabilidade civil extracontratual imputável a actos jurídico-públicos, como sejam os actos jurisdicionais¹⁰.

2.2. O Decreto-Lei nº 48 081 de 21 de Novembro de 1967

A este nível, a primeira alteração relevante deu-se com o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, cuja laboração doutrinária e jurisprudencial lograda à sombra do Código Civil de 1966, só veio a ser posta em crise com a Constituição da República Portuguesa de 1976, designadamente no artigo 22.^{o11}

Concretizou-se, com o citado Decreto-Lei n.º 48051, a integração de uma lacuna na definição de um regime vocacionado para a responsabilidade dos

¹⁰ PINTO, Mota – Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra Editora, 3ª ed., 1999, p. 28-29 e GARCIA, Maria Glória Dias op. cit. p. 10-17.

¹¹ O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 236-2004, P.º 92/2003 julgou supervenientemente inconstitucionais as normas dos artigos 2º e 3º n.ºs 1 e 2 daquele diploma.

poderes públicos. Contudo, este desiderato apenas parcialmente viria a ser satisfeito, na medida em que se limitou a estabelecer o regime jurídico da responsabilidade civil por actos de gestão pública, desconsiderando a responsabilidade por outras funções do Estado que não a administrativa, designadamente a função jurisdicional.

Uma clara distinção passou, então, a estar presente no ordenamento português. Havendo danos decorrentes da actividade de gestão privada do Estado, respondia por eles, nos mesmos termos em que responde um particular, sujeitando-se às normas de direito civil perante os tribunais judiciais. Em caso de danos decorrentes da actividade de gestão pública, o Estado passou a responder pelos mesmos, segundo as normas do Decreto-Lei n.º 48.501, perante os tribunais administrativos.

Seja como for, este diploma que só regulava a responsabilidade civil da Administração Pública - não só a responsabilidade civil do Estado, como a das demais pessoas colectivas públicas por actos de gestão pública -, mas não já a responsabilidade do Estado por actuações ou omissões no campo legislativo, político-governativo ou judicial.

Note-se, ainda que este diploma cobre, pela primeira vez, no ordenamento português e em termos genéricos, a responsabilidade da Administração Pública pelo risco e, ainda, a responsabilidade por factos lícitos, assim ampliando o quadro da responsabilidade da Administração.

Por último, cabe referir que o regime previsto neste diploma legal se afastava do princípio geral expresso no artigo 562º do Código Civil, atinente à restauração natural, quanto à obrigação de indemnizar. O Decreto-Lei n.º 48.051 consagrava o princípio de que a obrigação de indemnizar se concretiza numa reparação pecuniária. Ao longo do seu articulado são usadas expressões como, «indemnização», o «pedido de indemnização», o «dever de indemnizar», o que excluía a realização específica do direito, compreendendo somente as medidas em providências necessárias à reparação do dano¹². Ou seja, enquanto a lei civil estabelece o dever de reconstituir a situação anterior à lesão, já a lei administrativa, no caso de se configurar na situação concreta uma obrigação

¹² LIMA, Pires de/Varela, João Antunes - *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., revista com colaboração de MESQUITA, Henrique, Lisboa, 1987, p. 576.

de indemnizar, só concedia o dever de pagar uma determinada verba em dinheiro ao lesado¹³.

O citado Decreto-Lei n.º 48.051, vinha regular três modalidades de responsabilidade da Administração: a) a responsabilidade por factos ilícitos e culposos; b) a responsabilidade por factos lícitos; c) a responsabilidade pelo risco ou por factos casuais.

A primeira modalidade, que encontra antecedentes no Código Civil de Seabra, revisto em 1930, tem o mesmo fundamento que a responsabilidade regulada no direito civil, estando prevista nos artigos 2.º e 3.º do mencionado diploma legal e ainda nos artigos 366.º e 367.º do Código Administrativo, na redacção dada pelo artigo 10.º do mesmo DL 48.051. Assim, e tal como ocorre no direito civil, são cinco os pressupostos do dever de indemnizar: o facto ilícito, a culpa, o prejuízo, o nexo de causalidade e o dano, entendidos de modo idêntico à compreensão que deles é feita no direito civil.

Não mereceu, no entanto, a atenção do legislador administrativo, aquilo a que a jurisprudência francesa do Conseil d'État designou por «faute du service», isto é, situações que podem dar origem a danos não susceptíveis de serem imputados a este ou àquele comportamento em concreto de um qualquer agente administrativo, antes são consequência do mau funcionamento generalizado do serviço administrativo, aqui se incluindo os atrasos ou demoras de resposta dos serviços administrativos e igualmente as omissões de um dever de agir.

Verificados os requisitos supra mencionados, o Decreto-Lei n.º 48.051, nos seus artigos 2º e 3º, vinha, igualmente, enunciar um conjunto de situações determinantes dos sujeitos responsáveis, desde a responsabilidade exclusiva da Administração Pública, à responsabilidade exclusiva do órgão ou agente, passando por situações intermédias, de responsabilidade solidária da Administração Pública e dos seus órgãos ou agentes.

Além disso, pela primeira vez, o legislador português veio reconhecer duas modalidades de responsabilidade da Administração pública

¹³ Neste sentido GARCIA, Maria da Glória Dias - *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, op. cit., p. 22-24.

independentemente da culpa (responsabilidade objectiva): a responsabilidade pelo risco, prevista no artigo 8º do Decreto-Lei nº 48.051, ou por factos casuais e a responsabilidade por actos lícitos, prevista no artigo 9º do citado Decreto-Lei.

2.3. A Constituição de 1976

A Constituição da República Portuguesa de 1976, que substituiu a Constituição de 1933 em tempos de acentuada mudança, instituiu uma flagrante ruptura com a situação até aí existente.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1976 ampliam-se as situações da responsabilidade do Estado por danos provocados pelos seus actos, como decorre do actual artigo 22.º, correspondente ao anterior artigo 21.º, nº 1 da Constituição, ao dispor que:

«O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte a violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízos para outrem».

Por sua vez, o n.º 2 do artigo 21.º, actual n.º 6 do artigo 29.º, estabelece que:

«Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos».

Finalmente, o artigo 271.º, cujo n.º 1 foi revisto em 1989, consagra o seguinte:

«1. Os funcionários e agentes do Estado e demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a acção ou procedimento, em qualquer fase, de autoridade hierárquica.»

2. É excluída a responsabilidade do funcionário ou agente que actue no cumprimento de ordens ou instruções emanadas de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço, se previamente delas tiver reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito.

3. Cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime.

4. A lei regula os termos em que o Estado e as demais entidades públicas têm direito de regresso contra os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes».

Com a revisão constitucional de 1989 é introduzida uma disposição da maior relevância na área da responsabilidade do Estado, concretamente o n.º 5 do artigo 27.º, ao estatuir que: «A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer.»

No âmbito da legislação ordinária posterior à entrada em vigor do texto constitucional, importa registar, a entrada em vigor da lei das autarquias locais – Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março, artigos 90.º e 91.º –, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais – Decreto-Lei n.º 129/94, de 27 de Abril, concretamente o artigo 51.º n.º 1 al. h) – a Lei de Processo dos Tribunais Administrativos – Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho, e o novo Código de Processo Penal, particularmente os artigos 225.º e 462.º.

De acordo com o artigo 225.º do novo Código de Processo Penal, o dever de indemnizar por parte do Estado cobre os casos de prisão preventiva injustificada por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que aquela prisão depende, afastando o dever de indemnizar se o preso tiver concorrido, por dolo ou negligência, para aquele erro. O fundamento desta responsabilidade do Estado, que é uma responsabilidade directa por actos da função jurisdicional, reside na grave lesão do direito de liberdade, sendo certo que a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama que todo o indivíduo tem direito à liberdade e não pode ser arbitrariamente preso (artigos 3.º e 9.º) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ratificada por Portugal pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, consagra que ninguém pode

ser privado da sua liberdade, salvo se se tratar de prisão ou detenção de harmonia com o preceituado legal, com vista a poder comparecer perante a autoridade judicial competente (artigo 5.º).

No que tange à responsabilidade do Estado pelo exercício da função jurisdicional é de salientar a dignidade constitucional dada à responsabilidade do Estado por erro judiciário.

Apesar de há mais de 100 anos reconhecida em lei ordinária (desde o Código de Seabra, em 1867), a consagração constitucional da responsabilidade por erro judiciário elevou-a ao plano de um dever-ser mais firme, ficando constitucionalmente garantido o ressarcimento dos danos materiais e morais, resultantes de condenações injustas provadas em revisão de sentença.

O exercício da função jurisdicional encontra-se, aliás, conxionado com o disposto no artigo 20.º da Constituição quando consagra o direito fundamental do cidadão de protecção jurídica, em que se integram vários direitos, como o direito de acesso ao direito, direito de acesso aos tribunais, ou o direito ao patrocínio judiciário, que, por sua vez, se desdobram noutros direitos mais específicos. Assim, no âmbito do direito do acesso aos tribunais, se tem de incluir, por exemplo, o direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas, estritamente ligado a uma tutela judicial efectiva. Neste sentido, o direito fundamental a uma decisão judicial sem dilações indevidas traduz o direito de o indivíduo obter as decisões do órgão jurisdicional competente dentro dos prazos legais ou, na ausência de fixação legal dos prazos, dentro de um período de tempo adequado à complexidade do processo em causa. O artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem - que apesar de concebido para o campo processual penal deve ampliar-se a todos os processos judiciais - preceitua que «toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativamente, publicamente e num prazo razoável por um tribunal (...) o qual decidirá (...) sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil (...)»¹⁴.

¹⁴ Ora o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em sentenças de 10 de Julho de 1984 (caso Manuel Guincho), 8 de Julho de 1987 (caso Barahona) e 26 de Outubro de 1987 (caso Martins Moreira), que envolviam a acção dos tribunais portugueses, em que se alegou a «desrazoabilidade» dos prazos de decisão judicial, condenou o Estado Português, por violação do artigo 6º da Convenção Europeia.

A generalidade da doutrina e jurisprudência passou, então, a propender para que esse artigo 22.º da Constituição da República abrangesse não só a responsabilidade do Estado por danos resultantes do exercício da função administrativa, mas igualmente das funções legislativa e jurisdicional, por não conter quaisquer restrições¹⁵.

Trata-se, aqui, de consagrar para efeitos de responsabilidade o princípio afirmado nos artigos 9.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 10 de Dezembro de 1948 (DR, I, n.º 57, de 9 de 1978, Aviso do MNE) e 5.º, n.º 5 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

Porém quanto a actos praticados no exercício da função jurisdicional, importa, ainda, reter o artigo 216.º, n.º 2 da CRP quando refere que os «juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões salvo as excepções consignadas na lei»; o artigo 203.º, segundo o qual, os “tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei» e, ainda o artigo 5.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais (EMJ), aprovado pela Lei n.º 21/85, de 30 de Julho, com a alteração da Lei n.º 143/99, de 31 de Agosto, segundo o qual «os magistrados judiciais não podem ser responsabilizados pelas suas decisões» (n.º 1); «só nos casos excepcionalmente previstos na lei os magistrados judiciais podem ser sujeitos, em razão do exercício das suas funções, a responsabilidade civil, criminal ou disciplinar» (n.º 2); «fora dos casos em que a falta constitua crime, a responsabilidade civil apenas pode ser efectivado mediante acção de regresso do Estado contra o respectivo magistrado, com fundamento em dolo ou culpa grave» (n.º 3).

O regime prescrito pelo artigo 216.º, n.º 2 da Constituição, em particular para os magistrados judiciais, veda a responsabilização destes fora das situações a que a lei atribua esse efeito, visando salvaguardar o valor e princípio fundamental da independência judicial, sem precluir a responsabilização em casos devidamente fundados e com suporte legal. Remetendo o texto constitucional, uma vez mais, para os casos de responsabilidade descritos em lei ordinária, e apenas a concretizando esta, inicialmente, nos casos do artigo

¹⁵ CANOTILHO José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, I Vol., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 168; MEDEIROS, Rui - *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, Porto: Universidade Católica Editora, 2005, p. 86; vide ainda, acórdão do STJ de 1 de Junho de 2004, CJ/STJ 2004-II, 80 e 213.

1083.º Código de Processo Civil (artigo 967º do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 41/2013 de 28 de Junho) e, mais tarde, do artigo 462.º, n.º 2 do Código de Processo Penal de 1987 e ainda artigo 5.º, n.º 3 do Estatuto dos Magistrados Judiciais, conduzia à conclusão da quase irrestrita margem de imunidade pessoal do decisor judicial, mesmo em casos graves de culpa no exercício de suas funções, e, logicamente, da debilidade do sistema português de responsabilidade civil do juiz.

De todo o modo, com estas limitações, passou a ser entendimento generalizado que o artigo 22.º da Constituição da República é uma norma directamente aplicável cumprindo aos tribunais a sua implementação tendente a assegurar a reparação dos danos resultantes de actos lesivos de direitos, liberdades e garantias ou dos interesses juridicamente protegidos dos cidadãos.

3. A Lei 67/2007 de 31/12: de projecto a lei

Exceptuados os casos de responsabilização do Estado relativos a sentenças penais por condenação injusta e de privação injustificada de liberdade, antes da entrada em vigor da Lei 67/2007 de 31 de Dezembro (Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – LREE), nada havia, ao nível legislativo, a suportar um pedido de indemnização por danos causados por erro grosseiro na área da jurisdição civil.

Aliás, as principais motivações que conduziram a este diploma legal prenderam-se com a preocupante incúria legislativa a que a matéria da responsabilidade dos poderes públicos estava votada¹⁶. Na própria exposição de motivos da proposta de Lei n.º 95/VIII, que só com a reforma de 2007 veio a ser recuperada, expressava-se a intenção de «dar, finalmente, resposta à necessidade, de há muito sentida, de adaptar o regime legal da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas às exigências ditadas pela Constituição da República».

Esta situação, aliada ao descontentamento geral face à sujeição de uma matéria tão importante a um diploma com quatro décadas de vigência, já

¹⁶ MEDEIROS, Rui, *Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos, Ensinar e investigar*, op. cit., p. 12 a 19.

desactualizado, impôs um processo moroso e complexo de revisão do regime. Foi nesta base que teve início, na década de noventa, a reformulação do direito da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Todavia, até à final aprovação da Proposta de Lei n.º 56/X, e respectiva promulgação datada de 10 de Dezembro de 2007 e publicação a 31 do mesmo mês, consumada na Lei 67/2007 (RRCEE), o que se viveu, como refere Fausto Quadros, foi um longo e tortuoso caminho, que acabou por frustrar a intenção inicial de juntar esta reforma à das garantias contenciosas no âmbito do processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais, que teve lugar em 2002¹⁷.

Cerca de seis meses antes da promulgação da Lei n.º 67/2007, a jurisdição penal com a Lei n.º 48/2007, mantendo no geral a redacção do referido artigo 225º do Código de Processo Penal, veio alargar o regime à situação de obrigação de permanência na habitação e o artigo 462º, n.º 1 do Código de Processo Penal, referindo-se aos casos absolutórios resultantes de recurso de revisão, prescrevia que «a sentença atribui ao arguido indemnização pelos danos sofridos e manda restituir-lhe as quantias relativas a custas e multas que tiver suportado».

Seja como for, impunha-se a criação de um diploma legislativo que, de forma genérica, reconhecesse um dever de indemnizar, a que corresponde um direito dos cidadãos lesados a uma indemnização, por danos emergentes da violação de direitos fundamentais, como o direito à liberdade individual ou o direito a uma sentença de um tribunal justa e célere.

A jurisprudência, à falta de legislação expressa, procurava apoio no já citado Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro, para justificar a atribuição de indemnizações devidas por danos causados, pela actividade da função jurisdicional, em virtude de erro grosseiro.

Esta lacuna legislativa suscitava dúvidas no que tange às normas que, em concreto, deviam reger a responsabilidade do Estado por actos da função jurisdicional. Assim, o acórdão de 7 de Março de 1989, aplicou as normas do Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967, exigindo, além do dano, a verificação da ilicitude, da culpa e do nexo causal, isto porque a aceitação da

¹⁷ QUADROS, Fausto de - *A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 56.

responsabilidade do Estado por actos jurisdicionais não dispensa a análise dos pressupostos desta responsabilidade. Aí se reconheceu a «culpa funcional dos serviços» ou «funcionamento defeituoso do serviço de justiça», que a jurisprudência francesa foi moldando ao longo dos tempos para a área da actuação administrativa e da qual decorre uma responsabilidade directa e exclusiva do Estado.

Em face do disposto no artigo 22.º da Constituição, que faz referência somente à responsabilidade solidária das entidades públicas e dos titulares dos seus órgãos, agentes ou funcionários, e na ausência de legislação ordinária sobre a matéria, vinham os tribunais entendendo que não há responsabilidade do Estado por danos resultantes de actuações lícitas da função jurisdicional¹⁸.

Em sentido contrário, Vital Moreira e Gomes Canotilho consideravam que «o âmbito normativo-material do preceito não pode deixar de abranger também as hipóteses de responsabilidade do Estado por actos lícitos e de responsabilidade pelo risco». Já Rui Medeiros¹⁹ argumenta que o dispositivo constitucional do artigo 22.º não autoriza uma tal interpretação, sem prejuízo de entender também que, pontualmente, a Constituição garante a responsabilidade do Estado por actos lícitos, como acontece no caso de inexecução lícita de sentença dos tribunais administrativos, por força do disposto no n.º 3 do artigo 208.º.

Gomes Canotilho²⁰ faz notar que «sob pena de se paralisar o funcionamento da justiça e perturbar a independência dos juizes, impõe-se aqui um regime particularmente cauteloso, afastando, desde logo, qualquer acto de responsabilidade por actos de interpretação das normas de direito e pela valoração dos factos e da prova». O sistema de recursos, e a hierarquia das instâncias, contribuíam e contribuem para o sucessivo aperfeiçoamento das decisões, reduzindo substancialmente a possibilidade de uma sentença injusta.

¹⁸ Vide acórdão do STA de 7.7.88 (relator: Valadas Preto), que considerou improcedente o pedido de indemnização dos danos que resultaram do acto de penhora em execução fiscal, por qualificar o acto como jurisdicional e não lhe ser, consequentemente, aplicável o disposto no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48.051 que rege as acções de indemnização de acções administrativas.

¹⁹ No mesmo sentido, MEDEIROS, Rui - *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, op. cit. p. 109.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 7.ª ed., 2013, p. 674.

E acrescenta, que, «salvo os casos de dolo ou culpa grave, a ‘culpa do juiz’ tem de se integrar na ideia de ‘funcionamento defeituoso do serviço de justiça’», sob pena de se pôr «em causa as dimensões fundamentais do ius dicere (autonomia e independência)»²¹.

O legislador, entretanto, veio alterando, pontualmente, a legislação ordinária que regulava a responsabilidade, como sucedeu relativamente ao âmbito da jurisdição administrativa, à competência material e territorial dos tribunais administrativos, ao modelo das acções administrativas, com soluções inovatórias.

É o que pode colher-se de uma leitura dos artigos 3.º, n.º 2, 4.º, nºs 1, als. g) e h), e 3, al. a), 24.º, n.º 1, al. f), e 37.º, al. c), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) e também de uma leitura dos artigos 18.º, 37.º, n.º 2, al. f), e 185.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), aí se encontrando referências à responsabilidade dos juizes pelas suas decisões, à responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional, e às acções correspondentes (acções de responsabilidade e acções de regresso contra os juizes e os magistrados do Ministério Público em serviço nos tribunais administrativos e nos tribunais do contencioso tributário).

Num campo vasto de situações de responsabilidade do Estado por danos oriundos do exercício da função jurisdicional, a ausência de normas legislativas ordinárias impunha que os tribunais criassem as «normas de decisão» adequadas, sempre que estiver em causa a violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais.

A responsabilidade do Estado por facto da função jurisdicional, assente no artigo 22º da Constituição, tem que compatibilizar-se com o artigo 216º, nº 2 da CRP, que abriu a porta a excepções previstas pelo legislador ordinário, desde que não esvaziem a garantia institucional. Com este entendimento, a amplitude da fórmula do artigo 22º da Constituição - «acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções» - permitiu abranger não apenas a actividade do julgador, *in judicando*, mas identicamente toda a actividade

²¹ Anotação ao acórdão do STA de 7 de Março de 1989, relator: António Fernando Samagaio, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 123.º, n.º 3799, p. 307.

acessória e complementar, desempenhada por este, por magistrados do Ministério Público e por funcionários judiciais.

A particular compreensão constitucional da função jurisdicional do Estado, aliada à consagração do princípio da irresponsabilidade dos juízes – «os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvo as exceções consignadas na lei» (artigo 218.º n.º 2 da Constituição) –, apontavam para a necessidade de criar uma legislação cuidada sobre a matéria, definindo, para além das condições de responsabilidade do Estado, as condições de responsabilidade dos juízes, bem como dos agentes do ministério público, nos respectivos estatutos da magistratura, bem como as normas específicas sobre as acções de regresso, sem esquecer as normas de competência jurisdicional para as diferentes modalidades de acções²².

4. A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro

4.1. Generalidades

A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro aprovou o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (RRCEE), em vigor desde 30 de Janeiro de 2008, disciplinando, como refere o seu artigo 1º, nº 1, o regime jurídico da responsabilidade por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa²³.

Com a Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, surge um novo regime de responsabilização do Estado num plano tríptico: administrativo, jurisdicional e

²² GARCIA, Maria da Glória Dias - A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas, op. cit., p. 39-42.

²³ Alexandra Leitão vem criticar a designação escolhida que, segundo afirma, se presta a equívocos: «O primeiro equívoco é que o RRCEE não trata, em rigor, da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas, mas sim da responsabilidade por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa (n.º 1 do artigo 1.º). Ora, se é verdade que a função legislativa apenas está cometida ao Estado, o mesmo não se pode dizer da função jurisdicional, no âmbito da qual existem também os tribunais arbitrais, nem da função administrativa, cujo exercício está, cada vez mais, entregue a privados. (...) O segundo equívoco prende-se com a utilização da expressão "responsabilidade civil", que merece crítica, na medida em que o regime consagrado no RREE é um regime público, diferente do regime civil de responsabilidade, que se justifica não só por razões de ordem prática, mas também de ordem dogmática e valorativa - LEITÃO, Alexandra - *Dois questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (f)actos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública - Ilícitude e presunção de culpa*, www.icjp.pt/sites/default/files/media/artigo-responsabilidade2.pdf, p. 1.

legislativo. Tratou-se, por um lado e no plano interno, de dar efectividade plena ao artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e, por outro lado e no plano externo, de ir ao encontro das exigências da jurisprudência comunitária no que toca à responsabilidade dos Estados-membros por violação do Direito Comunitário.

A ideia fundamental é a de que nada do que acontece em nome do Estado e no suposto interesse da colectividade, mediante as acções ou omissões das suas instituições, pode ser imune ao dever de reparar os danos provocados aos particulares. Podem discutir-se as condutas relevantes, os danos ressarcíveis, as circunstâncias, a profundidade, as condições e os limites da reparação, mas já não o princípio²⁴.

Digno de nota é o reconhecimento, pela primeira vez na lei portuguesa, de um regime geral para a responsabilidade civil emergente do facto jurisdicional, já que até então, como se viu, esta responsabilidade era apenas regulada por normas dispersas previstas no Código de Procedimento Penal, nos artigos 225.º e 226.º para a injusta privação da liberdade, e 461.º e 462.º para o erro judiciário em sentença condenatória penal.

Este diploma legal, no seu Capítulo III, trata da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional ou, de forma mais simples, a responsabilidade do chamado Estado-Juiz²⁵.

O actual regime legal deu, finalmente, enquadramento à responsabilidade por erro judiciário, nos termos constantes do artigo 13.º do RRCEE, mesmo mantendo intocada a aplicação dos regimes especiais avulsa e, pela primeira vez, consagrou legalmente a responsabilidade civil por deficiente funcionamento da administração da Justiça, a pensar em factos só formalmente jurisdicionais, praticados *in procedendo* e não *in judicando*, remetendo parte substancial do seu regime para as normas da responsabilidade civil pela função administrativa do Estado (artigo 12.º do RRCEE).

²⁴ CAUPERS, João, op. cit., p. 6.

²⁵ Neste sentido, FONSECA, Guilherme da - *A responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional*, JULGAR - N.º 5 - 2008

Deste modo, ampliou-se a responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional, inclusivamente quanto à imputação por erro judiciário. Este avanço, como chama a atenção Guilherme Catarino²⁶, permitiu, em parte, libertar a jurisprudência do seu trabalho frequente de criar normas especiais dirigidas ao caso a partir do normativo genérico do artigo 22.º CRP, e ultrapassar a quase omissão ou limitação de responsabilização do Estado-Juiz que naturalmente surgia da previsão dispersa das fontes de responsabilidade.

Outro dos principais traços orientadores da reforma decorre do disposto no artigo 14º do RRCEE e prende-se com o estabelecimento da possibilidade de responsabilização dos magistrados em termos amplos, pelos danos que causem na função jurisdicional, mas apenas por intermédio de regresso que cabe ao Estado, que mais adiante será objecto de análise quanto aos termos da sua efectivação.

4.2. A responsabilidade civil: sua caracterização

A responsabilidade de que aqui se fala é a responsabilidade civil extracontratual, a obrigação que recai sobre uma entidade envolvida em actividade de natureza pública que tiver causado prejuízos aos particulares, fora do contexto de uma relação contratual, evidentemente.

Apesar de ter desaparecido a referência a actos de gestão pública, a situação da dualidade de regimes substantivos de responsabilidade mantém-se, com todas as dificuldades inerentes de que dá conta Maria Glória Dias Garcia²⁷. Efectivamente, a nova lei aplica-se apenas a acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo. Quanto a este aspecto não surgem dúvidas e terá sítio por isso que o artigo 501.º do Código Civil não foi revogado pelo novo diploma legal²⁸.

²⁶ CATARINO, Luís Guilherme – *Contributo para uma Reforma do Sistema Geral de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado: propostas acerca da impugnação por facto jurisdicional*, Revista do Ministério Público, Lisboa, nº.88, Out.-Dez. 2001, p. 55.

²⁷ Vide GARCIA, Maria Glória Dias - *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Lisboa, 1007, p.30 - 32.

²⁸ Neste sentido, CAUPERS, João, op. cit., p. 7.

No que tange ao âmbito subjectivo, pese embora subsista a referência ao Estado e demais pessoas colectivas de direito público, o legislador veio alargar o âmbito de aplicação subjectiva do novo regime legal às pessoas colectivas de direito privado que actuem com prerrogativas de poder público ou sob a égide de princípios e regras de direito administrativo (cfr. artigo 1.º, n.º 2), aproximando-se, assim, de uma concepção material da administração pública. E aplica-se à responsabilidade dos titulares do órgãos, funcionários e agentes públicos, trabalhadores, titulares dos órgãos sociais e representantes legais ou auxiliares.

No que tange à caracterização da responsabilidade civil extracontratual, de que aqui se trata, importa dizer que os pressupostos da responsabilidade civil são os que se conhecem no âmbito do direito das obrigações (artigos 483º e seguintes do Código Civil) e que a mesma responsabilidade é sempre uma responsabilidade por actos de gestão pública estadual, mesmo que haja traços privatísticos, como acontece actualmente com certos modelos processuais, tais como, o processo executivo, o processo de mediação ou o processo arbitral.

Por outro lado, como é sabido, não existe responsabilidade civil sem prejuízo. Logo, o objectivo primeiro da responsabilização do Estado e de outras entidades envolvidas no exercício de actividades de natureza pública é a transferência do dano sofrido pelo cidadão para o seu causador²⁹.

Na formulação de João Caupers, os princípios que a lei consagra em matéria de responsabilização podem sintetizar-se assim:

a) Manifesta-se uma clara preferência pela reparação *in natura*, a reconstituição da situação hipotética, isto é, a situação que se verificaria no caso da não ocorrência do dano;

b) Nesta ordem de ideias, a indemnização em dinheiro é apenas uma segunda escolha, somente aceitável na hipótese de impossibilidade ou excessiva onerosidade da reparação em espécie;

²⁹ Ao contrário do que ocorria no domínio do Decreto-Lei n.º 48.051, que parecia, como se referiu, excluir a realização específica do direito, ou reparação natural, concentrando-se na reparação pecuniária do dano, na indemnização.

c) A reparação abrange toda a extensão dos prejuízos, os danos patrimoniais como os danos morais, e tanto, os danos já ocorridos como os futuros (artigo 3.º, n.º3);

d) Subsiste em matéria de direito à indemnização e de direito de regresso a remissão para o artigo 498.º do Código Civil, o mesmo valendo por dizer que o prazo prescricional se mantém nos três anos.

A Lei 67/2007 vem, ainda, no seu artigo 2º discriminar dois conceitos específicos em matéria de prejuízos: os danos especiais, ou seja, aqueles que atingem um grupo determinado de pessoas; e os danos anormais, aqueles que, excedendo os custos inerentes à vida em sociedade, sejam suficientemente graves para justificar a tutela do direito³⁰.

No entanto, afigura-se que não terá sido a melhor, a opção legislativa do uso da expressão “responsabilidade civil”, como epígrafe da lei, na medida em que o regime consagrado na Lei nº 67/2007 é de direito público, ainda que se entenda que a intenção do legislador foi a de distinguir este tipo de responsabilidade, da responsabilidade política, criminal e disciplinar³¹.

Talvez, como sugere Alexandra Leitão³², tivesse sido preferível o uso da expressão “responsabilidade patrimonial”, como acontece em Espanha³³. Concordando com o entendimento de Carla Amado Gomes, a expressão “patrimonial” significa que a Administração responde com o seu património e não que apenas os danos patrimoniais sofridos pelos lesados são ressarcidos³⁴.

Também importa realçar que, sendo o conceito de responsabilidade civil mais uma figura do direito civil que um instituto de direito comum, entendido este como um conjunto de princípios, regras e institutos que são comuns a

³⁰ CAUPERS, op. cit., p. 7-8.

³¹ Neste sentido SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de - *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, op. cit., pág. 477.

³² LEITÃO, Alexandra - *Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (f)actos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública. Ilícitude e presunção de culpa*, op. cit., p. 2

³³ LECHUGA, Javier Jiménez - *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho Español. Una visión de conjunto*, I, Madrid, 1999.

³⁴ LEITÃO, Alexandra, op. cit., nota 7, pag 2.

todos os ramos do Direito, público e privado, «a qualificação da responsabilidade pelo exercício da função administrativa como uma responsabilidade civil remete inexoravelmente o intérprete para o pressuposto de que o regime civilista é a matriz e que o regime público mais não é do que um conjunto de especificidades e adaptações a partir dessa matriz»³⁵, o que seria uma conclusão precipitada.

Como opina Vieira de Andrade³⁶, o regime da responsabilidade, é civil, do lado do cidadão que é indemnizado, ou seja, do lado passivo, mas não do lado activo, da actuação lesiva. Daí a incapacidade das soluções civilistas para resolver situações de responsabilidade administrativa, que obrigou o legislador a encontrar soluções que se afastam do regime de responsabilidade previsto no artigo 483º do Código Civil.

Aliás, nota-se, em geral, uma maior objectivização da responsabilidade da Administração Pública como decorrência lógica da procedimentalização da formação da vontade das entidades administrativas e da sujeição ao princípio da legalidade. Verifica-se também uma menor relevância do comportamento lícito alternativo e da causa virtual quando esteja em causa a responsabilidade por danos provocados por regulamentos, actos ou contratos administrativos lesivos inválidos em virtude de ilegalidades externas, orgânicas, formais ou procedimentais.

Por outro lado, o n.º 1 do artigo 9.º do RRCEE, ao referir que «consideram-se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinja regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos», acaba por confundir, equiparando ilicitude e ilegalidade.

Com esta ampliação da noção de ilicitude, o legislador quis reconhecer os prejuízos causados pela ineficiência dos serviços. No entanto, em face do carácter vago da formulação do preceito normativo, a sua interpretação,

³⁵ LEITÃO, Alexandra, op. cit., p. 3.

³⁶ ANDRADE, Vieira de - *A Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 137, n. 3951, Jul.-Ago. 2008, p. 366.

concretização e aplicação fica dependente do tratamento jurisprudencial, competindo dos tribunais, em larga medida, na tarefa de interpretação das disposições do novo diploma, definir o efectivo alcance das novas soluções propostas.

Por outro lado, consagraram-se diversas situações de presunções de culpa ou até formas de responsabilidade objectiva em virtude da obrigação de indemnizar, que recaem sobre a Administração mesmo sem culpa ou pelo funcionamento anormal dos serviços.

Claro que a definição do conceito de culpa é, como tinha que ser, diferente do regime civilístico, sendo definido em torno do zelo e diligência exigíveis a um funcionário zeloso e cumpridor e não nos termos do n.º 2 do artigo 487.º do Código Civil³⁷.

Com efeito, o n.º 1 do artigo 10.º do RRCEE, adoptou um critério de culpa específico da responsabilidade pelo exercício da função administrativa, que não se limita a remeter para a “diligência do bom pai de família” a que se refere o n.º 2 do artigo 487.º do Código Civil, permitindo que a densificação do conceito se opere a partir de normas de direito administrativo, por exemplo, as relativas aos deveres dos funcionários e agentes da Administração Pública. E o n.º 2 do artigo 10.º veio estabelecer uma presunção de culpa leve, quando haja ilicitude na prática de actos jurídicos, que se traduz numa inversão do ónus da prova, nos termos do n.º 1 do artigo 487.º e do n.º 1 do artigo 344.º do Código Civil. Tratando-se de uma presunção *juris tantum*, permite, no entanto, demonstrar que não houve culpa, justificando essa ausência, por exemplo, com ambiguidade do quadro legal aplicável, a proliferação de legislação extravagante, a existência de divergência jurisprudencial e doutrinária sobre a questão, entre outras situações³⁸.

Por último, e quanto ao dano, importa referir que aqui serão ressarcíveis os apelidados danos gerais – lucros cessantes e danos emergentes, actuais e

³⁷ Neste sentido, LEITÃO, Alexandra, op. cit., *Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual...*, p. 3

³⁸ Neste sentido, ANDRADE, Vieira de - *A Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos*, op. cit., p. 367; CADILHA, Carlos Fernandes - *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra, 2008, pág. 167.

futuros, patrimoniais e não patrimoniais – e ainda os danos especiais e anormais – responsabilidade objectiva, imputação pelo sacrifício de que fala o artigo 16º deste diploma legal.

Estas algumas das especificidades que importa ter presentes quando se perspectiva e analisa a responsabilidade civil extracontratual do Estado, designadamente, por danos decorrentes da função jurisdicional.

5. A Lei 67/2007 e a responsabilidade no exercício da função jurisdicional

A responsabilidade civil do Estado atinente à função judicial foi uma das ramificações que mais tardiamente foi consagrada nos vários ordenamentos jurídicos, o que - para além do desconforto para uma classe profissional que, embora destituída de influência política, gozava, até há pouco tempo, de assinalável prestígio – se ficou a dever, sobretudo, às reticências que suscitava a sua aplicabilidade prática na doutrina³⁹ e ao conflito que a mesma pode assumir com a independência e serenidade de que os titulares da função judicial devem inalienavelmente dispor no seu múnus diário.

Ademais, a ciência do Direito não é exacta. Faz parte da sua essência a controvérsia, a argumentação e a interpretação. Por outro lado, o número de casos excederá sempre o número de leis e como não vivemos num mundo perfeito, também o legislador não é capaz de prever todas as hipóteses possíveis, nem os tribunais conseguem sempre, na prática, adequar sem distorções as leis às situações da vida que lhes compete apreciar.

Tudo isto para dizer que, sendo a verdade absoluta inatingível, tem de admitir-se a hipótese de ocorrência de erros na decisão jurisdicional, quer de facto, quer de direito, porque nenhum dos intervenientes processuais, começando pelas partes e seus advogados, passando pelas testemunhas e peritos e terminando nos juízes, tem o dom da infalibilidade.

³⁹ DIAS, Nélia Daniel – *A Responsabilidade Civil do Juiz*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 28.

Não perdeu, aliás, actualidade o segmento do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1997⁴⁰ que, a seguir, se reproduz:

«Sabido, como é, que as suas características de generalidade e abstracção distanciam cada vez mais a lei dos casos da vida, e considerando a multiplicidade de factores, endógenos e exógenos, determinantes da opção final que o juiz toma - atentemos, desde logo, na variedade de critérios, por vezes de sentido divergente, que o próprio art. 9º do CC nos dá sobre a interpretação da lei -, bem se compreende que seja com grande frequência que se manifestam sobre a mesma questão opiniões diversas, cada uma delas capaz de polarizar larga adesão, e com isso se formando correntes jurisprudenciais das quais, se se pode ter a certeza de que não estão ambas certas, já difícil ou impossível será assentar em qual está errada. Daí que a própria reapreciação de decisões judiciais pela via do recurso não signifique, em caso de revogação da decisão recorrida, que esta estava errada; apenas significa que o julgamento da questão foi deferido a um tribunal hierarquicamente superior e que este, sobrepondo-se ao primeiro, decidiu de modo diverso.

Dentro deste quadro, a culpa do juiz só pode ser reconhecida, no tocante ao conteúdo da decisão que proferiu, quando esta é de todo desrazoável, evidenciando um desconhecimento do Direito ou uma falta de cuidado ao percorrer o "iter" decisório que a levem para fora do campo dentro do qual é natural a incerteza sobre qual vai ser o comando emitido. A circunstância de dois juízes decidirem em sentidos opostos a mesma questão de direito não significa necessariamente, face à problemática da responsabilidade extracontratual do Estado, que um deles terá agido com culpa, embora se não saiba qual; as mais das vezes, significará apenas que em ambos os casos funcionou, de modo correcto, a independência dos tribunais e dos juízes, contribuindo para o progresso do Direito através da dialéctica estabelecida entre opiniões e modos de ver que se confrontam e interinfluenciam, a exemplo do que se dá na doutrina.

Por isso as legislações estrangeiras e as posições doutrinárias vêm exigindo uma culpa grave para permitir a formulação do necessário juízo de crítica sobre o decidido. E, designadamente, a Lei italiana nº 117/88 qualifica como culpa

⁴⁰ Acórdão do STJ de 08/071997, Relator: Ribeiro Coelho, in CJSTJ, V, II, 153.

grave a grave violação da lei e a afirmação ou a negação de um facto que esteja, respectivamente, excluído ou assente de modo incontestável em face dos autos, quando isso se deva a negligência indesculpável do juiz - cfr. Álvaro de Sousa Reis Figueira, Estatuto do Juiz /Garantias do Cidadão, Col. Jur. 1991 -11-56.

Com interesse para acentuar esta vertente do problema é de referir que já em 1979 - Nótula sobre o artigo 208º da Constituição - Independência dos Juizes, in Estudos sobre a Constituição, 3º Volume, pg. 657 - Castro Mendes escrevia: “Merecem, além disso, neste momento uma referência particular dois elementos especialmente nocivos - e em Portugal a epidemia é grave e geral - ao processo decisório: a sobrecarga de trabalho e a pressa. Estamos aqui de novo, perante factores impeditivos de uma decisão boa (ou largamente impeditivos, transformando a decisão justa em produto muitas vezes da sorte), embora não constitutivos de uma decisão má.

E é notório o agravamento dramático que desde então se tem sentido neste campo.

Fique, pois, claro que para o reconhecimento, em concreto, de uma obrigação de indemnizar, por parte do Estado, por facto do exercício da função jurisdicional não basta a discordância da parte que se diz lesada, nem sequer a convicção, que em processo como o presente sempre será possível formar, de que não foi justa ou a melhor a solução encontrada no julgamento que vier questionado. Impõe-se que haja a certeza de que um juiz normal e exigivelmente preparado e cuidadoso não teria nunca julgado pela forma a que se tiver chegado, sendo esta inadmissível e fora dos cânones minimamente aceitáveis»⁴¹.

Com que propriedade poderá falar-se em erros de direito imputáveis ao juiz?

Como diferenciar onde começa e onde acaba a valoração dos factos e a interpretação das leis que constitui o cerne da função de julgar, constitucionalmente protegida de qualquer interferência?

Importa, assim encontrar o equilíbrio entre, por um lado, a indispensável salvaguarda da independência e equidade do julgador e, por outro, os interesses socialmente relevantes de tutela do lesado pelas falhas da justiça,

⁴¹ Acórdão do STJ de 08/071997, citado.

estabelecendo-se uma ligação bastante estreita entre a independência dos tribunais e a responsabilidade decorrente da sua função⁴².

Demonstrada está, pois, a dificuldade de conciliar o princípio da independência dos tribunais, necessária ao desempenho imparcial da sua função soberana, com o princípio da responsabilidade do Estado por actos ilícitos dos juízes, hoje aceite nos ordenamentos jurídicos mais avançados.

E o legislador nacional acolheu, na Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, a responsabilização dos Magistrados Judiciais e dos Magistrados do Ministério Público pelos danos causados no exercício das respectivas funções.

Em geral, pode dizer-se que este diploma veio permitir que melhor se concilie a responsabilidade do Estado, a independência dos julgadores e as garantias constitucionais. Procurou valorar-se, por forma mais clara e delineada o conceito de “erro judiciário” para assim lograr um dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado, nesta área.

Assim, o artigo 12º, atinente ao regime geral, estabelece o regime da responsabilidade por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa; o artigo 13º trata da responsabilidade por erro judiciário e, por último o artigo 14º reporta-se à responsabilidade dos magistrados, a nível do direito de regresso que o Estado goza contra eles. Ou seja, ao lado de um regime geral, este diploma vem estabelecer um regime especial respeitante à responsabilidade decorrente do erro judiciário cometido por magistrado. Regime especial porque não podemos olvidar que a Constituição consagra entre as garantias dos juízes, a independência e a irresponsabilidade pelas suas decisões. Ainda assim, o nº 2 do art. 216º da CRP veio ressaltar “as excepções consagradas na lei”, no caso, a Lei nº 67/2007.

No seguimento das previsões constitucionais, relativas ao erro judiciário e à prisão preventiva ilegal ou injustificada, contemplam-se agora duas situações bem distintas entre si: os danos decorrentes do deficiente funcionamento do aparelho judiciário, com destaque para uma das mais graves deficiências, que

⁴² COSTA, Emídio José da/COSTA, Ricardo José Amaral da – *Da Responsabilidade civil do Estado e dos Magistrados por danos da função jurisdicional*, Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 41-42.

é o arrastamento de muitos processos – a *violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável* – e o *erro judiciário* (cfr. artigos 12.º e 13.º RRCEE).

6. O artigo 12º da Lei 67/2007 e a responsabilidade civil

O artigo 12º do RRCEE, sob a epígrafe “Regime geral”, diz respeito ao regime regra, aplicável «aos danos ilicitamente causados pela administração da justiça», e que é «o regime da responsabilidade por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa», de que se ocupa o Capítulo II desta Lei. Responsabilidade que, aliás, é alargada à «responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos, por danos decorrentes de acções ou omissões adoptadas no exercício das funções administrativa e jurisdicional e por causa desse exercício» (cfr. n.º 3 do mesmo artigo 1.º).

Trata-se de aceitar que aqueles que pagam os serviços da justiça, têm o direito de exigir do Estado que esta funcione razoavelmente. Na medida em que tal não aconteça, devem os particulares poder ressarcir-se dos prejuízos que lhes forem causados pelo funcionamento deficiente. O legislador, compreensivelmente, resolve o problema determinando a extensão a estes casos do regime da responsabilidade civil decorrente de factos ilícitos praticados no exercício da função administrativa (cfr. artigo 12.º da LREE). Nem se compreenderia que os cidadãos pudessem exigir o regular funcionamento dos serviços públicos, em geral e não tivessem idêntico direito relativamente aos tribunais, que são os serviços públicos da justiça.

Donde, e em primeiro lugar, há que articular este dispositivo, com os artigos 7º a 10º do RRCEE, onde o regime da responsabilidade da função administrativa se acolhe, além de não descartar a aplicação das regras gerais, explicitadas nos artigos 1º, nº 3 a 6º do RRCEE. Em segundo lugar, a norma vem ressaltar a aplicação dos artigos seguintes, que dizem respeito ao erro judiciário (artigo 13º) e à responsabilidade pessoal de juízes e magistrados do Ministério Público (artigo 14º).

A delimitação quanto ao âmbito de aplicação do artigo 12º fica, portanto, previamente recortada em função destas ressalvas. Ou seja, a norma do artigo 12º determina: a) uma delimitação negativa, quanto aos sujeitos; b) uma

delimitação negativa, quanto à matéria; c) uma delimitação positiva, quanto ao regime, por remissão.

Este normativo, não é, no entanto, isento de críticas.

A primeira crítica que pode ser feita tem a ver com a sua amplitude, cabendo no ilícito um sem número de situações, ligadas à administração da justiça, com intervenientes vários: juízes, magistrados do Ministério Público e funcionários de justiça.

Já acima se referiu que a noção de ilicitude constante do artigo 9.º, n.º 1 do RRCEE abarca e equipara ilicitude e ilegalidade, o que irá exigir que a sua interpretação e concretização fique dependente do tratamento jurisprudencial.

Por outro lado, a cláusula de remissão implica que se deva atender às acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, envolvendo só a responsabilidade exclusiva do Estado, por força do regime do artigo 7.º, n.º 1, e aqueles que são cometidos «com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles que se encontram obrigados em razão do cargo», envolvendo a responsabilidade solidária do Estado com os autores dessas acções ou omissões, sendo que se presume «a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos», por aplicação dos artigos 8.º, n.ºs 1 e 2, e 10.º, n.º 2, todos da Lei 67/2007. Na verdade, o artigo 12.º desta lei contém uma exemplificação do que acaba de ser dito, quando se reporta à «violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável», mas pode estender-se «violação do direito a um processo equitativo», que é a fórmula do n.º 4 do art. 20.º da Constituição, que corresponde a uma verdadeira denegação de justiça.

No que se reporta à caracterização de situações de atraso, o que se pretende sancionar é a demora intolerável e injustificada na prolação da decisão, mas sem que tal se traduza, apenas, no mero incumprimento de prazos ordenadores ou no não acatamento de instruções de órgãos de gestão das magistraturas, estas, as mais das vezes, fundados em elementos estatísticos colhidos sem rigor, por cotejarem lides de dificuldade e complexidade diversas, deixando a porta aberta para situações em que a busca da celeridade se sobrepõe à busca de acerto e de qualidade científica.

A falta de celeridade - ou decisão não proferida *em prazo razoável* - deve ser aferida casuisticamente, na ponderação da dificuldade da causa, dos incidentes suscitados, da logística acessível ao magistrado, da necessidade de cumprimento estrito do formalismo da lei, da cooperação entre os julgadores que integram o conclave, na busca de soluções que evitem jurisprudência contraditória, na racionalidade da distribuição e, finalmente, nas características idiossincráticas do julgador.

Há quem defenda que o atraso da justiça⁴³ poderia ser atenuado quando, nomeadamente, os juízes e o Ministério Público tiverem, como têm as partes no processo, prazos obrigatórios e peremptórios e não só prazos meramente ordenadores ou reguladores. Não se afigura, porém, que assim deva suceder, ao arrepio do que parece ser actualmente a tendência legislativa, já que as situações só seriam comparáveis se os magistrados pudessem *contingentar* e escolher, os seus processos e não fossem confrontados, como tantas vezes infelizmente acontece, com incidentes dilatatórios, sucessivos pedidos de reforma, esclarecimento, arguição de nulidades infundados que, inevitavelmente têm que ser decididos e necessariamente atrasam o termo da lide e perturbam o planeamento do serviço.

Deve, ainda, ter-se presente que o processo contém actos jurisdicionais – onde é exercida a função soberana de julgar – não jurisdicionais - praticados pelo juiz, mas que se limitam a disciplinar ou dar cumprimento à ritologia processual - e para-jurisdicionais, praticados pelos oficiais de justiça. Desse conjunto de actos irá resultar a maior ou menor celeridade, mas o certo é que alguns estão fora não só do controlo pessoal do magistrado como, ainda, da função jurisdicional. Situação esta agravada pela incessante produção legislativa e pela deficiente preparação técnica do legislador que produz, as mais das vezes, leis de fraca qualidade.

Em geral pode dizer-se que, no artigo 12º do RRCEE cabe uma panóplia de actos processuais do juiz de que resulte o arrastamento no tempo de um

⁴³ Quanto a atrasos da justiça, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, vem entendendo que os mesmos violam o direito a uma justiça célere e equitativa (direito adjectivo), bem como o direito substantivo a não ver coarctado o exercício do direito que se pretende fazer valer em tribunal: vide artigo 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; acórdão TEDH de 21 de Janeiro de 1975 (Golder – Reino Unido, in Série A, n.º 18, § 36 e Relatório da Comissão de 21 de Fevereiro de 1995, § 80.

processo sem decisão, seja por omissão, ou o desrespeito da disciplina dos processos urgentes. Enfim, são inúmeras as hipóteses que podem ocorrer, umas mais correntes e outras menos vulgares. Todo o tipo de actos processuais do juiz de que resulte, por exemplo, a violação do princípio do contraditório ou do princípio da igualdade, até à violação, pelo juiz, de dever especial de urbanidade. Por último, há ainda a considerar as acções ou omissões ilícitas que sejam atribuídas aos magistrados do Ministério Público e, de modo geral, às secretarias dos tribunais, de que decorram danos ilicitamente causados aos cidadãos.

7. O artigo 13º da Lei 67/2007 e o erro judiciário

7.1. Erro judiciário: noção e causas

Os juízes são os garantes da observância da lei, mas também não podem limitar-se a conhecer e a dizer as palavras da lei, já que não pode deixar de procurar-se a consonância da lei com a vida: esta é a razão de ser daquela.

Nas palavras de Cabral de Moncada, a ordem social é dinâmica estática; «saber cientificamente o direito não é só isso», não é só «saber o que dizem as leis». Todo o direito é «pensamento ao serviço da vida»⁴⁴. A lei é passível de interpretação evolutiva que, quanto possível, a sintonize com a dinâmica social, científica e, especialmente, com a perspectiva concreta do justo.

Muitas são as causas que podem conduzir ao erro judiciário.

Contribuem para esse erro, nomeadamente, a cada vez maior complexidade dos processos judiciais, a incontinência legislativa, com que os operadores judiciários são, quase diariamente, confrontados nas últimas décadas e a proliferação de regimes jurídicos, em diplomas autónomos.

Na área criminal, para além da alteração pontual de normas penais e da criação de outras sem cariz geral e abstracto, surgem os mega-processos, de complicado julgamento, sobretudo por força do direito adjectivo, permitindo um sem fim de incidentes processuais dilatatórios, levando a que o processo se prolongue durante vários anos.

⁴⁴ MONCADA, Cabral de - *Filosofia do Direito e do Estado*, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 42-56.

Na área cível, o cenário não é mais encorajador: a cada vez maior complexidade do direito, por via do aumento da conflitualidade que, em situações de crise se agrava; a internacionalização das relações comerciais e dos contratos; o regime da acção executiva que entupiu os tribunais de execução e que conduziu à paralização da acção de execução. Além disso, os novos quadros normativos, como da injunção, o das uniões de facto e outros diplomas avulsos, que nem sempre primam pela clareza e pela melhor técnica jurídica e que quase diariamente surgem, tudo acrescido agora com a interpretação e aplicação no tempo do Código de Processo Civil aprovado pela Lei 41/2013 de 18 de Junho, dificultam em muito a tão aspirada celeridade processual. Aliás, na área cível, pelos princípios que enformam esta área do direito, o andamento dos processos depende, em grande medida, do impulso das próprias partes.

É claro que a justiça, deve ser pronta, mas não pode deixar de ser pensada e de ter o seu tempo de amadurecimento, não podendo (nem devendo) andar à velocidade com que, no mundo de hoje, corre a diversa informação. O que importa é que os conflitos sejam decididos e resolvidos em tempo razoável, o que em muitos casos está longe de ser a regra, devendo ser, para tanto, disponibilizados pelo Estado os meios adequados.

No domínio da responsabilidade civil por danos procedentes da função jurisdicional, encontramos duas grandes categorias conceituais:

- por um lado, o erro judiciário, de que trata o artigo 13.º do RRCEE, atinente à actividade jurisdicional *stricto sensu*, ou seja, a decisões substancialmente jurisdicionais;

- por outro, o deficiente funcionamento da administração da justiça, sobre que versa em geral o art.º 12.º do mesmo diploma, remetendo para o regime jurídico da responsabilidade por facto administrativo do Estado.

É no artigo 13.º que o RRCEE vem enquadrar a responsabilidade civil decorrente do erro judiciário, que é a única categoria da responsabilidade civil pelo desempenho da função jurisdicional que obedece a um regime próprio, exclusivo para os actos dessa função, o que, como observa Carlos Fernandes

Cadilha⁴⁵, se deve à especial natureza da função que incumbe aos tribunais e que está nos actos por aquela abarcados particularmente presente.

Contudo, este regime não é uniforme para todos esses factos, como se conclui da leitura do artigo 13.º do RRCEE, já que prevê a responsabilidade civil estadual por danos decorrentes de decisões manifestamente inconstitucionais, ou ilegais, ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos pectivos pressupostos de facto, mas excepciona regimes especiais para certos factos jurisdicionais. Aliás, como se disse, um desses regimes, a par do que se debruça sobre a sentença penal condenatória injusta é, o da (artigos 29.º, n.º 6 da Constituição e 461.º e 462.º Código de Processo Penal), justamente o da privação injustificada da liberdade, expresso no artigo 27.º, da CRP e consubstanciado nos já referidos artigos 225.º e 226.º Código de Processo Penal.

Na verdade, saber se deve reconduzir-se a responsabilidade civil pela injusta privação da liberdade à categoria mais vasta do erro judiciário, ou antes a uma categoria própria, autónoma quer do erro judiciário, quer da administração da justiça, uma espécie de *tertium genus*, tem dividido a doutrina⁴⁶.

A favor da primeira tese, além do mais, a organização sistemática da Lei 67/2007 e nomenclatura usada que, no artigo 13.º, sob a epígrafe "*Responsabilidade por judiciário*", inclui a responsabilidade por privação injustificada liberdade, e a circunstância de o acto de privação provisória de liberdade se encontrar arredado da função administrativa e, nos raros casos em que não decorre de acto jurisdicional, está sujeito a validação judicial. O que aponta para a qualificação dos vícios da decisão de privação da liberdade, como afloramento do erro judiciário.

Já Guilherme Catarino e Aveiro Pereira advertem que o erro judiciário conceptualmente se restringe às decisões tomadas por juízes, não podendo concernir à actividade de outros magistrados ou autoridades, pelo que a

⁴⁵ CADILHA, Carlos Fernandes - *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado...*, op. cit., p. 196-197.

⁴⁶ Sobre esta polémica doutrinária vide COSTA, Emídio José da/COSTA, Ricardo José Amaral da, op. cit., p. 49-53.

responsabilidade extracontratual por injusta privação da liberdade pode escorar-se em decisões que não sejam da autoria do juiz, embora se materializem em moléstia para direitos fundamentais do destinatário. Ora, sendo o erro judiciário realidade exclusiva da actividade judicial, não se lhe podem reconduzir aquelas situações em que a responsabilidade é determinada por actos de outros sujeitos processuais⁴⁷.

Os contornos do erro judiciário não são tão vastos que lhe possibilitem estender-se a todas as disfunções do poder judicial, antes assumindo uma significação bem concretizada. Guilherme Catarino define o erro judiciário como «a ignorância ou falsa representação de uma situação de facto ou de direito existente à data da declaração de vontade, ou que existiu antes dessa declaração, e que determina a formação da vontade declarada, podendo distinguir-se, à semelhança do direito civil, consoante o erro se reporte à pessoa, objecto da lide, ou aos motivos»⁴⁸.

Para que se apure se estamos perante um erro judiciário, é necessário averiguar se o acto é materialmente jurisdicional, ou seja, se foi emanado com a função inequívoca de resolver um litígio de interesses entre sujeitos que, a propósito do mesmo, assumem, em princípio, decisões controversas (artigo 202º da CRP).

Por outro lado, nem sempre um acto materialmente jurisdicional é emanado por um juiz: por exemplo, os actos praticados, em sede de execução fiscal, pelo Chefe de Serviço de Finanças, nas decisões tomadas por árbitros ou, ainda que este entendimento não seja pacífico, pelos agentes de execução em contexto de acção executiva cível.

O âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado por exercício da função jurisdicional, designadamente que deriva do erro judiciário está, portanto, balizado: se o acto não for materialmente jurisdicional, o Estado poderá ser responsabilizado nos termos da regra geral do artigo 12º do RRCEE;

⁴⁷ Neste sentido, CATARINO, Luís Guilherme, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça*, Coimbra, *Almedina*, 1999, p. 233; MEDEIROS, Rui, op. cit., 60; PEREIRA, João Aveiro, op. cit., p. 189

⁴⁸ CATARINO, Luís Guilherme, op. cit., p. 267.

se for acto jurisdicional mas não tiver sido praticado por um juiz, poderá ou não, conforme as situações, ser responsabilizado.

Há quem questione se os actos praticados pelos juizes em processos de jurisdição voluntária, são actos materialmente jurisdicionais. Em processos desta natureza, o juiz pratica actos materialmente jurisdicionais ou materialmente administrativos?

Para quem defende a orientação que faz escapar estas resoluções ao exercício de uma função jurisdicional, o juiz que comete um erro, designadamente se emitir uma resolução errada, está a praticar um acto no exercício desta função administrativa. Para quem, como Elisabeth Fernandez⁴⁹, entende que o erro de uma resolução emanada em processo dessa natureza deve obedecer aos pressupostos da responsabilidade por erro judiciário previstos no artigo 13º do RRCREE. Esta também a orientação que aqui se defende.

7.2. O erro judiciário no artigo 13º da Lei 67/2007

Dispõe o artigo 13º, que «sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto» (n.º 1). Mas «o pedido de indemnização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente» (n.º 2).

O preceito em análise estabelece uma excepção para o regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade.

São duas as situações previstas neste preceito legal: em primeiro lugar, as decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais; e, em

49 FERNANDEZ, Elisabeth - *Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações*, Cadernos de Justiça Administrativa, nº 88 Julho/Agosto 2011.

segundo, as decisões jurisdicionais injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto.

Na letra da lei pareceria que estão abrangidas quaisquer decisões que contenham algum erro na aplicação de determinado comando legal. Contudo esta interpretação não é correcta.

Na Proposta de Lei n.º 56/X e que se “converteu” na Lei 67/2007 de 31/12, a redacção do artigo 13.º referia-se a decisões jurisdicionais inconstitucionais ou ilegais, como fundamento do dano indemnizável, omitindo a exigência de que tais danos fossem manifestos, o que certamente conduziria à proliferação de acções de indemnização contra o Estado. Não faltam decisões impugnadas, por via de recursos, que são revogadas pelos tribunais superiores, com fundamento em entendimento diverso do constante na decisão recorrida. Ocorre até que a Segunda Instância revoga decisões da 1.ª Instância, vindo, por seu lado, o Supremo Tribunal de Justiça, a revogar o acórdão do Tribunal da Relação, reprimando a sentença da 1.ª instância.

A responsabilidade do Estado só ocorre quando fundada em erro judiciário manifesto, patente, indesculpável, das decisões judiciais quanto à aplicação de normas constitucionais ou da legislação ordinária, não bastando uma interpretação mais ousada, peregrina da lei para fazer incorrer o Estado em responsabilidade civil.

Os erros de interpretação e de aplicação da lei corrigem-se, por regra, através dos recursos, ordinários ou extraordinários, podendo ainda sanar-se através da arguição de nulidades.

Pode dizer-se que o artigo 13.º da LREE condensa a responsabilidade civil por erro judiciário derivado de decisões jurisdicionais causadoras de danos e que a lei tipifica como decisões “*manifestamente inconstitucionais ou ilegais*” ou como decisões “*injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto*” (n.º 1).

Dissecando este normativo, começa o n.º 1 por ressaltar o “*regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade*”, campo em que releva o erro judiciário, mas deveria incluir na ressalva o regime especial da acção de indemnização contra magistrados,

regulada no Código de Processo Civil aprovado pela Lei nº 41/2013 de 26 de Junho, no título XIII, artigos 967º e seguintes, com a epígrafe “*Da ação de indemnização contra magistrados*”.

Também podem surgir controvérsias quanto à redacção do nº 1 do referido artigo 13º., sobre se o advérbio “*manifestamente*” se liga só às decisões “*inconstitucionais ou ilegais*” ou se estende às decisões “*injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto*”, devendo entender-se que abrange todas as situações tipificadas no n.º 1.

Tem, igualmente, de ser feita a distinção entre as acções ou omissões ilícitas cometidas com culpa leve e as que são cometidas com culpa grave ou dolo, presumindo-se sempre aquela culpa. Ao erro grosseiro, todavia, parece ligar-se a ideia de culpa grave, na medida em que a decisão jurisdicional em causa reflecte uma diligência e zelo manifestamente inferiores aqueles a que se encontram obrigados os juízes em razão do cargo, na óptica do artigo 8.º, n.º 1, do RRCEE.

Situações respeitantes a decisões jurisdicionais manifestamente ilegais, serão, por exemplo, os seguintes: a aplicação de uma lei expressamente revogada, sem que haja qualquer questão de sucessão de leis no tempo; a aplicação da lei penal mais desfavorável para o arguido; a aplicação de uma norma ou de um regime jurídico com um determinado sentido interpretativo, mas ao arpejo de uma corrente doutrinal e jurisdicional unanimemente seguida e consolidada e que todos esperariam ver acolhida; o conhecimento, na decisão, de questões não suscitadas pela partes e que não são de conhecimento officioso.

Como exemplos de decisões jurisdicionais “*manifestamente inconstitucionais*”, a dúvida está em saber se aí se incluem as decisões que aplicam normas feridas de inconstitucionalidade (inconstitucionalidade orgânica, formal ou material), nomeadamente, se elas foram já julgadas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional ou até declaradas inconstitucionais, com força obrigatória geral.

Parece que não é isso que se quer significar com as decisões jurisdicionais “*manifestamente inconstitucionais*”, antes, e só, as decisões que directamente afrontam a Lei Fundamental, nomeadamente, em matéria de direitos

fundamentais. Com efeito, a decisão não é inconstitucional, salvo se tomada por um órgão não competente segundo a lei fundamental.

Pode é aplicar uma norma, seu segmento ou interpretação, em violação do normativo constitucional. Será, por hipótese, o que sucede na decisão que aceite meios de prova, como seja, a tortura, em processo penal, ou uma decisão que defira o pedido de extradição, quando o crime é punido com pena de morte, segundo o direito do Estado requisitante. Ou o que sucede quanto a decisão jurisdicional de privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei, que, para além de ilegal é, neste sentido, manifestamente inconstitucional (cfr. artigo 27º, nº 5, da CRP).

7.3. Erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto

Do mesmo passo, quando se fala de decisão é ilegal ou injustificada, o legislador pretendeu também sancionar a decisão assim viciada se, na sua origem, está um *erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto*. Na verdade, o erro assume relevância, para efeitos de impugnação da decisão judicial que o contem, como também pode assumir relevância indemnizatória, tal como decorre do artigo 13º nº1 do RRCEE.

Ainda que à partida se possa pensar que é mais fácil de ponderação a hipótese do erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto, porque se reconduz a um erro sobre a matéria de facto, nem sempre é assim.

Também aqui, a justificar a reparação dos danos, não se trata de qualquer erro. Tal como em relação aos danos decorrentes de decisões inconstitucionais ou ilegais se exige que a inconstitucionalidade ou ilegalidade sejam «manifestas», exige-se, aqui, que o erro seja «grosseiro»

No ordenamento jurídico português vale, em regra o princípio da livre apreciação da prova. Para bem decidir a matéria de facto, o juiz deve conhecer bem o meio onde se desenrola a acção e conhecer a integridade moral das testemunhas que lhe são apresentadas e a sua razão de ciência.

No que se reporta aos depoimentos das testemunhas, que muitas vezes apresentam versões contraditórias sobre os mesmos factos, a tarefa do juiz é, por via de regra, árdua. Quanto maior for a sua experiência de vida e o

conhecimento do meio em que os factos se desenrolaram, mais fácil será a percepção e compreensão do que ocorreu e apurar a verdade. Além disso, o julgador também se depara muitas vezes com documentos que apontam em sentidos diversos e, mesmo no âmbito da prova pericial, sujeita também ao princípio da livre apreciação, se encontram relatórios periciais com apreciações periciais divergentes.

Cada magistrado tem a sua experiência e sensibilidade perante os fenómenos da vida.

Nas expressivas palavras de Antunes Varela, há magistrados que revelam grande cultura jurídica, mas «a quem falta a intuição ou o saber necessário para agarrar a linha da verdade dos factos sobre a crista alterosa das versões contraditórias dos depoimentos das partes e das testemunhas, dos laudos dos peritos, das alegações dos advogados. Outros magistrados há, entretanto, que, sem grande preparação doutrinária, possuem no mais alto grau essa virtude fundamental do bom senso, porque sabem separar o trigo do joio, distinguir a verdade da mentira, para colocar direitinha, sem uma entorse, a situação de facto que a vida criou no sopé da decisão que, em nome da Justiça, lhes cabe proferir. São estes últimos, e não os primeiros, que mais probabilidades têm de chegar à sentença justa, à decisão legal, à solução correcta e equilibrada, à pacificação da vida social»⁵⁰.

Ao decidir a matéria de facto, o juiz não deve ter qualquer outra preocupação que não seja a de responder aos factos controvertidos de acordo com a convicção formada e alicerçada na prova produzida em audiência ou na que consta dos autos, deixando para momento posterior a apreciação jurídica dos factos que vierem a ser dados como provados. O julgador deve ter sempre presente que, dando como provada determinada matéria de facto, esta passa a ter relevância, muitas vezes decisiva, na solução de direito. Neste particular, a intervenção do tribunal colectivo no julgamento da matéria em processos de natureza cível colmatava muitos dos eventuais erros na apreciação dos factos, que a gravação dos depoimentos não veio de modo algum esbater. Além disso, o tribunal colectivo funcionava como uma preparação para os juízes no início

⁵⁰ VARELA, João Antunes – *A Responsabilidade Pessoal dos Juizes*, RLJ, 129, nº 3873, p. 359-360.

de carreira, que assim tinham oportunidade de aprender com os mais experientes.

Seja como for, só o erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto constitui o Estado na obrigação de indemnizar os danos causados, pelo que só o erro decorrente de uma análise desatenta, desleixada e desinteressada do juiz, quanto à matéria que se discute, pode conduzir à verificação do erro indemnizável.

7.4. O erro judiciário: considerações finais

A análise e caracterização do erro judiciário, que consequencia a responsabilidade civil no exercício da função jurisdicional, potencia, ainda outras reflexões.

Desde logo, não pode esquecer-se que em causa está a irresponsabilidade dos magistrados, princípio que deve manter-se intocável sob pena de ficar em causa a isenção e imparcialidade do julgador. E como Jimenez Lechuga afirma⁵¹, o juiz quando julga é considerado a *vox juris* sendo um órgão do Direito e não um órgão do Estado, argumento que é utilizado para, nestes casos, desresponsabilizar o Estado. Em relação ao erro de julgamento, em regra, não há reacção possível, excepto em se tratando de erro grosseiro que incida sobre a apreciação e subsunção dos factos.

O erro judiciário que releva terá que ser considerado indesculpável, intolerável ou, na dura expressão Manuel de Andrade, tantas vezes usadas pela nossa jurisprudência e doutrina, «escandaloso, crasso, supino, que procede de culpa grave do errante»⁵² terá, enfim, de constituir uma *aberratio legis*⁵³. Salvador da Costa, em Parecer da Procuradoria Geral da República de 30 de Março de 1992⁵⁴ respeitante a acções intentadas contra o Estado com vista à

⁵¹ LECHUGA, Jimenez, op. cit., p. 121.

⁵² ANDRADE, Manuel Domingos de - *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, Volume II, 1974, p. 239.

⁵³ FONSECA, Guilherme da - *A responsabilidade civil...*, op. cit; cfr. Acórdãos do STJ de 12 de Outubro de 2000, Processo nº 2321/00 2ª Secção e de 11 de Setembro de 2008, Processo nº 08B1747, in www.dgsi.pt/jstj.

⁵⁴ Parecer da Procuradoria Geral da República nº 12/92 de 30-03-1992, Relator: Salvador da Costa, in www.dgsi.pt/pgpr

indenização por danos resultantes da prisão ou detenção ilegal, a propósito do erro judiciário refere o seguinte:

«Dispõe o artigo 225º:

"1. Quem tiver sofrido detenção ou prisão preventiva manifestamente ilegal pode requerer, perante o tribunal competente, indemnização dos danos sofridos com a privação da liberdade.

2. O disposto no número anterior aplica-se a quem tiver sofrido prisão preventiva que, não sendo ilegal, venha a revelar-se injustificada por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia, se a privação de liberdade lhe tiver causado, prejuízos anómalos e de particular gravidade. Ressalva-se o caso de o preso ter concorrido, por dolo ou negligência, para aquele erro".

É *manifesto* o que é *evidente*, inequívoco ou claro, isto é, o que não deixa dúvidas.

Será prisão ou detenção manifestamente ilegal aquela cujo vício sobressai com evidência, em termos objectivos, da análise da situação fáctico-jurídica em causa, como é o caso da prisão preventiva com fundamento na indicição da prática de um crime a que corresponda pena de prisão de máximo inferior a três anos, e da detenção com base na indicição de uma infracção criminal apenas punível com pena de multa.

(...)

Os pressupostos de indemnização a que alude o n° 1 consubstanciam-se na privação da liberdade manifestamente ilegal, na existência de prejuízo reparável e de um nexo de causalidade adequada entre este e aquela».

A Lei 67/2007, no artigo 13º, n° 1, salvo melhor entendimento também apenas sanciona o erro manifestamente inconstitucional, ilegal, ou injustificado, pelo que continua actual, a expressão contida no dito Parecer n° 12/92: “*é manifesto o que é evidente, inequívoco ou claro, isto é, o que não deixa dúvidas*”.

Não se trata de mero erro ou lapso que afecta a decisão mas não põe em causa a sua substância (“error in iudicio”). Não será, outrossim, um lapso manifesto.

E não é de mais realçar que o artigo 13º reporta-se ao *erro in iudicando*, não ao lapso/erro *in procedendo*.

O erro de direito praticado pelo juiz só poderá constituir fundamento de responsabilidade civil do Estado quando seja grosseiro, evidente, crasso, palmar, indiscutível e de tal modo grave que torne a decisão judicial numa decisão claramente arbitrária, assente em conclusões absurdas, demonstrativas de uma actividade dolosa ou gravemente negligente. Terá de se traduzir num óbvio erro de julgamento, por divergência entre a verdade fáctica ou jurídica e a afirmada na decisão, a interferir no seu mérito, resultante de lapso grosseiro e patente, por desconhecimento ou flagrante má compreensão do regime legal e que, por isso, conduziu a uma decisão definitiva – por insusceptível de recurso correctivo – violadora de direitos, liberdades e garantias ou causadora de prejuízo a outrem⁵⁵.

Tentando, finalmente, conciliar o princípio da independência dos tribunais, necessária ao desempenho imparcial da sua função soberana, com o princípio da responsabilidade do Estado por actos ilícitos respeitantes a erro de direito praticado num acto jurisdicional, podem apresentar-se as seguintes proposições essenciais:

a) Os actos de interpretação de normas de direito e de valoração jurídica dos factos e das provas, núcleo da função jurisdicional, são insindicáveis;

b) Por tal motivo, o erro de direito - que pode respeitar à aplicação (lei a aplicar), à interpretação (sentido da lei aplicada), ou à qualificação (dos factos) - é eliminado, em princípio, pelo sistema de recursos ordinários previstos na lei, que permite a correcção de sentenças viciadas por um tribunal superior antes que se tornem irrecorríveis (artigos 676º a 761º do CPC);

c) O erro de direito só será fundamento de responsabilidade civil quando, salvaguardada a essência da função judicial referida em a), seja grosseiro,

⁵⁵ Neste sentido, também os Acórdãos do STJ de 31 de Março de 2004, CJ/STJ 20044-I, 157 e de 8 de Setembro de 2009, Relator: Sebastião Póvoas, Proc. nº 368/09.3YFLSB, in www.dgsi.pt/jstj.

evidente, crasso, palmar, indiscutível e de tal modo grave que transforme a decisão judicial numa decisão claramente arbitrária, assente em conclusões absurdas.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado por erro na interpretação e aplicação do direito pressupõe, pois, a manifesta falta de razoabilidade da decisão, o erro grosseiro em grave violação da lei, a afirmação ou negação de factos incontestavelmente não provados ou assentes nos autos, por culpa grave e indesculpável do julgador.

Segundo orientação sugerida por Luís Catarino⁵⁶, a que se adere, a responsabilidade civil em causa deve conter-se:

«- Na limitação dos casos de negligência — grosseira ou típica (ilegalidade clara e manifesta). A lei poderá tipificar enunciativamente os casos de falta grave (p.e. quem com negligência inexcusável comete uma ilegalidade grave, afirma factos cuja existência não está assegurada, nega factos cuja existência se encontra claramente demonstrada, priva alguém de liberdade fora dos pressupostos legais ou sem motivo);

- Na construção de uma noção de denegação de justiça responsabilizadora temporal e materialmente delimitada. Deverá definir-se denegação de justiça de forma estrita (p.e. retardamento ou omissão injustificada de despacho sobre pedido das partes; retardamento ou omissão injustificada de realização de actos; possibilidade de, tal como na aceleração processual, as partes possa formular uma petição para prática de um acto, colocação e mora e respectiva responsabilização pessoal findo um determinado prazo (que deve ser encurtado nos casos de detenção); recusa de acesso ao Tribunal de um pedido justificável (em virtude de lei ou interpretação judicial); recusa de acesso devida deficiente ou má organização da Justiça (p.e. dificuldade em obter patrocínio officioso, que o juiz não deve aceitar);

⁵⁶ CATARINO, Luís Guilherme - *Contributo para uma reforma do sistema geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, op. citada.

- Na insindicabilidade da actividade interpretativa, de apreciação de provas e de factos. Assim se protege da responsabilidade o núcleo essencial da função, (a actividade de interpretação de normas, apreciação de provas, e de factos)».

Dos factos constitutivos do direito à indemnização, em especial, do tipo de ilícito, podemos concluir que é apenas indemnizável a decisão manifestamente errada, ou seja, como já se disse, aquela que contém um erro ostensivo, crasso, palmar, indiscutível e que, por causa dele, é arbitrária, assente em conclusões absurdas demonstrativas de uma actividade dolosa e altamente negligente.

Errar não pode ser sempre passível de sanção, tanto mais que, como se afirmou, o Direito não é uma ciência exacta e, tantas vezes, a doutrina e a jurisprudência se confrontam propondo soluções opostas para a mesma questão jurídica.

7.5. O artigo 13º nº 2 e a prévia revogação

A redacção do artigo 13º nº 2 do RRCEE vem suscitar algumas dificuldades com a exigência, como pressuposto processual da acção indemnizatória, da «*prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente*», naturalmente, em processo de recurso jurisdicional.

Neste sentido, o acórdão do STJ de 3/12/2009⁵⁷, vem realçar o facto de o novo regime exigir, como condição prévia da responsabilização do Estado por actos jurisdicionais, que o pedido de indemnização deva ser fundada na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente” (artigo 13º, nº 2 do RRCEE).

Segundo este aresto importa ter em consideração o seguinte:

«1ª – A «revogação» da decisão danosa, exigida pelo nº 2 do artigo 13º, há-de ser naturalmente uma revogação definitiva, ou seja, constante de uma decisão transitada em julgado.

2ª – Tal revogação há-de, por via máxima, provir de um tribunal superior, e ser obtida através de recurso, não sendo de excluir que possa provir deste

⁵⁷ Ac. STJ de 03/12/2009, Relator: Moreira Camilo, www.dgsi.pt/jstj

próprio que proferiu a decisão questionada, quando isso seja admissível processualmente.

3ª – Há-de ser na decisão revogatória que terá de reconhecer-se o carácter «manifesto» do erro de direito ou o carácter grosseiro na apreciação dos factos, que são pressupostos substantivos da responsabilidade do Estado»⁵⁸.

O argumento avançado pela doutrina, para justificar a exigência desta condição de prévia revogação é o da força do caso julgado da decisão. Desta feita, se a decisão já transitou em julgado a mesma já é definitiva e por isso não pode outro tribunal aferir e apreciar a ilicitude dessa decisão ainda que não seja com o intuito ou com a finalidade de a revogar.

Porém, de acordo com este entendimento, pode ocorrer que, o caso julgado acabe por transformar decisões erradas em decisões certas e, por essa razão, Elizabeth Fernandez discorda da exigência desta revogação prévia, a qual, na ausência de um meio impugnatório próprio, pode redundar na impossibilidade de direito ao exercício ao direito de reparação por erro judiciário⁵⁹.

Guilherme da Fonseca avança que talvez fosse preferível prever, como pressuposto processual, a exigência de uma séria probabilidade da existência de erro judiciário, pois, a ser como está, pode a norma do n.º 2 brigar com o princípio da judicialidade consagrado no art. 20.º, da Constituição, conjugado com o direito á reparação dos danos que assiste a todos os cidadãos, nas situações em que se limita o direito de acção ou até se priva esse direito. A menos que, por absurdo, se avance pela eliminação das alçadas em todas as jurisdições⁶⁰.

Não se afigura, contudo, muito prudente este entendimento, ou seja, a remissão mais ou menos genérica para a «séria probabilidade da existência de erro».

É certo que esta limitação parece não se compadecer com todos os casos em que não é legalmente possível interpor recurso, desde logo, os casos que se

⁵⁸ Idem, ibidem.

⁵⁹ FERNANDEZ, Elizabeth, *Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações*, op. citada.

⁶⁰ Neste sentido, FONSECA, Guilherme da, *A responsabilidade civil*, op. citada.

relacionam com a alçada dos tribunais, contudo a lei possui válvulas de segurança para evitar entorses do sistema.

A este respeito escreve José Manuel Cardoso da Costa que, «sendo a função jurisdicional e as decisões em que ela se exprime o que são, então não há-de poder atribuir-se qualquer relevo a um alegado «erro judiciário sem que ele seja reconhecido como tal pela competente instância jurisdicional de revisão. Sem tal reconhecimento, o «erro» (o puro «erro») só o será do ponto de vista ou no plano da análise crítico-doutrinária da decisão, não num plano jurídico-normativo: neste outro plano, o que subsiste é a definição do direito do caso, emitida por quem detém justamente o múnus e a legitimidade para tanto»⁶¹.

Não se pense, no entanto, que desta forma se desprotege o cidadão vítima do erro jurisdicional. O nosso sistema jurídico comporta, para além do recurso ordinário, o recurso extraordinário de revisão, tanto na jurisdição processual civil (artigos 696º e seguintes do actual Código de Processo Civil), como penal (artigos 449º e seguintes do Código de Processo Penal), o qual constitui uma verdadeira válvula de segurança do sistema, permitindo a alteração do decidido mesmo após o transito em julgado da sentença.

Segundo Alberto dos Reis⁶², o recurso de revisão apresenta, à primeira vista, o aspecto duma aberração judicial, por atentar contra a autoridade do caso julgado. Trata-se, afinal, de uma sentença transitada em julgado, munida da força e do respeito que merecem as decisões que atingiram tal grau de segurança. Então, como se compreende que seja lícito por em crise a exactidão dessa sentença? Como se justifica que seja admitida a impugnar esse acto jurisdicional uma pessoa para quem ele constitui caso julgado?

«Bem consideradas as coisas, estamos perante uma das revelações do conflito entre as exigências da justiça e a necessidade da segurança ou de certeza. Em princípio, a segurança jurídica exige que, formado o caso julgado, se feche a porta a qualquer pretensão tendente a inutilizar o benefício que a decisão atribuiu à parte vencedora. Mas pode haver circunstâncias que induzam a quebrar a rigidez do princípio. A sentença pode ter sido consequência de

⁶¹ COSTA, José Manuel Cardoso da – *Sobre o Novo Regime da Responsabilidade do Estado por op. cit.*, p. 163.

⁶² REIS, José Alberto dos – *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. VI, Coimbra: Coimbra Editora, p. 335-337.

vícios de tal modo corrosivos, que se imponha a revisão como recurso extraordinário para um mal que de-manda consideração e remédio.

Quer dizer, pode a sentença ter sido obtida em condições tão estranhas e anómalas, que seja de aconselhar fazer prevalecer o princípio da justiça sobre o princípio da segurança. Por outras palavras, pode dar-se o caso de os inconvenientes e as perturbações resultantes da quebra do caso julgas muito inferiores aos que derivariam da intangibilidade da sentença»⁶³.

O recurso de revisão, conquanto ponha em causa a autoridade do caso julgado e a necessidade da certeza e segurança jurídica que lhe são inerentes, encontra justificação última na exigência de justiça, pelo que, em certos casos, a intangibilidade da sentença deve ceder perante rativos da justiça.

Em suma, a acção de indemnização, dirigida contra o Estado não é local adequado para o lesado invocar reconhecimento do erro judiciário e tem que ser precedida de outra em que o lesado demonstre, nomeadamente através do competente recurso de revisão da sentença onde foi cometido o erro, a existência deste e a sentença onde foi cometido o erro será revogada, em caso de procedência do recurso de revisão. Só depois de ser reconhecido o erro, por decisão transitada, é que o lesado poderá intentar a competente acção de indemnização.

Cabe referir que, no âmbito do processo penal, se a decisão revista tiver sido condenatória e o tribunal de revisão absolver o arguido, a decisão revista não só é anulada, como a sentença respectiva atribuirá ao arguido indemnização pelos danos sofridos e ordena a restituição das custas e multas que tiver suportado (cfr. artigos 461º e 462º do Código de Processo Penal), assim se evitando que o arguido tenha de lançar mão da acção de indemnização.

Ainda que o lesado com o eventual erro judiciário não possa intentar a acção de indemnização sem antes o *erro manifesto* ser reconhecido por decisão transitada em julgado pelo tribunal competente, não fica impedido de obter essa decisão de apreciação, mesmo nos casos em que a decisão não seja passível de recurso ordinário, mesmo nos casos em que a sentença já transitou em

⁶³ *Idem, ibidem*, p. 335-337.

julgado.

Existem, como se viu, mecanismos que procuraram evitar a consumação de decisões judiciais erradas: o sistema de recursos (ordinários e extraordinários), que vai reduzindo à medida que mais magistrados são chamados a pronunciarem-se sobre uma questão a possibilidade de erro.

É certo que este entendimento não é totalmente satisfatório, até porque existe a possibilidade de a revogação poder provir do próprio tribunal que proferiu a decisão questionada, “*quando isso seja admissível processualmente*”. Não há como sabemos, sistemas perfeitos. Não podem deixar de ponderar-se todos os interesses em conflito e encontrar um ponto de equilíbrio. Princípio a não esquecer, constitucionalmente consagrado, é o da irresponsabilidade dos juízes pelas decisões tomadas no exercício da função jurisdicional.

Afigura-se, pois, razoável e ponderado o caminho escolhido pelo legislador ao optar por uma formulação restritiva: somente são susceptíveis de engendrar responsabilidade para o Estado as decisões judiciais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto (artigo 13.º, n.º 1 do RRCEE), mais se exigindo, como pressuposto da admissibilidade do pedido indemnizatório, que a decisão em causa haja sido revogada pelo tribunal competente (artigo 13.º, n.º 2 do RRCEE).

8. Do dano indemnizável

O citado normativo nada se diz quanto á gravidade do dano que merece reparação, limitando-se a aludir a danos decorrentes de decisões manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto.

Assim, qualquer dano, seja qual for a respectiva gravidade, merece reparação.

Na falta de outro critério, os danos terão de ser apreciados à responsabilidade civil extracontratual. Em relação aos danos patrimoniais estabelece o artigo 562.º do Código Civil que «Quem estiver obrigado a reparar

um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação».

Daí que, como princípio geral quanto à indemnização exista o dever de se reconstituir a situação anterior à lesão, isto é, o dever de reposição das coisas no estado em que estariam, se não se tivesse produzido. Trata-se do princípio da reposição natural. Já a indemnização por outra forma, como seja em dinheiro, nos termos do artigo 566.º do Código Civil, ou em renda, prevista no artigo 567.º do Código Civil, tem carácter excepcional, embora seja a forma mais vulgar de indemnizar, por impossibilidade de reconstituir o estado anterior à lesão⁶⁴.

Assim, ao contrário do que ocorria com o Decreto-Lei n.º 48.051, que se afastava do princípio geral expresso no artigo 562.º do Código Civil, atinente à restauração natural, prevendo, antes o dever de indemnizar, a Lei 67/2007 adoptou o regime do Código Civil, estabelecendo o dever de reconstituir a situação anterior à lesão.

Relativamente aos danos não patrimoniais, rege o artigo 496.º, n.º 1, do Código Civil, que, na fixação da indemnização, deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito, sendo o montante da indemnização fixado equitativamente pelo tribunal, considerando o grau de culpabilidade do agente, a situação económica do lesado e as demais circunstâncias do caso (cfr. artigos 494.º e 496.º, n.º 3, do Código Civil). A questão de determinação do montante do dano é uma questão de justiça material do caso. Em termos técnicos, é um problema de equidade que a nossa lei admite como fonte de direito.

Cabe, ainda, referir, que o artigo 496.º do Código Civil não enumera os casos de danos não patrimoniais que justificam uma indemnização, limitando-se a dizer que estão abrangidos os danos que, pela sua gravidade, merecem a tutela do direito, cabendo, pois, ao tribunal, casuisticamente, decidir se o dano é ou não merecedor da tutela jurídica. Como refere Antunes Varela, a gravidade do dano há-de medir-se por um padrão objectivo, ainda que a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso e não à

⁶⁴ LIMA, Pires de/VARELA, João Antunes – *Código Civil Anotado*, Volume I, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, p. 576.

luz de factores subjectivos, fruto de uma particular sensibilidade e o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado⁶⁵.

9. Da acção de indemnização por erro judiciário: tribunal competente

Em causa o tribunal competente para peticionar a indemnização contra o Estado por erro judiciário.

Os tribunais administrativos têm competência para o julgamento das acções de responsabilidade por facto materialmente administrativo cometido no âmbito da função jurisdicional — artigo 4º/1/g) e 3/a) do ETAF.

Esta afirmação, carece, contudo, de algumas considerações adicionais.

Em primeiro lugar, a jurisprudência do Tribunal de Conflitos não é pacífica, no que concerne à qualificação da natureza do acto *sub judice*. Com efeito, no Acórdão n.º 2/05, de 29 de Junho de 2005⁶⁶, decidiu que a não prolação de sentença por um juiz em prazo razoável constitui omissão do exercício da função jurisdicional, pelo que caberia aos tribunais comuns. Já no acórdão n.º 3/05, de 29 de Novembro de 2006⁶⁷, afirmou-se que só cabem na competência dos tribunais comuns os pedidos de responsabilização do juiz por acto emergente da função de julgar e não por qualquer função acessória, preparatória ou complementar do processo. Uma vez que estava em causa um pedido indemnizatório baseado em erros na comunicação de penhoras no processo executivo e venda de bens penhorados por negociação particular em vez de por carta fechada, como tinha sido ordenado pelo juiz, a competência pertencia aos tribunais administrativos, já que aqui existia *erro in procedendo*, não *in judicando*. E no Acórdão n.º 5/11 de 22 de Setembro de 2011⁶⁸, decidiu-se que, de acordo com o disposto no art. 4º, n.º 3, alínea a), do ETAF (aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19.2, alterada pela Lei n.º 10/D/2003, de

⁶⁵ VARELA, João Antunes, *Das obrigações em Geral*, Volume I, 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 628.

⁶⁶ Ac TConflitos n.º 2/05 de 29/6/2006, relator: Alberto Augusto Oliveira, www.dgsi.pt/jtconf

⁶⁷ Ac TConflitos n.º 2/05 de 29/11/2006, relator: Freitas Carvalho, Relator, www.dgsi.pt/jtconf

⁶⁸ Ac TConflitos n.º 5/11, de 22/9/2011, relator: Rui Manuel Pires Ferreira Botelho, www.dgsi.pt/jconf

31.12) fica excluída do âmbito da jurisdição administrativa e fiscal «a apreciação das acções de responsabilidade por erro judiciário cometido por tribunais pertencentes a outras ordens de jurisdição, bem como as correspondentes acções de regresso». Conclui, o citado aresto, que os tribunais comuns são competentes para apreciarem uma acção com fundamento em responsabilidade civil extracontratual do Estado que tem “como causa de pedir, em matéria de ilicitude, actos praticados por Magistrados do M^o P^o e Judiciais, Órgãos de Policia Criminal, Inspeção Geral de Jogos, por terem ordenado e efectuado buscas e apreensão de bens, autorizadas pelo Juiz de Instrução Criminal.

Tentou o Tribunal de Conflitos tentou fixar um critério delimitador, ainda que abrangente. Assim, do sumário do acórdão 0340, de 21 de Março de 2006⁶⁹, consta o seguinte:

«I - O critério para a repartição de competência entre tribunais administrativos e tribunais judiciais para conhecimento de acções de responsabilidade civil extracontratual do Estado por factos ocorridos no domínio da actividade dos tribunais passa pela distinção entre os casos em que a causa de pedir é um facto ilícito imputado a um juiz no exercício da sua função jurisdicional (na sua função de julgar), hipótese em que serão competentes os tribunais judiciais, e os casos em que a causa de pedir é um facto ilícito imputado a um órgão da administração judiciária (ou a este serviço globalmente considerado, quando não seja individualizável a responsabilidade de um concreto agente dessa administração - falta do serviço), no exercício da actividade estranha à função de julgar, hipótese em que serão competentes os tribunais administrativos.

II - Tendo a autora fundado o pedido de indemnização contra o Estado, em alegados danos provocados pela actuação negligente dos serviços do Tribunal, ao emitirem mandado de notificação para a sua comparência, como arguida no julgamento de um processo-crime por emissão de cheque sem provisão, quando não era a verdadeira arguida e constavam no processos elementos identificativos desta, a competência para conhecer da dita acção cabe à jurisdição administrativa».

⁶⁹ Ac. TConflitos n^o 0340 de 21 de Março de 2006, relator: Fernanda Xavier, www.dgsi.pt/jconf

Como afirma Carla Amado Gomes⁷⁰, «o critério de aferição deverá ser, em nosso entender, o da conexão material com a decisão. Ou seja, actos (e omissões) materiais e mesmo jurídicos preparatórios, acessórios, complementares e de mera execução da sentença/acórdão, não expressam o cerne da função jurisdicional, não devendo ser atraídos para a noção de erro judiciário e com isso para a alçada do tribunal comum. Ao contrário, todos os actos jurídicos, praticados pelo(s) juiz(es) da causa que condicionarem o sentido e conteúdo da decisão final ou de decisões interlocutórias deverão ser considerados expressão da função jurisdicional *stricto sensu* e como tal considerados para efeitos de apuramento de responsabilidade e do tribunal competente.

Note-se que a desqualificação como acto jurisdicional *stricto sensu* tem efeitos não só a nível da fixação da jurisdição como da submissão ao regime do artigo 12º, provocando responsabilidade do Estado por falta leve (ao contrário do que sucederia nos termos do artigo 13º/1 da Lei 67/2007). É o que acontece, ao que julgamos, quanto aos relatórios de peritos: em si mesmos, se reflectirem uma deficiente avaliação técnica e ainda que possam contribuir para o sentido da decisão, são actos materiais; logo, geram responsabilidade dos seus autores por facto ilícito ou, se a falta for leve, responsabilidade do Estado ao serviço de quem intervieram no processo».

Cabe ainda realçar que o referido artigo 4º/1/g) e 3/a) do ETAF, não exclui da jurisdição administrativa as acções de responsabilidade contra o Estado e/ou funcionários/juizes/magistrados do Ministério Público dos tribunais por atraso na justiça ou por qualquer outra manifestação de actividade administrativa no seio da actuação dos tribunais. A competência dos tribunais administrativos só está excluída quando esteja em causa as acções de responsabilidade contra magistrados que envolvem erro judiciário e se reportem a juizes de outra jurisdição que não a administrativa.

⁷⁰ GOMES, Carla Amado - *A responsabilidade civil do Estado por actos materialmente administrativos praticados no âmbito da função jurisdicional no quadro da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*, VI Encontro Anual, C.S.M, Tomar, Conselho Superior da Magistratura, Setembro de 2009, www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jc_MA_5351.doc.

Assim se decidiu, no acórdão da Relação de Coimbra de 23 de Fevereiro de 2011⁷¹, que a acção, visando a apreciação da responsabilidade civil extracontratual de um juiz decorrente do proferimento por este, no acto de inquirição de uma testemunha durante o julgamento em acção cível, de uma expressão apresentada como desprimorosa para essa testemunha (aqui demandante), refere-se à apreciação da responsabilidade civil extracontratual de um titular de um órgão do Estado (órgão de soberania tribunais).

Neste caso, a competência material para o julgamento dessa acção corresponde à jurisdição administrativa, nos termos do artigo 4º, nº 1, alínea *h*), do ETAF, não funcionando, relativamente a uma tal acção, o elemento descaracterizador da competência da jurisdição administrativa (relativamente a incidências de processos julgados na jurisdição comum), previsto na alínea *a*) do nº 3 do artigo 4º do ETAF, traduzido em estar em causa um “erro judiciário”. Tal “erro judiciário”) pressupõe que o facto gerador da responsabilidade se expresse numa “decisão”, não numa afirmação lateral e desgarrada de qualquer suporte decisório.

10. Da responsabilidade dos magistrados: direito de regresso

O exercício do direito de regresso, nos casos em que este se encontra previsto na presente lei, é obrigatório, como decorre do disposto no artigo 6º do RRCEE, sem prejuízo do procedimento disciplinar a que haja lugar.

Sempre que satisfaçam qualquer indemnização, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público gozam de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários os agentes responsáveis, competindo aos titulares de poderes de direcção, de supervisão, de superintendência ou de tutela adoptar as providências necessárias à efectivação daquele direito, sem prejuízo do eventual procedimento disciplinar (artigo 8º, nº 3 do RRCEE).

Já quanto aos magistrados a solução da lei é distinta.

Nos termos do artigo 14.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007, o Estado goza do direito de regresso contra os magistrados, sem prejuízo da responsabilidade

⁷¹ Ac. RC de 23/02/2011, Relator: Teles Pereira, in www.dgsi.pt/jtrc.

criminal em que possam incorrer, quando tenham agido com dolo ou culpa grave. De acordo com o n.º 2 do mesmo preceito, a decisão de exercer o direito de regresso sobre os magistrados cabe ao «órgão competente» para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça.

Nesta medida, quando os magistrados judiciais e do Ministério Público tenham agido com dolo ou culpa grave, o Estado goza de direito de regresso contra os mesmos e a culpa, neste caso, interessa para determinar a possibilidade de exercício desse direito de regresso.

10.1. As magistraturas e o direito de regresso

A primeira crítica que pode ser feita passa por aplicar o mesmo regime quer aos magistrados judiciais quer ao Ministério Público.

Os magistrados judiciais e do Ministério Público, apenas estão sujeitos ao exercício do direito de regresso por parte do Estado relativamente aos montantes indemnizatórios que hajam sido pagos em reparação dos prejuízos causados pelos respectivos actos quando tenham agido com dolo ou culpa grave.

Na verdade, quanto aos juízes existe a limitação decorrente do princípio constitucionalmente consagrado, da irresponsabilidade dos juízes pelas decisões tomadas no exercício da função jurisdicional (artigo 5º, nº 1, do Estatuto dos Magistrados Judiciais). Com efeito, os magistrados judiciais julgam apenas segundo a Constituição e a lei e não estão sujeitos a ordens ou instruções, salvo o dever de acatamento pelos tribunais inferiores das decisões proferidas, em via de recurso, pelos tribunais superiores (artigo 4º, nº 1, do EMJ). O dever de obediência à lei compreende o de respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trate de resolver hipóteses não especialmente previstas (artigo 4º, nº 2, do EMJ).

Só nos casos especialmente previstos na lei os magistrados judiciais podem ser sujeitos, em razão do exercício das suas funções, a responsabilidade civil, criminal ou disciplinar (artigo 5º, nº 2, do EMJ). Fora dos casos em que a falta constitua crime, a responsabilidade civil apenas pode ser efectivada mediante

acção de regresso do Estado contra o respectivo magistrado, com fundamento em dolo ou culpa grave (artigo 5º, nº 3, do EMJ).

Perante as normas transcritas, já se vê como se torna difícil e delicado avaliar acerca da existência de um erro cometido em acto jurisdicional e da sua relevância enquanto facto gerador de responsabilidade civil. Manifestação essencial do princípio da independência é a autonomia na interpretação do direito, ou, como refere o Gomes Canotilho, no exercício da jurisdição. Segundo este autor, «qualquer relação hierárquica no plano da organização judicial não poderá ter incidência sobre o exercício da função jurisdicional. A existência de tribunais de hierarquia diferente e a consagração de órgãos de disciplina (Conselhos Superiores) também não perturba o princípio da independência do juiz no exercício da *jurisdictio* (Cfr. Ac. TC 257/98)»⁷².

Já o MºPº não se rege pelos mesmos princípios. Estamos perante uma magistratura hierarquizada, que goza de autonomia, o que não significa independência. Em bom rigor mostra-se duvidoso que os actos praticados pelos magistrados do Ministério Público, possam ser qualificados como jurisdicionais⁷³, pelo que, praticando actos administrativos, deveriam cair na regra geral da responsabilidade civil e os litígios deveriam ser apreciados pelos tribunais administrativos. Aliás, mesmo no que se reporta actos por estes praticados no âmbito da acção penal, é discutível que tais actos possam ser qualificados como jurisdicionais.

Afigurar-se-ia, mais razoável que a responsabilidade civil do Ministério Público, no exercício das suas funções, ficasse abrangida pelo regime geral.

Mas ainda que se aceite a jurisdicionalidade dos actos praticados pelo Ministério Público no âmbito do inquérito e da instrução, a responsabilidade do Estado circunscrever-se-á às decisões manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto. Todas as demais actuações, que não se resolva numa decisão penal com os contornos supra mencionados, como por exemplo, atraso

⁷² Neste sentido, CANOTILHO, Gomes/Vital Moreira, Constituição, op. cit. pág. 795

⁷³ Parecer do MºPº Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro de 2007 – Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas

na prolação de despacho penal, intervenção cível, ou laboral, será susceptível de responsabilizar civilmente o Estado, na hipótese de o magistrado haver agido com negligência.

O certo é que independentemente da qualificação das decisões dos magistrados do Ministério Público, como jurisdicionais, ou não, prevalecerá sempre a regra contida no artigo 14º, tal como ocorre relativamente aos magistrados judiciais, ou seja, os magistrados não podem ser directamente responsabilizados pelos danos decorrentes dos actos que pratiquem no exercício das respectivas funções e o Estado goza de direito de regresso contra eles, apenas na hipótese de terem agido com dolo ou culpa grave.

10.2. Exercício do direito de regresso: pressupostos

Nos termos do disposto no artigo 14º da Lei 67/2007, a responsabilização dos Magistrados Judiciais e do Ministério Público – que pressupõe uma actuação dolosa ou com culpa grave por partes destes – apenas poderá ser efectivada após a condenação do Estado e em sede de direito de regresso.

O legislador manteve assim o princípio geral de que não é possível responsabilizar directamente os magistrados pelos danos causados no exercício das suas funções, isto é, não estamos perante um regime de responsabilidade solidária.

Na “Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 56/X” que foi apresentada à Assembleia de República, pode ler-se o seguinte:

«Avança-se, por outro lado, no sentido do alargamento da responsabilidade civil do Estado por danos resultantes do exercício da função jurisdicional, fazendo, para o efeito, uma opção arrojada: a de estender ao domínio do funcionamento da administração da justiça o regime da responsabilidade da Administração, com as ressalvas que decorrem do regime próprio do erro judiciário e com a restrição que resulta do facto de não se admitir que os magistrados respondam directamente pelos ilícitos que cometam com dolo ou culpa grave, pelo que não se lhes aplica o regime de responsabilidade solidária que vale para os titulares de órgãos, funcionários e agentes administrativos, incluindo os que prestam serviço na administração da justiça».

E, especificamente no que tange ao erro judiciário, refere-se o seguinte:

«No que se refere ao regime do erro judiciário, para além da delimitação genérica do instituto, assente num critério de erro de direito ou na apreciação dos pressupostos de facto, entendeu-se dever limitar a possibilidade de os tribunais administrativos, numa acção de responsabilidade, se pronunciarem sobre a bondade intrínseca das decisões jurisdicionais, exigindo que o pedido de indemnização seja fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente».

Ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar compete a decisão de exercer o direito de regresso sobre os magistrados cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar. Os magistrados, tanto judiciais como do Ministério Público, são disciplinarmente responsáveis pelos actos omissões, ainda que meramente culposos, da sua vida pública ou que nela se repercutam, incompatíveis com a dignidade indispensável ao exercício das suas funções competindo ao Conselho Superior da Magistratura a instauração de procedimento disciplinar contra magistrados judiciais e ao Conselho Superior do Ministério Público a instauração de procedimento disciplinar contra magistrados do Ministério Público⁷⁴.

Quanto à iniciativa da decisão de exercer o direito de regresso, o artigo 14.º, n.º 2 do RRCEE tem levantado algumas dúvidas, sobretudo, em conjugação com o artigo 6.º, que estatui ser obrigatório o exercício do direito de regresso, e determinando o n.º 2 que «a secretaria do tribunal que tenha condenado a pessoa colectiva remete certidão de sentença, logo após o trânsito em julgado, à entidade ou às entidades competentes para o exercício do direito de regresso», o que parece significar que o legislador não quer que fique esquecido o exercício do direito de regresso⁷⁵.

O n.º 2 do art. 14.º do RRCEE faz caber a decisão de exercer o direito de regresso sobre os magistrados “ao órgão competente para o exercício do poder

⁷⁴ Vide artigos 81.º e 82.º do Estatuto dos magistrados Judiciais e artigos 161.º e 162.º do Estatuto do Ministério Público. Para os magistrados judiciais que exercem funções nos Tribunais Administrativos e Fiscais, o seu Conselho Superior goza de idêntica competência (artigo 74.º, n.º 2 do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF).

⁷⁵ Neste sentido, FONSECA, Guilherme da - *A responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional*, op. citada.

disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça”. Neste caso, o exercício do direito de regresso é objecto de ponderação e está na dependência da decisão do Conselho Superior da Magistratura (CSM) ou do Conselho Superior do Ministério Público (CSMP), não se aplicando a regra geral da obrigatoriedade do seu exercício.

Questão que poderia colocar-se é a de saber se, quando o Ministro da Justiça toma a iniciativa junto do respectivo Conselho Superior, este órgão fica vinculado ao exercício do direito de regresso, isto é, se basta a iniciativa do Ministro da Justiça no sentido de o Conselho Superior exercer o direito de regresso sobre o magistrado para que ele tenha de decidir necessariamente pela instauração da acção de regresso.

Elizabeth Fernandez⁷⁶ defende que a decisão de exercer o direito de regresso sobre os magistrados que cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministério Público, é uma decisão vinculada, isto é, o órgão que exerce o poder disciplinar sobre os magistrados não pode em caso de condenação definitiva do Estado por erro judiciário deixar de exercer o direito de regresso sobre o magistrados autor daquela decisão.

Afigura-se não ser correcta esta orientação e a iniciativa do Ministro da Justiça não pode, por si só, desencadear o exercício do direito de regresso. O que resulta da lei é que a decisão de exercer o direito de regresso sobre o magistrado cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar. Nesse órgão radica, pois, o poder de decidir se, no caso concreto, é de instaurar a acção de regresso. Não que se defenda que os órgãos com competência disciplinar (Conselho Superior da Magistratura, Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais e Conselho Superior do Ministério Público) têm um poder discricionário. Contudo, assiste-lhes a possibilidade de, fundamentando a decisão, colegial, decidirem que, no caso concreto, não se justifica e não deve ser exercido o direito de regresso sobre o magistrado.

Embora esta solução legal venha suscitando algumas perplexidades, princípios como a independência e a irresponsabilidade dos juizes pelas decisões judiciais que tomem e a independência dos órgãos com competência

⁷⁶ Fernandez, Elizabeth, *Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações*, op. citada.

disciplinar, exigem que, pelo menos quanto aos magistrados judiciais, se apliquem as restrições previstas na norma. Não pode olvidar-se que poder judicial é soberano, e que os magistrados judiciais não são funcionários públicos. A independência do poder judicial exige que quem julga esteja o mais possível protegido de factores de pressão e encare os actos de julgar e decidir de forma responsável, mas sem medo de julgar e de decidir.

Caso se entendesse que bastava a iniciativa do Ministro da Justiça junto do respectivo Conselho Superior para a instauração da acção regresso, então a decisão de exercer o direito de regresso passaria a radicar no próprio Ministro da Justiça, que, nesse caso, estaria a utilizar os Conselhos Superiores como a sua *longa manus*, como meros instrumentos ao seu serviço, o que seria inadmissível num Estado de Direito⁷⁷. Outro entendimento permitiria ao Ministro da Justiça a iniciativa, para provocar a decisão daquele órgão e poderia conduzir a uma forma de pressão sobre os Conselhos Superiores e a uma ingerência nas suas competências.

No caso de o Ministro da Justiça sugerir aos respectivos Conselhos Superiores a instauração da acção de regresso, estes deverão sempre deliberar sobre se a acção deve ser, ou não, intentada.

Ademais, os conselhos superiores das magistraturas terão, em princípio, conhecimento das acções em que o Estado é condenado no pagamento de alguma indemnização, em virtude de acções que se relacionem com a administração da justiça em geral, ou por erro judiciário. Estando, como resulta do citado artigo 6º do RRCEE, a secretaria do tribunal onde o Estado foi condenado obrigada a remeter certidão da sentença, após o respectivo trânsito em julgado, à entidade ou às entidades competentes para o exercício do direito de regresso, no caso os Conselhos Superiores da Magistratura Judicial e do Ministério Público, estes devem iniciar os procedimentos conducentes à decisão sobre se é de avançar, ou não, com a acção de regresso.

O que não se pode ceitar é que ao Ministro da Justiça caiba a iniciativa de accionar a decisão de exercer o direito de regresso, que aos Conselhos Superiores das Magistraturas cabe exercitar necessariamente, logo que

⁷⁷ COSTA, Emídio José da/COSTA, Ricardo José Amaral da, op. cit., p. 192-193.

recebam a certidão, com nota de trânsito, da sentença condenatória.

10.3. Da decisão de exercer o direito de regresso

Como se referir, só quando o magistrado agiu como dolo ou culpa pode haver lugar à acção de regresso. Por isso, se na decisão que condenou o Estado não se apurou o dolo o grave do magistrado, não deve ser promovido o direito de regresso.

Porém, se em numa decisão se considerar a existência de dolo ou culpa grave do magistrado, então, o respectivo Conselho Superior, não pode deixar de desenvolver as diligências necessárias que lhe permitam tomar decisão fundamentada sobre a pertinência ou não do exercício do direito de regresso, na medida em que esse exercício não pode ser discricionário⁷⁸.

Mesmo quando a decisão, que condenou o Estado a pagar a indemnização, tenha concluído pela existência de dolo ou culpa grave do magistrado, isso não impõe o exercício automático do direito de regresso. O que o legislador pretende, com o n.º 2 do artigo 14.º é exactamente o contrário, ou seja, que a decisão de avançar, ou não, com a acção de regresso cabe sempre ao respectivo conselho superior que irá analisar todo o circunstancialismo do caso, a natureza da infracção, a culpa do magistrado, seu passado disciplinar, as anteriores classificações de serviço, a repercussão da falta cometida pública e os danos causados a terceiros e ao Estado.

Ademais, a decisão de avançar com a acção de regresso deve ser devidamente ponderada. Não parece possível estabelecer critérios gerais nesta matéria, cabendo aos Conselhos Superiores definir, em cada caso, os critérios que devem ter presentes para decidir sobre o exercício do direito de regresso, sendo certo que, definidos os critérios, então devem ser aplicados em todos os casos similares que se seguirem.

Compreende-se que o direito de regresso possa vir a ser exercido contra magistrado que actuou dolosamente, quer a sua actuação constitua, ou não, algum ilícito penal, mas já não seria aceitável que o exercício desse direito

⁷⁸ COSTA, José Manuel Cardoso da, op. cit., p. 167.

prossiga, por exemplo quando essa actuação for fortemente condicionada pelas más condições do exercício da função, para mais se se tratar de uma única falta ao longo de uma longa carreira. Ao Estado cabe proporcionar os meios e as condições para o magistrado exercer com dignidade as suas funções, proporcionando-lhe meios materiais e também tendo em conta um volume de trabalho razoável, sendo certo que as mais das vezes o volume processual distribuído vai para além do que é recomendável e razoavelmente exigível. Se o magistrado comete alguma falta relacionada com a falta de tempo para estudo aprofundado de determinada causa ou com atrasos em alguns processos, não se concebe que contra ele venha a ser exercido o direito de regresso, já que, neste caso, responsáveis pela falta ou omissão são, nesse caso, tanto o magistrado como o próprio Estado, que não facultou àquele os meios indispensáveis para o exercício do cargo⁷⁹.

Em suma, a decisão sobre o exercício do direito de regresso deve ser devidamente ponderada e fundamentada, tendo em consideração todos os factores relevantes que rodearam o exercício da função pelo magistrado.

Pode, em todo o caso, o magistrado em causa impugnar contenciosamente a decisão do Conselho Superior em avançar com a acção de regresso, o que, de todo o modo, não lhe dá as mesmas garantias que um julgamento.

Em qualquer caso, mesmo que a decisão do Conselho Superior passe pelo exercício do direito de regresso contra o magistrado com fundamento em actuação dolosa, esse juízo do Conselho Superior sobre a sua culpa do magistrado não é definitivo, já que este pode, no âmbito da acção de regresso, lograr provar que essa imputação da culpa é insubsistente. É na acção de regresso que lhe venha a ser movida, que o magistrado pode exercer de forma cabal todo o direito de defesa que lhe assiste, já que, na acção de indemnização movida contra o Estado, o juiz não é parte.

Decidido pelo órgão competente - Conselho Superior da Magistratura, Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais ou Conselho Superior do Ministério Público - que deve ser instaurada acção de regresso contra algum magistrado (Juiz ou do Ministério Público) esta acção segue a

⁷⁹ COSTA, Emídio José da/COSTA, Ricardo José Amaral da, op. cit., p. 197-198.

forma do processo especial consagrada no Título XIII, do Código de Processo Civil, sob a epígrafe «Da acção de indemnização contra magistrados» regulada nos artigos 967.º a 977.º do Código de Processo Civil aprovado pela Lei n.º 41/2013 de 28 de Junho. E, de acordo com o artigo 968.º do Código de Processo Civil, a respectiva acção deve ser proposta na circunscrição judicial a que pertença o tribunal em que o magistrado exercia funções ao tempo em que ocorreu o facto que serve de fundamento ao pedido.

CONCLUSÕES:

1 - No domínio da responsabilidade civil por facto praticado pelo Estado, na sua qualidade de sujeito de Direito Público, a regra que inicialmente vigorou e que chegou ao século XIX, nomeadamente em Portugal, foi a da irresponsabilidade jurídica do Estado e dos seus agentes.

2 - O Código Civil de 1867, conhecido como o Código de Seabra, integrava um Título dedicado à responsabilidade por perdas e danos causados por empregados públicos, no exercício das suas funções, sem excluir a responsabilidade dos juízes pelos seus julgamentos, as acções por crimes, abusos e erros de ofício dos juízes e a reparação devida ao réu absolvido em revisão de sentença criminal executada, conforme consta das epígrafes dos artigos 2401.º, 2402.º e 2403.º do citado diploma legal.

3 - Com o Decreto-Lei n.º 48051 de 21/11/1967, concretizou-se a integração de uma lacuna na definição de um regime vocacionado para a responsabilidade dos poderes públicos. Contudo, este desiderato apenas parcialmente viria a ser satisfeito, na medida em que se limitou a estabelecer o regime jurídico da responsabilidade civil por actos de gestão pública, desconsiderando a responsabilidade por outras funções do Estado que não a administrativa, designadamente a função jurisdicional.

4 - Ainda na vigência do Decreto-Lei n.º 48051 de 21 de Novembro de 1967, a generalidade da doutrina passou a propender para que o artigo 22.º da Constituição da República abrangesse não só a responsabilidade do Estado por danos resultantes do exercício da função administrativa, mas igualmente das funções legislativa e jurisdicional, por não conter quaisquer restrições.

5 - Com a Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, surge um novo regime de responsabilização do Estado num plano tríptico: administrativo, jurisdicional e legislativo. Tratou-se, por um lado e no plano interno, de dar efectividade plena ao artigo 22º da Constituição da República Portuguesa e, por outro lado e no plano externo, de ir ao encontro das exigências da jurisprudência comunitária no que toca à responsabilidade dos Estados-membros por violação do Direito Comunitário.

6 - O actual regime legal deu, finalmente, enquadramento à responsabilidade por erro judiciário, nos termos constantes do artigo 13.º do RRCEE, mesmo mantendo intocada a aplicação dos regimes especiais avulsa e, pela primeira vez, consagrou legalmente a responsabilidade civil por deficiente funcionamento da administração da Justiça, a pensar em factos só formalmente jurisdicionais, praticados *in procedendo* e não *in judicando*, remetendo parte substancial do seu regime para as normas da responsabilidade civil pela função administrativa do Estado (artigo 12.º do RRCEE).

7 - O erro judiciário equivale à ignorância ou falsa representação de uma situação de facto ou de direito existente à data da declaração de vontade, ou que existiu antes dessa declaração e que determina a formação da vontade declarada, podendo distinguir-se, à semelhança do direito civil, consoante o erro se reporte à pessoa, objecto da lide, ou aos motivos.

8 - O erro grosseiro é o que se revela indesculpável, intolerável, constituindo, enfim, uma “*aberratio legis*” por desconhecimento ou má compreensão flagrante do regime legal. Não se trata de erro ou lapso que afecta a decisão mas não põe em causa a sua substância (“*error in iudicio*”).

9 - O erro grosseiro não se confunde com o lapso manifesto. Terá de se traduzir num óbvio erro de julgamento, por divergência entre a verdade fáctica ou jurídica e a afirmada na decisão, a interferir no seu mérito, resultante de lapso grosseiro e patente.

10 - A falta de celeridade - decisão não proferida “em prazo razoável” - deve ser aferida casuisticamente, na ponderação da dificuldade da causa, dos incidentes suscitados, da logística acessível ao magistrado, da necessidade de cumprimento estrito do formalismo da lei, da cooperação entre os julgador e

os diversos intervenientes processuais, da ponderação de soluções que evitem jurisprudência contraditória;

11 - A «revogação» da decisão danosa, exigida pelo n.º 2 do artigo 13.º, há-de ser naturalmente uma revogação definitiva, ou seja, constante de uma decisão transitada em julgado.

12 - O cidadão vítima do erro jurisdicional, não fica desprotegido, já que o nosso sistema jurídico comporta, para além do recurso ordinário, o recurso extraordinário de revisão, tanto na jurisdição processual civil (artigos 696.º e seguintes do actual Código de Processo Civil), como penal (artigos 449.º e seguintes do Código de Processo Penal), o qual constitui uma verdadeira válvula de segurança do sistema, permitindo a alteração do decidido mesmo após o transito em julgado da sentença.

13 - Nos termos do artigo 14.º da LREE qualquer que seja a natureza do acto praticado pelo magistrado, desde que no exercício da função jurisdicional, só responde a título pessoal quando lhe puder ser imputado dolo ou culpa grave e nunca directamente.

14 - O legislador optou por uma solidariedade restrita às relações internas, um patamar mínimo equivalente ao que a Lei Fundamental estabelece para os funcionários públicos (artigo 271.º/4 da CRP), aqui especialmente justificado em razão da garantia de independência e irresponsabilidade dos juizes (artigos 203.º e 216.º/2 da CRP, respectivamente).

15 - No que respeita a danos decorrentes de actos, materiais e jurídicos, de juizes e magistrados do Ministério Público, as acções de efectivação de responsabilidade propostas por particulares terão sempre por réu exclusivo o Estado, e só haverá regresso se ficar provada a culpa grave ou o dolo na acção ou omissão lesiva.

16 - Resulta do artigo 14.º, n.º 2 que a decisão de exercer o direito de regresso sobre o magistrado cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar. Nesse órgão radica o poder de decidir se, no caso concreto, é de instaurar a acção de regresso.

17 - No caso de o Ministro da Justiça sugerir aos respectivos Conselhos Superiores a instauração da acção de regresso, estes deverão sempre deliberar sobre se a acção deve ser, ou não, intentada.

18 - A decisão sobre o exercício do direito de regresso deve ser devidamente ponderada e fundamentada, tendo em consideração todos os factores relevantes que rodearam o exercício da função pelo magistrado.

19 - O magistrado em causa pode impugnar contenciosamente a decisão do Conselho Superior em avançar com a acção de regresso.

20 - Mesmo que a decisão do Conselho Superior passe pelo exercício do direito de regresso contra o magistrado, esse juízo do Conselho Superior sobre a sua culpa do magistrado não é definitivo, já que este pode, no âmbito da acção de regresso, demonstrar que essa imputação da culpa é insubsistente.

21 - A acção de regresso contra algum magistrado (Juiz ou do Ministério Público) segue a forma do processo especial prevista, sob a epígrafe «Da acção de indemnização contra magistrados» e regulada nos artigos 967.º a 977º do Código de Processo Civil aprovado pela Lei nº 41/2013 de 28 de Junho.

22 - De acordo com o artigo 968º do Código de Processo Civil, a respectiva acção deve ser proposta na circunscrição judicial a que pertença o tribunal em que o magistrado exercia funções ao tempo em que ocorreu o facto que serve de fundamento ao pedido. ■

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Manuel António Domingos de - *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, Almedina, Volume II, 1974.

- ANDRADE, Vieira de - A Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 137, nº. 3951, Jul.-Ago., 2008.

- CADILHA, Carlos Fernandes - *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra, 2008.

- CANOTILHO, Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 7.ª ed., 2013.

- CANOTILHO, Gomes - *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, Colimbra: Almedina, 1974.

- CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, I e II Volumes, Coimbra Editora, 2007 e 2010.
- CATARINO, Luís Guilherme, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça*, Coimbra, Almedina, 1999.
- CATARINO, Luís Guilherme – *Contributo para uma Reforma do Sistema Geral de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado: propostas acerca da impugnação por facto jurisdicional*, Revista do Ministério Público, Lisboa, nº. 88, Out.-Dez. 2001.
- COSTA, Emídio José da/COSTA, Ricardo José Amaral da – *Da Responsabilidade civil do Estado e dos Magistrados por danos da função jurisdicional*, Lisboa: Quid Juris, 2010.
- COSTA, José Manuel M. Cardoso da - *Sobre o novo regime da responsabilidade do Estado por actos da função jurisdicional* Revista Decana, nº 3954, Ano 138.
- COSTA, Salvador, *Carreira dos Juizes – Perspectivas de Futuro*, www.justicaindependente.net/search/newest.../Page-1.8-25.html, 2009.
- CAUPERS, João - *Notas sobre a responsabilidade civil do Estado*, www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jc_MA_5351.doc.
- DIAS, Nélia Daniel – *A Responsabilidade Civil do Juiz*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 28.
- FERNANDEZ, Elizabeth - *Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações*, Cadernos de Justiça Administrativa, nº 88, 2011.
- FONSECA, Guilherme da - *A responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional (em especial o erro judiciário)*, Julgar N.º 5, Maio – Agosto, 2008.
- GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias - *A Responsabilidade Civil do Estado e demais Pessoas Colectivas Públicas*, CES, disponível em www.ces.pt/download/570/RespCivil%20Estado.pdf.
- GOMES, Carla Amado - *A responsabilidade civil do Estado por actos materialmente administrativos praticados no âmbito da função jurisdicional no quadro da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*, Tomar, Conselho Superior da Magistratura, Setembro de 2009, www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jc_MA_5351.doc.
- LACERDA, Dimas de - *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (alguns aspectos) in RMP*, ano 6.º, vol. 21, 1985.
- LECHUGA, Javier Jiménez - *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho Español, Una vision de conjunto*, Madrid, 1999.
- LEITÃO, Alexandra - *Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (f)actos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública - llicitude e presunção de culpa*, www.icjp.pt/sites/default/files/media/artigo-responsabilidade2.pdf.
- LIMA, Pires de/Varela, João Antunes - *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., revista com colaboração de MESQUITA, Henrique, Lisboa, 1987- PEREIRA, João Aveiro – *A Responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais*, Coimbra Editora, 2001.
- MEDEIROS, Rui, *Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos, Ensinar e investigar*, Porto: Universidade Católica Editora, 2005.

- MONCADA, Cabral de - *Filosofia do Direito e do Estado*, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

- PINTO, Mota – *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 3ª ed., 1999.

- QUADROS, Fausto de - *A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, Coimbra: Almedina, 2006.

- REIS, José Alberto dos – *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. VI, Coimbra: Coimbra Editora.

- SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de – *Responsabilidade Civil Administrativa - Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª edição, Lisboa, 2009, Dom Quixote.

- VARELA, João Antunes – *A Responsabilidade Pessoal dos Juízes*, RLJ, 129, nº 3873.

- VARELA, João Antunes, *Das obrigações em Geral*, Volume I, 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2000.

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal de Justiça

- de 6 de Maio de 1986, BMJ nº 357

- de 08/07/1997, Relator: Ribeiro Coelho, in CJSTJ, V, II

- de 31/03/2004, CJ/STJ 20044-I, 157

- de 12 /10/2000, Processo nº 2321/00, www.dgsi.pt/jstj

- de 11/11/2008, Processo nº 08B1747, www.dgsi.pt/jstj

- de 08/09/2009, Proc. 368/09.3YFLSB, relator: Sebastião Póvoas, www.dgsi.pt/jstj.

- de 03/12/2009, Relator: Moreira Camilo, www.dgsi.pt/jstj

Supremo Tribunal Administrativo

- de 7.7.88, relator: Valadas Preto www.dgsi.pt/jsta.

- de 7 de Março de 1989, relator: António Fernando Samagaio, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 123.º, n.º 3799.

- de 9 de Outubro de 1990 , *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 124, 3804

Tribunal de Conflitos

- nº 2/05 de 29/6/2006, relator: Alberto Augusto Oliveira, www.dgsi.pt/jtconf

- nº 2/05 de 29/11/2006, Relator: Freitas Carvalho, www.dgsi.pt/jtconf

- nº 5/11, de 22/9/2011, relator: Rui Manuel Pires Ferreira Botelho, www.dgsi.pt/jtconf

- nº 0340 de 21 de Março de 2006, relatora: Fernanda Xavier, www.dgsi.pt/jtconf

Tribunal da Relação de Coimbra -Ac.23/2/2011, relator: Teles Pereira www.dgsi.pt/jtrc.

Procuradoria Geral da República

- Parecer do M^oP^o Lei n^o 67/2007, de 31 de Dezembro de 2007 – Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, www.dgsi.pt/pgrp

- Parecer n^o 12/92 de 30-03-1992, relator: Salvador da Costa, www.dgsi.pt/pgrp

Fátima Galante

Juíza Desembargadora
Doutoranda em Direito (Ciências Sociais).



ACESSO À INTERNET

O AVANÇO SOCIAL DO ACESSO À INTERNET E A IMPORTÂNCIA DA SUA REGULAMENTAÇÃO

Carlos Filipe Amaral dos Santos

Advogado

RESUMO:

O direito de acesso à internet, tem nos últimos tempos criado diversas discussões pelo mundo do que diz respeito a sua importância e necessidade. Diversos trabalhos e organizações concluíram que a internet é crucial para um bom desenvolvimento social e intelectual. Com o mundo globalizado em que vivemos não ter internet é ser privado de alguns dos seus grandes benefícios como por exemplo acesso a informações, bancos, fóruns de discussões entre outras coisas.

A humanidade então, passa a se tornar cada dia mais dependente dessa tecnologia, e a falta dela gera severos danos, pois além de um espaço de democratização do conhecimento e formação intelectual a internet é um campo de oportunidades igualitárias. Apesar de tantos benefícios e de sua crescente aderência pelo mundo, os Estados ainda precisam trabalhar em grandes programas sociais para levar a internet aos locais mais remotos.

PALAVRAS-CHAVE: Internet, direitos fundamentais, democracia, desenvolvimento social, intelectual.

ACESSO À INTERNET

O AVANÇO SOCIAL DO ACESSO À INTERNET E A IMPORTÂNCIA DA SUA REGULAMENTAÇÃO

Carlos Filipe Amaral dos Santos

Advogado (Brasil)

Introdução

É indiscutível que a internet tenha mudado o sistema de comunicação e aquisição de informação do mundo todo. A internet revolucionou o modo como vemos o mundo e criou um sistema muito mais democrático e significativo no que diz respeito as relações sociais.

A internet vai surgir em 1969 como um projeto da agência norte-americana Advanced Research and Projects Agency, com objetivo de conectar computadores dos seus departamentos de pesquisa. Nos anos 70 e 80 a internet toma um novo rumo, com a ajuda de algumas agências a DARPA criou o TCP/IP que até hoje são usados como protocolos de internet.

Logo no início dos anos 80 entrou no ar a primeira grande rede com base do TCP/IP, nascendo assim em 1985 a National Science Foundation Network, que era um conjunto de redes universitárias interconectadas em 56 kilobits por segundo.

Foi só em 1988 que a internet começou a se popularizar e continua crescendo até os dias atuais. Pesquisas feitas por sites como UOL, Tecmundo

e IBOPE, mostram o crescimento alavancado da internet no Brasil. Em Portugal não é diferente, como relata os sites notícias ao minuto¹ e sapo tek².

Esse crescimento que se dá ao longo do mundo inteiro tem um fator social muito importante, inclusive no que se diz respeito a produção e circulação de riquezas.³

Em suma a internet trouxe grandes benefícios, mas a sua falta ou o uso inadequado pode trazer grandes danos.

1. O acesso à internet como meio de socialização

O dicionário jurídico de Deocleciano Torrieri Guimarães, diz que acesso significa aproximação, chegada, passagem, trânsito. Hoje, vivemos na sociedade da informação, a onde o número de informações cresce constantemente, nesse ambiente de novas tecnologias temos como uma das suas principais características o crescente desenvolvimento humano através do acesso a informação. Assim o conhecimento acadêmico e profissional vem cada dia mais sendo exigido como elemento de destaque social.

Desse modo vivemos em uma era única na sociedade humana, como ensina Castells “pela primeira vez na história da humanidade, a mente humana é uma força direta de produção, não apenas um elemento decisivo no sistema produtivo” (Castells, 1999, p. 51)⁴.

O papel importante que se atribui a tecnologia, é devido a valorização da informação. Dessa forma a democratização da informação é crucial para a existência de uma sociedade mais justa e igualitárias. O acesso à internet pelas

¹ O Crescimento dos acessos a Internet nos Smartphones e tablets- Disponível em <<http://www.noticiasao minuto.com/tech/114446/o-crescimento-dos-acessos-a-internet-nos-smartphones-e-tablets>> Acesso em: 10 de Agosto de 2015.

² Portugueses cada vez mais acedem a internet através do smartphone Disponível em: <http://tek.sapo.pt/noticias/internet/artigo/portugueses_cada_vez_mais_acedem_a_internet_atraves_do_smartphone-43122tjz.html> Acesso em: 10 de Agosto de 2015.

³ Segundo a Empresa E-Bit o Faturamento do Comércio Eletrônico em 2013 foi de 28,8 bilhões de reais.(€ 664 milhões).

⁴ CASTELLS, Manuel. (1999) “A sociedade em rede – a era da informação: economia, sociedade e cultura”. São Paulo: Paz e Terra, v. 1.

classes menos desfavorecidas colocam em suas mãos uma gama gigantesca de informações gerando assim uma gama de possibilidades e de conhecimento sobre todas as áreas e processos científicos.

Dessa forma o acesso à internet é crucial para a socialização, uma vez a internet hoje é o único meio de comunicação que tem uma interatividade tão elevada capaz de não só trazer a informação, mas também criar estruturas para alavancar o crescimento humano. Assim a tecnologia tem como escopo reduzir distâncias, dando ao homem, acesso as informações que talvez nunca teria oportunidade de ter, se não fosse através da internet.

O acesso à internet deixou de ser “luxo”, para se tornar processo de democratização da informação e do conhecimento. Além de trazer inúmeras oportunidades de conhecimento, a internet trás também uma alavancagem social, na medida que coloca o cidadão como protagonista da informação, podendo opinar, discutir e balizar seus conhecimentos com outros cidadãos criando assim um fluxo de interação social, compartilhamento de informações e discussões sobre diversos assuntos gerando assim mais reflexão e crescimento intelectual na sociedade.

Com tantos benefícios, qualquer um pode supor que uma tecnologia tão avançada dentro de escolas, ajudariam os alunos para que cada dia mais tenham benefícios intelectuais. Acontece que grande parte dos educadores não possuem tal conhecimento, ou seja, não sabem usar um computador ou qualquer outro dispositivo com acesso à internet. Com isso a educação fica limitada ao século passado, trazendo prejuízos na formação. A boa notícia é que apesar de ainda existir resistência por uma boa parte dos educadores, a sua grande maioria sabe da valorização e da importância da internet na formação acadêmica, de tal forma que cada vez mais , a internet tem se tornado meio de inclusão social e formação nas escolas.

Assim ensina Howard Gardner e Pierre Levy, citados por Luis Carlos Leopoldo Mercado⁵: «Uma teoria de aprendizagem com auxílio das novas tecnologias, utilizadas como ferramenta, é construtivista no sentido de oferecer subsídios para analisar como os conhecimentos dos alunos, baseados nos

⁵ L. P. L. Mercado, “Formação continuada de professores e novas tecnologias”, Maceió: Inep, p. 58, 1999.

conceitos e estruturas mentais elaborados através da interação destes com o ambiente telemático, considera o conhecimento em rede. Para conhecer é preciso educar numa visão de totalidade, integrando o pessoal, o grupal e o social [...] Neste aspecto, as contribuições das redes telemáticas são fundamentais, ao permitirem a interação e a totalidade. As redes telemáticas utilizam a linguagem conceitual, falada e escrita, mais formalizada e racional; [...] facilitando e predispondo à aprendizagem».

1.1. A importância do acesso à internet no desenvolvimento intelectual

A escola tem por papel fundamental ser um elemento de desenvolvimento intelectual, colocando a pessoa em contato com um mundo rico em informações e desafiador. O uso de tecnologias como a internet, cria nas escolas um ambiente mais rico e promissor, sem contar que cria ainda um processo de democratização, uma vez que para muitas crianças o primeiro contato com a internet ocorre dentro das escolas. Nesse processo a criança e o adolescente deixa de ser mero espectador da informação e passa a interagir com ela, observar a sua dinâmica e buscar novas possibilidades e novas fontes de conhecimento.

Nesse sentido Lévy ensina a importância da tecnologia como modo de socialização, troca de conhecimento entre outras atividades:

Responsáveis por estender de uma ponta à outra do mundo as possibilidades de contato amigável, de transições contratuais, de transmissão do saber, de trocas de conhecimentos, de descoberta pacífica das diferenças, representando não apenas mais uma tecnologia da informação, mas um verdadeiro veículo de socialização. (Lévy (1999, p. 14)⁶

⁶ LÉVY, Pierre. (1999) "Cibercultura". São Paulo: Editora 34.

Podemos ainda ressaltar que simples conexão da escola com a internet não cria esse processo de cidadania. É preciso que a escola esteja intencionalmente provocando os desafios do conhecimento pela internet, criando por exemplo debates, fóruns e pesquisas, com objetivo de estimular o uso adequado dessa tecnologia. Sem contar que a ferramenta também é usada como meio de registro de informações e facilitação de sua transferência, como mostra Souza e Gitahy (2010, p.27)⁷:

As informações que vinham sendo transferidas de séculos a séculos por meio de recursos como a pedra, papiro, papel, giz, é hoje transmitida por meio de bits, códigos digitais, mensagens virtuais, e-mails; essa evolução tecnológica proporciona conhecimentos que também podem ser utilizados como recurso educacional no ambiente escolar

2. Programas governamentais para o acesso à internet

Segundo o site do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE)⁸ desde 1997, através da Portaria n° 522 do Ministério da Educação, o Brasil, tem instituído o programa ProInfo⁹, com a finalidade de promover o uso de tecnologias como ferramentas de enriquecimento pedagógico no ensino público fundamental e médio. Um pouco mais tarde, no ano de 2007 tivemos a criação do Decreto n° 6.300 que fez com que o ProInfo se tornasse o Programa Nacional de Tecnologia Educacional, tendo como objetivo promover o uso pedagógico das tecnologias de informação e comunicação nas redes públicas de educação básica. O governo brasileiro ainda possui vários outros programas como o Projeto um computador por aluno (UCA) e ainda Programa Banda Larga nas Escolas (PBLE). Mas, ainda

⁷ Souza, Janice. Gitahy, Raquel. (2010) "O uso da Internet como recurso para pesquisa". Paranaíba: Interfaces da Educação, v.1, n.1. Disponível em: < <http://periodicos.uems.br/index.php/interfaces/article/view/1570/164>> Acessado em: 12 Agosto de 2015

⁸Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – ProInfo- Brasil. Disponível em: <<http://www.fnde.gov.br/programas/programa-nacional-de-tecnologia-educacional-proinfo/proinfo-apresentacao>> Acesso em: 15 de Agosto de 2015.

⁹ ProInfo – Programa Nacional de Informática na Educação.

precisa avançar muito nesse quesito, tendo em vista que milhões de brasileiros ainda não possuem acesso à internet nem se quer dentro das escolas¹⁰.

Segundo a Agência para a Sociedade do Conhecimento¹¹, a situação em Portugal é bem mais animadora, vez que desde 2001 todas as escolas portuguesas possuem acesso à internet. Sendo o primeiro país europeu a ter todas as suas escolas conectadas. Além disso o governo português possui vários programas como por exemplo Computador para Estudantes, que desde 2005 facilita a aquisição de computadores por família com estudantes, e o Programa novas oportunidades que facilitou desde dezembro de 2005 a aquisição de computadores por adultos e jovens para auxiliar na sua formação , beneficiando 1,1 milhões de estudantes.

2.1 O acesso à internet como direito fundamental

Os direitos fundamentais foram surgindo gradativamente ao longo da história. Com isso, os doutrinadores começaram a dividir esses direitos em gerações. A doutrina mais moderna vai dizer que o termo “geração” não é o mais adequado, uma vez que dá idéia de substituição, cisão, rompimento com o avanço nos direitos fundamentais anterior, o que é uma clara inverdade, uma vez que os direitos fundamentais na verdade se complementam. Dessa forma, o termo mais adequado é “dimensão”.

Essas divisões em dimensões dos direitos fundamentais são meramente acadêmicas, uma vez que não é possível dividir na prática os direitos fundamentais, vez que eles se inter-relacionam. Podemos observar 3 dimensões clássica de direitos fundamentais, sendo elas liberdade(1.º dimensão), igualdade(2.º dimensão) e fraternidade(3.º dimensão).

Nesse Sentido Ingo Wolfgang Scarlet explica: «Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim

¹⁰ A Internet nas Escolas Públicas e Privadas. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/a-internet-nas-escolas/infografico/index.html>> Acesso em: 12 de Agosto de 2015

¹¹ Todas as Escolhas Públicas de Portugal acedem à Internet em Banda Larga . Disponível em : <http://www.umic.pt/index.php?option=com_content&task=view&id=2595&Itemid=86> Acesso em: 12 de Agosto de 2015

preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’.¹²

O direitos de primeira dimensão referem-se às liberdades negativas clássicas, é a passagem do Estado Absolutista para o Liberal. Consubstanciado na idéia de que o Estado deve ter uma atitude negativa, de abstenção com relação as liberdades individuais. Foi reivindicação da Burguesia, observada nas revoluções francesa e norte-americanas, no final do século XVIII. Esses direitos correspondem aos civis e políticos.

Assim ensina o Jorge Miranda¹³: «O Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado Liberal, assente na idéia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente (pela sua divisão) como externamente (pela redução do mínimo das suas funções perante a sociedade)».

É isso que sustentam, de seus pressupostos doutrinários e prismas próprios, os autores que o teorizam e propugnam: além de Kant e Adam Smith, Thomas Paine (Direitos do Homem), Madison (O Federalista), (...) Stuart Mill (Sobre a Liberdade, Sobre o Governo Representativo) e tantos outros (como, em Portugal, Silvestre Pinheiro Ferreira e Alexandre Herculano).

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 55).

¹³ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 47

Os direitos de segunda dimensão tem como o seu grande marco na Revolução Industrial (século XIX), na busca do proletariado por melhores condições de vida, reivindicando direitos sociais como alimentação, saúde, educação etc.

Assim diz Daniel Sarmiento¹⁴:

“As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O *Direito do Trabalho*, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade.”

Observamos então que os direitos de segunda geração, não se tratam de direitos negativos, mas sim positivos uma vez que exigem do Estado uma atuação, uma regulamentação dos direitos. Então esses direitos surgem para diminuir até certo ponto a desigualdade social trazendo garantias fundamentais principalmente para as classes menos favorecidas.

Os direitos de Terceira dimensão consagram o princípio da solidariedade e da fraternidade. Essa dimensão de direitos está mais atrelada a direitos transindividuais, uma hora da coletividade, outra hora de direitos difusos. Temos como exemplo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito a paz, a autodeterminação dos povos. Sobre esses direitos Paulo Bonavides¹⁵ ensina :

¹⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006, p. 19.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 569.

“Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.”

No que diz respeito aos direitos de quarta dimensão, sua existência é controvertida uma vez que parte da doutrina diz não existir essa dimensão de direitos e a outra parte se divide, uns como Noberto Bobbio dizem se referir a engenharia genética, enquanto outros como por exemplo Paulo Bonavides vai trazer a idéia de Democracia.

Paulo Bonavides¹⁶ “A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.”

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.

Muitos autores hoje defendem a existência de uma quinta geração de direitos, que seriam consubstanciados no direito a paz, como por exemplo Paulo Bonavides. O direito a paz surge na idéia de que na atualidade temos diversos conflitos sociais, religiosos entre outros, que muitas vezes culminam em guerras, atentados terroristas e outros movimentos que causam terror e pânico na população em geral. De tal forma que o direito a paz, tem ligação vertiginosa com a qualidade de vida e a até a dignidade.

Como ensina Vicente Paulo¹⁷ e Marcelo Alexandrino, os direitos fundamentais são uma categoria aberta, e por isso estão em constantes transformações

[...] fica patente serem os direitos fundamentais uma categoria aberta, pois incessantemente completada por novos direitos; e mutável, pois os direitos que a constituem têm alcance e sentido distintos conforme a época que se leve em consideração. Com isso, a enumeração dos direitos fundamentais na Constituição da República de 1988 não é fechada, exaustiva, podendo ser estabelecidos outros direitos fundamentais no próprio texto constitucional ou em outras normas.

Existe uma tendência mundial de aceitar a internet como direito fundamental, podemos observar isso no relatório-recomendação do Conselho de Direitos Humanos, que é um órgão das Nações Unidas.¹⁸ Nesse documento é mostrado a importância transformadora da internet e também a sua importância na socialização e construção de uma melhor sociedade permitindo aos usuários exercerem seu direito de opinião e expressão.

Segundo a Organização das Nações Unidas, impedir o acesso à internet viola o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Viola ainda o artigo 19 parágrafo segundo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

¹⁷ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 4ª. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 104.

¹⁸ A versão original em inglês na íntegra da carta da ONU encontra-se disponível no sítio da Comissão de Direitos Humanos em:

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2012.

Declaração Universal dos Direitos Humanos : Artigo XIX Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos: Artigo 19 - 2. Toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de procurar, receber e expandir informações e ideias de toda a espécie, sem consideração de fronteiras, sob forma oral ou escrita, impressa ou artística, ou por qualquer outro meio à sua escolha.

Dessa forma o professor polonês de direitos humanos e internacional Janusz Simonides ensina:

[...] os caminhos da informação só trazem resultados positivos quando são acessíveis. Atualmente, as diferenças e as desigualdades entre os países industrializados e os países em desenvolvimento estão se aprofundando. Já se pode notar um novo tipo de exclusão e pobreza: a exclusão da informação e a pobreza de informação.¹⁹

[...] construir uma sociedade da informação centrada no ser humano, inclusiva e orientada ao desenvolvimento, em que todos possam criar, consultar, utilizar e compartilhar a informação e o conhecimento para que as pessoas, as comunidades e os povos possam desenvolver seu pleno potencial na promoção de seu desenvolvimento sustentável e melhorar sua qualidade de vida, de acordo com os objetivos e princípios da Carta das Nações Unidas e respeitando e defendendo plenamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos.²⁰

Então, a internet não é só uma tecnologia mas, um “mundo” novo com estrutura social de tal forma que a interação e o compartilhamento da informação se torna equânime sendo independente de classes sociais, religião

¹⁹ SYMONIDES, Janusz (Org). Direitos Humanos: novas dimensões e desafios. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos. 2003. pg. 52-53.

²⁰ WORLD SUMMIT ON THE INFORMATION SOCIETY. Declaration of Principles. Building the Information Society: a global challenge in the new Millennium. 12 December 2003. Original: English. Tradução livre. Disponível em: <<http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop.html>>. Acesso em: 12 nov. 2012. Tradução livre.

ou qualquer outro fator. Assim a busca pelo acesso da internet vai muito além da simples busca pelo acesso de uma tecnologia, mas é a busca pela transformação social.

Conseguimos observar mais uma vez a internet como garantia fundamental, quando se fala em acesso as informações públicas. Ela passa a ser um veículo do cidadão para ter acesso as informações publicas e dos atos do Estado. Em suma, a internet também passa a ser um meio do cidadão exercer seu direito de fiscalizar o Estado.

3. A necessidade da regulamentação da internet

Como já falado aqui a internet revolucionou o modo de se viver trazendo mais dinâmica para a vida das pessoas, podendo ser usada como uma ferramenta de comunicação, estudo, democratização da informação entre outras utilidades. Acontece que como em todo o lugar, pessoas com más intenções usam a internet para cometer atos ilícitos. Muitas vezes, os atos ilícitos são atos necessariamente virtuais, ou seja, são atos que não podem ser cometidos, ou ao menos não daquela forma, no mundo real. De tal sorte que criminalizar certos atos específicos, bem como a regulamentação da internet sem sido cada dia mais uma necessidade de todos os países do mundo.

É importante ressaltar que a regulamentação da internet tem uma linha bem tênue entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade, uma vez que em países democráticos o direito a liberdade de expressão é garantida constitucionalmente, de tal forma que qualquer regulamentação que limitar ou cercear a liberdade de expressão e opinião certamente se torna inconstitucional. Assim observamos algumas constituições que asseguram a liberdade de expressão:

Constituição da República Federativa do Brasil

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

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Constituição da República Portuguesa

Artigo 37.º

Liberdade de expressão e informação

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.

2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.

Constituição dos Estados Unidos

Amendment 1 - Freedom of Religion, Press, Expression. Ratified 12/15/1791.

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances ²¹.

Os Estados cada dia mais estão regulamentando a internet no âmbito interno, o que é crucial para evitar impunidades dos ilícitos cometidos em seus territórios. Mas, o que aparenta é que apesar da regulamentação começar a surgir, certos Estados ainda estão poucos preparados para cumprir as normas estabelecidas punindo de fato que comete tais abusos.

A internet veio para ficar, e a tecnologia avança a passos largos a cada dia, Então é crucial que os países acompanhem a evolução tecnológica em todos os seus campos de atuação para evitar brechas legais e tecnológicas que possa

²¹ Emenda Constitucional - A R T I G O I - O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.

permitir que os abusos cometidos não sejam punidos por falta de regulamentação.

4. O acesso à internet em Portugal, no Brasil e no resto mundo

Segundo a OberCon²²-Observatório da Comunicação, o percentual de crescimento da internet em Portugal entre os anos de 2012 e 2013 foi bem pequeno. Na apuração de outros dados podemos observar os seguintes resultados:

“(…)número de acessos à Internet nos agregados domésticos em Portugal tem vindo a subir de forma regular nos últimos anos, tendo-se verificado, no entanto, entre 2012 e 2013 um aumento de apenas 0,2 pontos percentuais, dos 57,0% para os 57,2%. Em termos de tipos de ligação, os lares portugueses encontram-se ligados, na sua maioria, por Cabo (28,5%), Banda Larga ADSL (11,1%) e Fibra óptica (9,9%). Os inquiridos que dizem ser utilizadores de Internet são 55,2%, sendo que 38,3% nunca utilizaram este media e 6,5% dizem ter deixado de o utilizar em 2013. A maioria dos utilizadores de Internet portugueses utilizam a Internet diariamente (72,9%), mas apenas 38,5% acedem através de dispositivos móveis (telemóvel, smartphone ou tablet). A utilização de Internet é feita de forma equilibrada em termos de género (51,0% de utilizadores do género masculino e 49,0% do Feminino) mas não em termos de idade (a taxa de utilização decresce drasticamente com o aumento da idade dos inquiridos) e de escolaridade (a taxa de utilização sobe drasticamente com o aumento do grau de escolaridade). Quando questionados sobre que media seria mais difícil deixar de utilizar, os inquiridos do inquérito Sociedade em Rede 2013 colocam a Internet em terceiro lugar, atrás da televisão (43,9%) e do telemóvel (24,1%).

Quanto ao uso das mídias, a internet aparece em terceiro lugar, atrás da televisão e celular (telemóvel).

²² A Internet em Portugal – Sociedade em Rede 2014 – Disponível em: <http://www.worldinternetproject.net/_files/_Published/_oldis/338_internet_portugal_2014.pdf> Acesso em: 18 Agosto de 2015

Quando questionados sobre qual a actividade mediática que mais dificilmente deixariam de fazer, os Portugueses revelam, uma forte dependência mediática pela televisão (43,9%), pelo uso do telemóvel (24,1%, sendo que a taxa de incidência de segundo aparelho é bastante alta no país) e só depois pela Internet, que 15,3% dizem ser o media que mais dificilmente deixariam de utilizar. As restantes actividades mediáticas de que os Portugueses mais dependem são, por ordem decrescente, a audição de música (3,6%), a audição de rádio (2,9%), a leitura de livros (2,3%), o consumo de produtos de imprensa (1,5%) e o consumo de videojogos (0,7%). É de salientar, no entanto, que estas cinco categorias são sem dúvida aquelas que mais têm transitado, das mais variadas formas, para o formato online, pelo que muitos dos inquiridos contemplam, na categoria “Usar a Internet”, muitas destas práticas mediáticas que cada vez mais se encontram aglomeradas dentro de um grande media.

Já no Brasil, o site BBC.com²³ revela pesquisa do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) que em 2013 as regiões Sudeste(57%), Sul (53,5%) e Centro-Oeste (54,3%) registraram maiores percentuais de utilização da internet. Com relação a domicílios 48% tinham acesso à internet, são cerca de 31,2 milhões de residências.

A pesquisa ainda revela que a televisão tem um alcance muito maior, mesmo frente ao crescimento assustador da internet.

“Já a TV, diz o órgão, predomina em 97,3% dos domicílios do país (63,3 milhões). Desse total, 29,5% das residências tinham TV por assinatura, 31,2% possuíam sinal digital de TV aberta enquanto que 38,4% dependiam de antena parabólica”. Segundo as estatísticas do site registro.br²⁴, os domínios br registrados até a data de 03/09/2015 são de 3.704.141. O gráfico mostra ainda um crescimento assustador que vem se solidificando desde 1996.

²³ IBGE:Metade dos brasileiros estão conectados à internet;Norte lidera em acesso por celular – Disponível em:<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150429_divulgacao_pnad_ibge_lgb> Acesso em: 20 de agosto de 2015

²⁴ Estatística- Domínios registrados até o momento: Disponível em:< <https://registro.br/estatisticas.html>> Acesso em: 03 de setembro de 2015

Apesar da força predominante da televisão, os brasileiros passam mais tempo navegando na internet do que vendo televisão, conforme a Pesquisa Brasileira de Mídia assim sinaliza:

Maior levantamento sobre os hábitos de informação dos brasileiros, a Pesquisa Brasileira de Mídia 2015 (PBM 2015) confirma que brasileiros passam mais tempo navegando na internet do que assistindo TV. No entanto os dados mostram a televisão ainda como meio de comunicação predominante (maioria dos entrevistados diz assistir); o rádio continua o segundo meio de comunicação mais utilizado pelos brasileiros; e os jornais são os veículos mais confiáveis. Os dados foram apresentados pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República (Secom), nesta sexta-feira (19), no Palácio do Planalto.

Os usuários de internet ficam conectados, em média, 4h59 por dia durante a semana e 4h24 nos finais de semana, superior ao tempo médio que brasileiros ficam expostos ao televisor, respectivamente 4h31 e 4h14. Praticamente a metade dos brasileiros, 48%, usa internet. O percentual de pessoas que a utilizam todos os dias cresceu de 26% na PBM 2014 para 37% na PBM 2015. O hábito de uso da internet também é mais intenso do que o obtido anteriormente. De acordo com a pesquisa de 2014, o tempo médio conectado era 3h39 por dia durante a semana e 3h43 nos finais de semana.

Segundo a ONU, em 2013, 4,4 bilhões de pessoas no mundo inteiro não tinham acesso à internet, o que mostra que mesmo sendo muito popular e largamente usada em todas as culturas, grande parte da população mundial ainda não se beneficia dessa tecnologia. O estudo ainda tem uma lista com mais de 150 países mostrando dos mais avançados em TIC (Tecnologia da Informação e Comunicação) até os menos avançados nessa área.

Os cinco países mais avançados em TIC são respectivamente, Coreia do Sul, Suécia, Islândia, Dinamarca, Finlândia. Portugal ocupa a 36.^a posição e o Brasil a 62.^o.

O último país a ser citado na lista é Nigéria ocupando a 157.^a posição.

Podemos observar então que no Brasil, em Portugal e em todo o resto do mundo a internet tem crescido de forma assustadora, e tem se apresentado

como um meio de comunicação eficaz, levando cultura, entretenimento e educação para as pessoas ,mesmo ainda existindo países em que o acesso é limitado.

5. Desafios para a implementação ao acesso à internet

Existem diversos desafios para os Estados com relação a tecnologia , pois eles normalmente exigem programas de implementação, o que torna ainda mais complexo alcançar os níveis necessários para um bom desenvolvimento.

Aqui nesse artigo será explanado pequenos pontos específicos dos desafios enfrentados pelos governos.

A primeira questão a ser abordada se trata da implementação do acesso à internet em lugares ermos. Portugal não enfrenta esse problema, uma vez que todas as escolas portuguesas possuem conexão com a internet, dessa forma as crianças, adolescentes e até adultos podem desfrutar da internet nas escolas. Já no Brasil, a história é diferente , uma vez que existem regiões remotas que não possuem internet. E o problema não para ai, além do desafio do governo brasileiro de levar a internet para esses lugares, ele ainda precisa trabalhar na redução dos custos da internet uma vez que muitas pessoas não possuem acesso à internet devido ao seu elevado custo²⁵.

Seja por elevado custo da internet brasileira²⁶, seja por falta de infraestrutura, no Brasil temos 56% das residências ainda sem acesso à internet²⁷.

Esse desafio de democratizar a internet não é só do governo brasileiro, mas também muitos outros governos, pois 4,4 bilhões de pessoas sem acesso à

²⁵ FGV- Fundação Getúlio Vargas – Disponível em: <<http://www.cps.fgv.br/cps/bd/MID/Site/PanoDeFundo/Internet/Internet35.pdf>> Acesso em: 03 de setembro de 2015.

²⁶ Internet no Brasil é a 2ª mais cara do mundo, diz pesquisa - Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/internet-no-brasil-e-a-2a-mais-cara-do-mundo-diz-pesquisa>> Acesso em: 04 de setembro de 2015.

²⁷ 56% dos Lares, ainda não tem internet no Brasil –Disponível em: < <http://www.telesintese.com.br/56-dos-lares-ainda-nao-tem-internet-brasil/>> Acesso em 05 de setembro de 2015

internet²⁸. E pelo que parece esse numero vai demorar um pouco para reduzir, afinal o mundo tem problemas muito maiores para resolver do que o acesso a tal tecnologia.

Outro desafio que encontramos é a Educação Digital, que deve ter como foco a capacitação dos educadores²⁹ para uma melhor qualidade no ensino, e posteriormente a capacitação dos alunos, não só para aprenderem a fazer uso da tecnologia, mas principalmente a usá-la com qualidade e objetivando perseguir os caminhos do conhecimento.

Esse desafio talvez seja um dos mais difíceis de todos, pois para sua implementação é necessário trabalhar com a cultura e o conhecimento do povo, e isso exige a necessidade de um longo período de reiterados programas sociais que vão ao longo dos anos enraizando na população uma mentalidade um pouco mais voltada para a área do conhecimento científico.

E por fim, temos como um grande desafio a Regulamentação internacional. Todo mundo que conhece a internet sabe do seu poder e sabe que é um meio de comunicação global, mas a internet também é um potencial território para pratica de crimes e outros atos ilícitos pelo mundo. Dessa forma poderemos ter um crime cometido em um país a onde os seus resultados ocorrem em outro país ou até em vários países. O grande desafio então do direito internacional hoje é criar mecanismos de prevenção e combate aos crimes cibernéticos no âmbito internacional, fazendo assim com que as punições seja efetivas, ainda que o agente do ato ilícito resida do outro lado do mundo.

6. Conclusão

A internet é um fator muito importante na vida das pessoas, e a sua falta pode reduzir a possibilidade de sucesso profissional bem como criar uma desigualdade no processo de construção do conhecimento e de relação social com o mundo. Assim o acesso à internet como instrumento do

²⁸ 4,4 bilhões de pessoas não tem acesso à internet.- Disponível em : <<https://tecnoblog.net/166778/4-bilhoes-offline/>> Acesso em: 05 de setembro de 2015

²⁹ A problemática no que se refere a introdução da tecnologia nos processos educacionais segundo Kalinke (2003, p. 16) "a falta de recursos e treinamento dos docentes, aliada à carência de equipamentos e instalações nas escolas."

desenvolvimento intelectual tem se mostrado muito eficaz, tornando uma necessidade no século XXI.

O que nós vemos hoje é que mais da metade da população mundial não tem acesso à internet, o que é lamentável uma vez que ficam privados dessa enorme ferramenta.

Em contrapartida, temos os abusos cometidos pela internet. Devido a dificuldade de regulamentação muitos desses crimes que nunca irão ser punidos, pois além de ser muito difícil de detectar o autor do crime por diversas vezes ele reside em um país diverso impedindo assim muitas vezes a punição.

Em suma, a internet possui grandes benefícios, mas se não usado corretamente gera grandes malefícios principalmente para os vulneráveis, como por exemplo as crianças. Então deve-se ampliar o horizonte da internet sem nunca esquecer da educação sempre ensinando que no mundo real ou no mundo virtual crime é crime e sempre deve ser denunciado e punido pelas autoridades competentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

O Crescimento dos acessos a Internet nos Smartphones e tablets- Disponível em <<http://www.noticiasaoiminuto.com/tech/114446/o-crescimento-dos-acessos-a-internet-nos-smartphones-e-tablets>> Acesso em: 10 de Agosto de 2015.

Portugueses cada vez mais acedem a internet através do smartphone Disponível em: <http://tek.sapo.pt/noticias/internet/artigo/portugueses_cada_vez_mais_acedem_a_internet_atraves_do_smartphone-43122tjz.html> Acesso em: 10 de Agosto de 2015. Segundo a Empresa E-Bit o Faturamento do Comércio Eletrônico em 2013 foi de 28,8 bilhões de reais. (€ 664 milhões)

CASTELLS, Manuel. (1999) "A sociedade em rede – a era da informação: economia, sociedade e cultura". São Paulo: Paz e Terra, v. 1.

L. P. L. Mercado, "Formação continuada de professores e novas tecnologias", Maceió: Inep, p. 58, 1999.

LÉVY, Pierre. (1999) "Cibercultura". São Paulo: Editora 34.

Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – ProInfo- Brasil. Disponível em: <<http://www.fnde.gov.br/programas/programa-nacional-de-tecnologia-educacional-proinfo/proinfo-apresentacao>> Acesso em: 15 de Agosto de 2015.

ProInfo –Programa Nacional de Informática na Educação. A Internet nas Escolas Públicas e Privadas. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/a-internet-nas-escolas/infografico/index.html>> Acesso em: 12 de Agosto de 2015

Todas as Escolhas Públicas de Portugal acedem à Internet em Banda Larga .
<http://www.unic.pt/index.php?option=com_content&task=view&id=2595&Itemid=86>
Acesso em: 12 de Agosto de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 55).

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 47

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006, p. 19.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 569.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito constitucional descomplicado. 4ª. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 104.

A versão original em inglês na íntegra da carta da ONU encontra-se disponível no sítio da Comissão de Direitos Humanos em
<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>.
Acesso em: 12 nov. 2012.

SYMONIDES, Janusz (Org). Direitos Humanos: novas dimensões e desafios. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos. 2003. pg. 52-53.

WORLD SUMMIT ON THE INFORMATION SOCIETY. Declaration of Principles. Building the Information Society: a global challenge in the new Millennium. 12 December 2003. Original: English. Tradução livre. Disponível em:
<<http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop.html>>. Acesso em: 12 nov. 2012.
Tradução livre.

A Internet em Portugal – Sociedade em Rede 2014 – Disponível em:
<http://www.worldinternetproject.net/_files/_Published/_oldis/338_internet_portugal_2014.pdf> Acesso em: 18 Agosto de 2015

IBGE:Metade dos brasileiros estão conectados à internet;Norte lidera em acesso por celular – Disponível em:<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150429_divulgacao_pnad_ibge_lgb> Acesso em: 20 de agosto de 2015

Estatística- Domínios registrados até o momento: Disponível em:
<<https://registro.br/estatisticas.html>> Acesso em: 03 de setembro de 2015

FGV- Fundação Getulio Vargas – Disponível em:
<<http://www.cps.fgv.br/cps/bd/MID/Site/PanoDeFundo/Internet/Internet35.pdf>> Acesso em: 03 de setembro de 2015.

Internet no Brasil é a 2ª mais cara do mundo, diz pesquisa - Disponível em:
<<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/internet-no-brasil-e-a-2a-mais-cara-do-mundo-diz-pesquisa>> Acesso em: 04 de setembro de 2015.

56% dos Lares, ainda não tem internet no Brasil –Disponível em: < <http://www.telesintese.com.br/56-dos-lares-ainda-nao-tem-internet-brasil/>> Acesso em 05 de setembro de 2015.

4,4 bilhões de pessoas não tem acesso à internet.- Disponível em : <<https://tecnoblog.net/166778/4-bilhoes-offline/>> Acesso em: 05 de setembro de 2015.

Souza, Janice. Gitahy, Raquel. (2010) “O uso da Internet como recurso para pesquisa”. Paranaíba: Interfaces da Educação, v.1, n.1. Disponível em: < <http://periodicos.uems.br/index.php/interfaces/article/view/1570/164>>Acessado em: 12 Agosto de 2015. ■

Carlos Filipe Amaral dos Santos

Advogado (Brasil)



PARTICIPAÇÃO E AUDIÇÃO DA CRIANÇA

O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO E AUDIÇÃO DA CRIANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGÊS

Alcina Costa Ribeiro
Juíza Desembargadora

RESUMO

O ordenamento jurídico português reconhece às crianças com menos de 18 anos de idade, o direito de participação e audição de uma criança sobre as decisões que lhe digam respeito, direito esse constituído por um feixe de direitos, que subdividimos em direito de participação e direito de audição.

O primeiro engloba: 1) o direito da criança a exprimir livremente a sua opinião e 2) o direito de ver valorada esta opinião, em função da sua idade, maturidade, enquanto que o segundo, se prefigura como um meio adequado ao exercício da participação.

A idade – 12 anos – se, de um lado, constitui um limite acima do qual, se confere a todos os sujeitos que a possuam, capacidade para, por si, livre e autonomamente, exercerem os direitos de participação e audição, que, expressamente, lhes são conferidos por lei, de outro, não constitui um limite abaixo do qual, se deva presumir uma «incapacidade dos menores de 12 anos» para exercerem aquele mesmo direito.

A criança com menos de 12 anos de idade, que manifeste capacidade para compreender o sentido da intervenção, ocupa nos processos de natureza cível que lhe digam respeito, posição processual idêntica à das crianças com idade igual ou superior àquela.

PARTICIPAÇÃO E AUDIÇÃO DA CRIANÇA

O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO E AUDIÇÃO DA CRIANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Subsídios para o estudo do regime jurídico do direito de participação e audição da criança nos processos de natureza cível que lhe dizem respeito

Alcina Costa Ribeiro

Juíza Desembargadora

I – Introdução ¹

Nos tempos dos nossos dias, não há instrumento jurídico internacional ou interno, organização não-governamental ou movimento da sociedade civil, que não subscreva a concepção inovadora de criança plasmada na Convenção sobre os Direitos da Criança²: a criança sujeito titular de direitos³.

¹ Este texto serviu de base à intervenção da signatária no âmbito da acção de formação “*Crianças e Jovens em Situação de Particular Vulnerabilidade*” levada a cabo pelo Centro de Estudos Judiciários, no dia 24 de Abril de 2015. Posteriormente, entraram em vigor, as Leis n.º 141/2015, de 8 de Setembro (aprovou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível) e n.º 142/2015, de 8 de Setembro (alterou alguns preceitos da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. O texto da presente reflexão não incide sobre estes novos regimes de audição de audição da criança.

² Adoptada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução n.º 44/25 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 20 de Novembro de 1989. Entrou em vigor, na ordem internacional, a 2 de Setembro de 1990. Assinada por Portugal em 26 de Janeiro de 1990. Aprovada e ratificada, respectivamente, pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, e pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, publicadas no Diário da República, I Série, 1.º Suplemento, n.º 211/90. Entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa, em 21 de Outubro de 1990 (Aviso do depósito do instrumento de ratificação, publicado no Diário da República, I Seriem n.º 248/90, de 26 de Outubro).

³ No sentido de que a Convenção Sobre os Direitos da Criança não consagra verdadeiros direitos da criança, pronunciaram-se, Alexandrino, José de Melo, (2008) *Os Direitos das Crianças, Linhas para uma Construção Unitária*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, Volume, I e Pinheiro, Jorge Duarte (2012) *As Crianças, as Responsabilidades Parentais e as Fantasias dos Adultos*, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume VI, Faculdade de Direito de Lisboa, pág. 531. Para estes autores, as situações jurídicas previstas na Convenção sobre os Direitos das Crianças não são direitos subjectivos da criança – são sim, deveres assumidos pelos Estados, relativamente à situação da criança perante a comunidade internacional.

Esta Convenção introduziu, ao lado do princípio da não discriminação e do superior interesse da criança, um outro princípio de igual dignidade e valor. Trata-se, precisamente, do princípio da participação e da audição da criança em todos os assuntos da sua vida⁴.

Se o superior interesse da criança surge como o pilar de todas as decisões que a esta digam respeito, o direito da participação e audição da criança constitui-se com um dos melhores meios para concretizar aquele.

Porém, e não obstante, esta consciência colectiva e as acções desenvolvidas em torno da criança e dos seus direitos, algumas práticas fazem crer que, ainda não se reconhece à criança a qualidade de sujeito titular de direitos, das quais salientamos duas:

Uma primeira, em que o superior interesse da criança e a própria criança são invocados e usados como um instrumento no seio dos conflitos dos adultos, reduzindo-a a uma «arma de arremesso», com total desrespeito pela sua qualidade de sujeito de direitos, ferindo a dignidade de pessoa humana da criança.

Uma segunda, em que a vulnerabilidade física e psíquica da criança justifica e fundamenta a especial protecção tutelada pelo direito, mas sem que, contudo, se lhe reconheça a titularidade e a capacidade para exercer alguns direitos fundamentais, como, por exemplo, o de participação e audição.

Estas práticas manifestam-se, entre outros, no meio judiciário.

Com alguma frequência, os advogados que representam crianças em processos judiciais⁵, fazem-no sem conhecerem nem ouvirem a criança. As posições que, em nome dela, assumem no processo traduzem as opiniões e/ou interesses dos adultos co-envolvidos, sendo completamente alheias à opinião e ao sentir da pessoa que representam, ou seja, a própria criança.

⁴ Seguiremos de perto a interpretação que o Comité das Nações Unidas dos Direitos da Criança dá ao art. 12º, da Convenção sobre os Direitos da Criança, *no Comentário Geral nº 12* (RC/C/GC/12 de 20 de Julho de 2009).

⁵ Através de patrocínio officioso (Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho) ou de constituição de mandato (art. 1157º do Código Civil e art. 43º do Código de Processo Civil).

Na prática do Ministério Público, também ainda não se introduziu o princípio-regra, segundo o qual todas as crianças devem emitir a sua opinião, antes de, em nome e em representação delas, ser instaurada qualquer acção que lhes diga respeito.

As acções de regulação do exercício das responsabilidades parentais ou de confiança a terceira pessoa são muitas vezes instauradas pelo Ministério Público⁶ sem que este conheça ou ouça a opinião da criança⁷.

De igual modo, nos processos de divórcio por mútuo consentimento, são emitidos pareceres sobre a adequação do acordo dos pais na regulação do exercício das responsabilidades parentais aos interesses do filho, sem que se conheça ou se tenha colhido a opinião deste.

O mesmo sucede com as decisões judiciais que respeitam a crianças e jovens. Algumas delas são tomadas, sem que o juiz ouça a criança, tenha a idade que tiver.

Exemplo disto, encontra-se uma decisão judicial de primeira instância que, depois de ter recusado o pedido de uma jovem de 14 anos para ser ouvida sobre o seu regresso a casa do pai em França, requerido ao abrigo do Regulamento (CE) 2201/2003, se pronunciou sobre a junção aos autos de procuração forense e cópia do pedido judiciário, da seguinte forma:

«A menor ... nasceu a ... pelo que é de menor idade não possuindo capacidade judiciária para por si só estar em Juízo – art.15º, do CPC.

Ela só pode estar em Juízo representada pelos seus legais representantes - art. 16º do CPC -, no caso, ambos os progenitores – conforme decidiu o tribunal ... cf. fls.(...).

⁶ Na maioria das vezes, a pedido de um adulto interessado que, para esse efeito, se dirige aos Serviços do Ministério Público.

⁷ O que pode ser feito no âmbito de um processo administrativo que, para tanto é organizado (Circular n.º 12/1979, da Procuradoria Geral da República, em www.pgr.pt/Circulares/textos/1979/1979_12.pdf).

Sobre a natureza daqueles processos, cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25 de Fevereiro de 2009, que decidiu que «os "processos administrativos" organizados para recolha de elementos com vista à instauração e/ou acompanhamento de acções judiciais, não são os processos administrativos contemplados no n.º 2 do art.º 1 do CPA, não podendo ser objecto do pedido de intimação previsto no art.º 104 do CPTA»; acessível em www.dgsi.pt/jsta.nf.

Não o conseguirá, atenta a posição do progenitor.

Persistindo na sua lide processualmente activa, os seus posteriores pedidos serão indeferidos liminarmente, quer sejam por ela subscritos, de per si, quer o sejam através do seu mandatário, comunicando-se à Segurança Social que a jovem não tinha capacidade para requerer o apoio judiciário».

Na jurisprudência dos tribunais superiores, perfilam-se três orientações:

1) Uma primeira em que se reconhece à criança, independentemente da idade, o direito de ser ouvida e bem assim a que as suas opiniões sejam levadas em conta⁸;

2) Uma segunda, advogando que o direito nacional «apenas consagra a obrigatoriedade da audição dos menores com mais de 12 anos de idade, condicionando a audição do menor com idade inferior a essa, à constatação de que possui capacidade para compreender o sentido da intervenção»⁹; e

3) Uma terceira, que, reconhecendo o direito de audição da criança, este é qualificado como um direito meramente processual a valorar segundo as regras de processo da jurisdição voluntária¹⁰ e o superior interesse da criança.

Demonstram estas práticas, que o direito da criança a participar e a ser ouvida em assuntos da sua vida, embora normativamente reconhecido, ainda não foi interiorizado na consciência colectiva, como um direito fundamental.

Não obstante o que afirmamos, procuraremos demonstrar que, no nosso sistema jurídico, é possível reconhecer à criança, independentemente da sua idade, o direito de participação e audição nas decisões que a afectem, especialmente nos processos de natureza cível, com a dimensão e conteúdo que procuraremos delimitar.

⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4.10.2007, acessível em www.dgsi.pt, local onde pode ser localizada toda jurisprudência que vier a ser indicada, sem menção do contrário.

⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29 de Março de 2011, *in* Colectânea de Jurisprudência, ano 2011, Tomo II, pág. 34.

¹⁰ Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa 14 de Abril de 2005 e de 15 de Maio de 2007.

II – Dimensão do Direito de Participação e Audição

Ao vincular-se ao direito internacional, em especial à Convenção sobre os Direitos da Criança, Portugal obrigou-se a garantir à criança o exercício do *direito de tomar parte nas decisões que a afectem, exprimindo livremente a sua opinião, sendo ouvida e levada a sério*, reconhecendo, ainda que de forma implícita, o direito de participação e audição estatuído no art. 12º daquele Convénio¹¹.

Esta previsão normativa constituiu a fonte jurídica donde emergiu a dimensão e o conteúdo do direito de participação e audição da criança que veio a ser adoptado nos diplomas internacionais¹² que se lhe seguiram, sendo certo, que, a nível nacional (de todos os direitos reconhecidos e garantidos à criança) tem sido este o que maior dificuldades de implementação legislativa e prática tem suscitado¹³.

Tal acontece, a nosso ver, porquanto a omissão legislativa interna da normatização directa e expressa do direito de participação e audição tem dificultado a interiorização de que a criança deixou de ser uma pessoa protegida pelo direito para ser uma pessoa autónoma e titular de direitos, o

¹¹ Só assim se compreende a expressão «garantem» o direito inserta no art. 12º citado.

¹² Referimo-nos não só ao direito convencional (pactos e convenções, v.g. Convenção de Haia Sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças – art. 13º; Convenção entre a República Portuguesa e o Grão Ducado do Luxemburgo relativa ao Auxílio Judiciário em Matéria de Guarda e de Direito de Visita – art. 13º -; Convenção Relativa à Protecção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adopção Internacional – art. 4º - Convenção Relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Protecção de Crianças – art. 23º -) e ao direito europeu (Regulamento (CE) 134/2000 do Conselho da Europa de 29 de Maio de 2000 – art. 14º, 15º, nº 2, al. b) e 24º - e o que lhe sucedeu, o Regulamento (CE) 2201/2003 – Considerando nº 19, artigos 11º, nº 2, 42º, nº 1, 11º, nº 8, 40º, 41º, 28º, nº 1, 23º, al. b), 31º, nº 2), mas também às Recomendações do Conselho da Europa que, não tendo força vinculativa como os outros instrumentos internacionais, têm, no entanto, relevo no ordenamento jurídico português, influenciando a criação legislativa e consequentes modelos de intervenção na jurisdição de crianças e jovens. A este propósito, cf. a Recomendação 1121 (1990) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, que, para além de outros instrumentos normativos, esteve na base da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança.

¹³ Para reforçar a exequibilidade dos princípios consagrados na Convenção sobre os Direitos da Criança, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas acolheu já três Protocolos Facultativos, destacando-se o mais recente, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Instituição de Um Procedimento de Comunicação, que vem reforçar a garantia do exercício do direito de audição da criança, na medida em que possibilita a apresentação de queixas ao Comité, quando aquele direito for violado.

que leva a práticas que acabam por negar aquele direito, nomeadamente, às crianças com menos de 12 anos¹⁴.

Razão pela qual constituirá o ordenamento jurídico internacional, o nosso ponto de partida para dimensionar e definir o conteúdo do direito de participação e audição da criança nos processos de natureza cível que lhe digam respeito.

Considerando, entre outros, o artigo 12º, da Convenção sobre os Direitos da Criança, o artigo 24º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o artigo 3º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, podemos afirmar que o direito de participação e audição da criança em todas as questões que lhe dizem respeito, constitui, assim, um direito supranacional que se impõe no direito interno, como aliás, salientam duas das Recomendações do Conselho da Europa, a Recomendação nº 1864 (2009) da Assembleia Parlamentar¹⁵ para a promoção da participação das crianças nas decisões que lhe dizem respeito e a Recomendação CM/Rec (2012)¹⁶.

Nesta última, recomenda-se aos Estados-Membros que se certifiquem de que toda a criança ou jovem pode exercer o seu direito de ser ouvido, para ser levado a sério e participar na tomada de decisões em todos os assuntos que lhes digam respeito, tomando em consideração o seu ponto de vista, tendo em conta, a sua idade e grau de maturidade.

Mas afinal de que participação e audição falamos, sendo certo, que nenhum dos preceitos acima referidos alude expressamente à palavra participação?

Quando se reconhece à criança o direito de poder livremente exprimir a sua opinião sobre um assunto que a afecte e se impõe que tal opinião seja valorada por quem a ouve, de acordo com a sua idade e maturidade, antevê-se e pressupõe-se o envolvimento da criança naquele aspecto concreto da sua vida.

¹⁴ Como melhor explicitaremos adiante.

¹⁵ Pretende-se que sejam realizados esforços suplementares para garantir que as crianças exprimam as suas opiniões, livremente, numa atmosfera de respeito, confiança e compreensão mútua.

¹⁶ Do Comité dos Ministros adoptada em 28 de Março de 2012, na 1138ª Reunião de Delegados de Ministros.

O direito à participação e audição da criança realiza-se numa relação dialogante entre a criança e o adulto, implicando que este reconheça aquela, como um outro, com uma voz, que tem de ouvir e considerar antes de tomar uma decisão que a afecte.

Este direito concretiza-se, grosso modo, no envolvimento da criança no processo de tomada de uma decisão sobre matérias que a afectem, sendo esse envolvimento progressivo na medida crescente das suas capacidades.

Falamos de participação e audição, porque estamos perante uma realidade com duas facetas: a participação da criança no processo decisório que a afecta e a audição que aquela participação implica.

O direito de participação e audição constitui um direito complexo integrado por dois feixes de direitos (o de participação e o de audição) que surgem complementados em ordem a uma dupla finalidade: o desenvolvimento integral¹⁷ da criança e a promoção da sua autonomia¹⁸.

O direito de participação e audição, assim entendido é, em si, simultaneamente autónomo e instrumental.

Autónomo, enquanto pilar do seu desenvolvimento como pessoa em crescimento, advindo para as crianças, para a família, para a escola e até para

¹⁷ O Comité das Nações Unidas dos Direitos da Criança, *Comentário Geral nº 12* (...) salienta no ponto nº 79, que a participação e audição da criança se configura com um dos meios mais adequados ao desenvolvimento da personalidade e das capacidades evolutivas da criança, consistentes com o seu desenvolvimento integral (art. 6º) e com os objectivos da educação (art. 29º).

¹⁸ Sem esquecer do direito especial de protecção que lhe é conferido, entre outros, pelos artigos 2º, nº 2, 3º, 19º, 20º, 22º, 25º, 27º, 33º a 39º da Convenção Sobre os Direitos das Crianças.

Sobre a natureza dos direitos da criança: se de protecção ou participação, cf. Irene Théry (2007) *Novos Direitos da Criança – a poção mágica?* in a Lei e as Leis. Direito e Psicanálise, Rio de Janeiro, Revinter e John Holt (1975) *Escape from children. The needs and rights of the children*.

Para a primeira, os direitos da criança são fundamentalmente direitos de protecção, sendo a menoridade jurídica não «um não direito» como se afirma, mas a protecção. Os direitos da criança são os de seres humanos particularmente vulneráveis, porque, ainda não autónomos. Já o segundo defende que a infância na modernidade constitui uma forma de aprisionamento à qual a criança tem o direito de escapar. Partindo de uma severa crítica ao modo como as crianças são educadas nas famílias e no sistema escolar norte-americano, este autor defende que qualquer pessoa jovem não possui apenas necessidades a serem supridas mas direitos que devem ser reconhecidos e acatados.

a democracia, valores humanos e de cidadania imprescindíveis à realização do homem enquanto tal, como alguns estudos científicos o têm revelado¹⁹.

Instrumental em relação ao exercício e efectivação de outros princípios²⁰ e de outros direitos da criança²¹.

O legislador português acolheu esta dimensão do direito de participação e audição, no novo modelo de justiça das crianças e jovens, ao consagrar, expressamente, no seu art. 4º, como um dos princípios orientadores a que devem obedecer todas as decisões que digam respeito a crianças e jovens, o princípio da audição obrigatória e participação²², segundo o qual: *«a criança e o jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, bem como os pais, o representante legal ou a pessoa que tenha a sua guarda de facto, têm*

¹⁹ De todos, destacam-se, pela importância que assumem no desenvolvimento integral da criança, os valores descritos por Lansdown, Gerison (UNICEF – Save the Children) (2011), *Child's Right to Be Heard, A resource Guide on the un Committee on the Rights of the Child General Comment nº 12* - quais sejam: a) a participação promove o desenvolvimento pessoal da criança: Promove as competências das crianças, desenvolvendo a sua auto-estima, as capacidades cognitivas sociais e o respeito pelos outros. A forma mais eficaz de adquirir auto-confiança é ser o próprio a conseguir o objectivo que se propõe e não observar o outro a consegui-lo por nós; b) a perspectiva das crianças constitui uma informação especial para a tomada da decisão do adulto: Ouvir as opiniões da criança permite ao adulto perceber as necessidades e preocupações da criança, sob o ponto de vista desta, que se revela única pela experiência que directamente vivencia individualmente ou em grupo. O ponto de vista da criança dá, assim, ao adulto uma informação de especial relevância, permitindo-lhe decidir, com maior acerto e adequação aos interesses da criança, sendo, assim, mais eficaz; c) a Participação é um meio de protecção das crianças: Informar a criança que tem direito a uma voz, incentivá-la a exercer esse direito e dando-lhe condições para que possa exprimir o que lhe está a acontecer, está a protegê-las dos actos de violência, abuso, ameaça, injustiça ou discriminação. Crianças que desconhecem que podem falar ou que não se sintam confiantes para o fazer, sujeitam-se, em silêncio, aos abusadores e/ou agressores. As crianças totalmente dependentes do apoio dos adultos correm o risco de serem abandonadas e ficarem indefesas quando a protecção adulta lhe é retirada; d) a participação contribui para o civismo, tolerância e respeito pelos outros: a participação das crianças nos assuntos da sua própria vida é um dos modos mais eficazes para aprenderem a acreditar em si mesmas, a ganhar confiança e a negociar com as outras pessoas as tomadas de decisões. O envolvimento das crianças em grupos e organizações não-governamentais, propiciam à criança condições de participação, fortalecimento e desenvolvimento da sociedade civil, assim contribuindo para a consolidação dos valores de pertença, solidariedade, justiça responsabilidade, cuidado e atenção ao outro. Defender o direito da criança ser ouvida nos seus anos iniciais é a forma de criar e desenvolver a cidadania a longo prazo, e) a participação fortalece a responsabilidade: se desde a infância, se incentivar a criança a tomar uma decisão com o outro, através do diálogo e do respeito, com conhecimento dos direitos de cada um, tal consolida a sua responsabilidade.

²⁰ Como por exemplo, o superior interesse da criança, principio expresso em vários instrumentos legais, designadamente no art. 3º da Convenção Sobre os Direitos da Criança e no art. 4º, al. a) da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.

²¹ Como sejam os direitos de liberdade: de expressão (art. 13º); de pensamento, de consciência e de religião (art. 14º); de associação e de reunião política (art. 15º); de acesso à informação (art. 17º) e de lazer, cultura e artística (art. 31º).

²² Artº 4º, al. j) da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.

o direito de ser ouvidos e a participar nos actos e na definição da medida de promoção e protecção».

III - O conteúdo do direito de participação e audição

No ordenamento jurídico português não consta a explicitação do conteúdo do direito de participação e audição da criança nos processos que lhe digam respeito.

Contudo, chamando à colação, o conteúdo que aquele direito possui no ordenamento jurídico internacional, diríamos que o direito de participação e audição da criança em relação aos actos processuais e à definição da medida de promoção e protecção, é constituído por um feixe de direitos, que subdividimos em direito de participação e direito de audição.

O primeiro engloba: 1) o direito da criança a exprimir livremente a sua opinião e 2) o direito de ver valorada esta opinião, em função da sua idade, da maturidade ou compreensão do sentido da intervenção, enquanto que a audição se prefigura como um meio adequado ao exercício da participação.

1. O direito de participação

Elencados os elementos constitutivos do direito de participação, vejamos, cada um de per si, não esquecendo a noção de capacidade de discernimento da criança para formar e exprimir uma opinião.

1.1. A Liberdade de exprimir opinião

Para que se possa falar em liberdade da criança para exprimir a sua opinião é necessário que sejam criadas todas as condições para que a opinião da criança se forme e exprima, sem pressões, manipulações ou influências de terceiros, assegurando que a opinião dada pela criança é a sua e não a dos outros²³.

²³ Comité dos Direitos das Crianças das Nações Unidas, *Comentário Geral* nº 12, nº 22.

A criança tem que se sentir com confiança bastante para manifestar as suas preocupações, sentimentos e opiniões, mesmo que estas vão contra a vontade dos adultos, para o que devem ser criadas condições adequadas a que se sinta segura e respeitada.

Liberdade significa, também, que a criança tem o direito de escolher entre falar ou não falar sobre o assunto em questão.

O legislador português não só reconheceu às crianças o direito de formar e exprimir a sua opinião, nos processos de promoção e protecção, como também fornece os meios legais necessários ao exercício daquele direito.

É que, nos termos do art. 86º, nº 1, da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, o processo deverá decorrer de forma compreensível para a criança ou jovem, considerando a idade e grau de desenvolvimento intelectual e psicológico da criança.

Por outro lado, na audição da criança ou jovem e no decurso de outros actos processuais ou diligências que o justifiquem, a comissão de protecção ou o juiz podem²⁴ determinar a intervenção ou a assistência de médicos, psicólogos ou outros especialistas ou de pessoa da confiança da criança ou jovem, ou determinar a utilização dos meios técnicos que lhe pareçam adequados.

Ou seja, devem ser facultados à criança todos os meios necessários e adequados à sua idade e ao seu grau de desenvolvimento intelectual e psicológico, para que possa exprimir a sua opinião.

A criança e o jovem têm, ainda, o direito de contactar, com garantia de confidencialidade, a comissão de protecção, o Ministério Público, o juiz e o seu advogado, nos termos do art. 58º, nº 1, al. g) da Lei de Protecção de Criança de Jovens em Perigo.

Direito que, embora, especialmente, previsto para a criança ou jovem em acolhimento, deve, em nosso entender, ser estendido a todas as crianças sujeitas à intervenção, atenta a falta de mecanismos legais que garantam a efectividade da participação e audição da criança no processo.

²⁴ A nosso ver, devem. Trata-se de um poder vinculado para garantir o exercício de um direito fundamental como é o da criança exprimir a sua opinião.

Dispõe, assim, o aplicador do direito, dos mecanismos legais necessários, para garantir que a criança exprima em liberdade, a sua opinião, antes de proferir a decisão que a afecte ou a possa vir a afectar.

Mas de que opinião falamos? A expressão “capacidade de discernimento para exprimir a sua opinião” inserta no art. 12º da Convenção Sobre os Direitos da Criança, mais não significa que o seu ponto de vista, a sua perspectiva, a sua ideia, o seu modo de pensar ou a sua maneira de percepção e entender determinado assunto.

O prenome possessivo utilizado «a sua», indica que a opinião a que nos referimos é a da criança, pressupondo como ponto de partida para a formação e exteriorização da opinião, o olhar e o sentir da criança e não os do adulto. A opinião da criança forma-se segundo a sua maneira de ver e de estar perante determinado assunto, e não segundo a perspectiva do adulto.

O direito concedido à criança é o de exprimir o seu olhar, o seu sentir sobre determinada matéria. É o direito à sua palavra, à sua voz. Se é coerente ou não, se é consistente ou não, se é de considerar relevante ou não, em função dos outros critérios, que irão nortear o sentido da decisão, é já uma valoração posterior dada pelo adulto à opinião que a criança formulou de acordo com as suas naturais capacidades.

A opinião da criança corresponde ao que ela sente, ao que deseja, à posição que assume num contexto concreto e diferencia-se do relevo que o adulto deve atribuir àquela.

Para que a criança seja capaz de ter uma palavra em função de uma determinada questão que a afecta ou possa vir a afectar, basta que, no estágio real do seu desenvolvimento natural, consiga exprimir o que sente e revelar o significado do seu olhar sobre a situação.

Pense-se, por exemplo, num bebé, vítima de abuso físico ou sexual, que ainda não possui aptidões naturais para o denunciar através com palavras. Fá-lo com silêncios, choros, gritos, ou com outros sinais de rejeição ao agressor, manifestando, assim, a sua opinião. Incumbirá ao responsável pelo bem-estar desta criança, estar atento à voz desta, levá-la a sério e tomar as medidas adequadas a protegê-la.

Veja-se, ainda, o caso da menina de 3 anos que, por sua iniciativa, decidiu cortar parte do seu cabelo e enviá-lo para outras crianças que, por doença, tinham perdido o seu²⁵.

Em ambos os casos, as crianças demonstraram que possuem capacidade natural para formar e exprimir a sua perspectiva sobre cada uma das situações que cada uma delas vivenciou.

Para formar uma opinião sobre uma questão concreta, a criança não tem de ter a capacidade de querer e entender necessárias para manifestar uma vontade elaborada, mas apenas ter aptidão para compor a sua ideia sobre aquela questão.

É, aliás, este, o entendimento defendido pelo Comité das Nações Unidas para os Direitos da Criança nas sugestões e orientações interpretativas sobre a delimitação da capacidade de discernimento, de acordo com o qual os Estados partes não devem olhar para a capacidade de discernimento, *«como uma limitação, mas um dever das autoridades avaliarem, da forma mais completa possível, a capacidade da criança. Em vez de partir do princípio demasiado simplista, de que a criança é incapaz de exprimir uma opinião, os Estados devem presumir que uma criança tem, de facto, essa capacidade. Não cabe à criança provar que tem essa capacidade»*²⁶.

Neste particular, o legislador português não acolheu (e bem, em nosso entender) a idade objectiva da criança, para daí presumir uma incapacidade geral de discernimento da criança para participar e ser ouvida nos assuntos que lhe dizem respeito, como veremos adiante.

²⁵ Acessível em <https://www.youtube.com/watch?v=pkK1g438Y00>.

²⁶ Comité dos Direitos das Crianças das Nações Unidas, *Comentário Geral nº 12*, nºs 20 e 21.

1.2. O direito à valoração da opinião da criança em função da sua idade e maturidade

O direito de participação não se esgota no momento em que a criança exprime livremente a sua opinião. É, ainda necessário que aquela seja valorada pelo adulto, em função da sua idade e maturidade²⁷.

A consideração pela opinião da criança significa, antes de mais, que não basta permitir-lhe que exprima a sua opinião mas, mais do que isso, é necessário levá-la a sério.

E, nesta vertente, o legislador impõe maiores limites do que aqueles que fixou para a capacidade de discernimento, como sejam: a idade, a maturidade, a compreensão do sentido da intervenção e o interesse da criança.

Considerar a opinião da criança não significa fazer-lhe a vontade ou transferir para si a responsabilidade da decisão. Esta responsabilidade é do adulto, que, antes de a tomar, considera, valora, tem em conta, a opinião da própria criança de acordo com a sua idade e maturidade.

A decisão que afecte a criança deixa de se basear num só critério, o do adulto, para considerar, também, a perspectiva da criança, que, aliás, fornece uma informação única e privilegiada, porque vivida e experienciada pela própria.

Uma vez exprimida livremente a opinião da criança sobre determinado assunto, o peso que lhe é dado varia de acordo com vários factores, dos quais se destacam, o desenvolvimento das capacidades naturais da criança, manifestado na idade e na maturidade e grau de compreensão da criança.

A idade, por si só, não indica o grau de compreensão e maturidade da criança: muitas crianças mais novas podem ter uma compreensão e maturidade superiores a crianças mais velhas. Tanto justifica a ponderação cumulativa dos dois critérios e não apenas de um.

²⁷ Esta valoração não se confunde, como se disse, em 1.1.1, com a capacidade da criança para exprimir o seu olhar sobre um determinado assunto.

Estes motivos justificam que a opinião da criança seja considerada casuisticamente, em função dos dois critérios cumulativos: a idade e a maturidade.

De todo o modo, adiante-se, desde já, que, a determinação da capacidade de discernimento da criança para exprimir uma opinião, de um lado, e a valoração desta por parte do adulto, segundo a sua idade e maturidade, de outro, correspondem a duas acções diferenciadas e sequenciais.

A primeira consiste na avaliação do desenvolvimento físico e psíquico da criança para formar e exprimir a sua ideia sobre um concreto aspecto, enquanto que a segunda surge, depois de manifestada a opinião pela criança com capacidade de discernimento. Só depois de revelada a opinião, pode esta ser valorada, de acordo com a idade e a maturidade da pessoa que a exprimiu.

Em nosso entender, esta dualidade do direito de participação e audição, salvaguarda a dupla faceta da criança: necessidade de protecção e a promoção da sua autonomia.

Com efeito, de um lado, *concede à criança o direito de se envolver na decisão que a afecte, formando e exprimindo a sua opinião, de acordo com as suas naturais capacidades, e, de outro, protege-a do possível desajustamento da sua opinião com o seu real interesse, através da ulterior valoração da opinião que lhe será dada pelo decisor.*

2. A Capacidade de discernimento

Ter uma opinião equivale a possuir uma ideia, uma maneira de pensar, um ponto de vista, uma perspectiva sobre um determinado tema ou situação. A aptidão natural para formar aquela opinião varia em função do desenvolvimento físico e psíquico da criança em relação àquele assunto.

A questão que, então, se coloca é a de saber como se equaciona a restrição deste direito em relação às crianças que, em determinado assunto, não possuam capacidade natural para formar a sua opinião.

A capacidade de discernimento a que aludem os artigos 12º, nº 1 da Convenção Sobre os Direitos de Criança e. 3º da Convenção Sobre os Direitos da Criança, traduz um conceito a densificar à luz do direito nacional.

Trata-se de uma formulação abstracta a concretizar pelo legislador nacional, permitindo uma amplitude de critérios – objectivos (idade) e/ou subjectivos (*v.g* capacidade de discernimento, capacidade de entendimento, maturidade, entre outros) - aferidores da capacidade natural da criança para formar e exprimir a sua opinião.

2.1. A ausência de uma regra geral e abstracta

O legislador português não optou pela formulação geral e abstracta de uma regra aferidora da capacidade ou de incapacidade de discernimento, seja em função da idade ou de outro critério, inexistindo, norma similar à que consta no art. 122º e 123º do Código Civil²⁸.

A Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo expressa o direito de participação e audição das crianças em quatro tipos de normas: a) as que consideram a idade igual ou superior a 12 anos (artigos 10º, 62º, nº 2, 84º, nº 1, 87º, nº1 e 3, 105º, nº2, 112º e 114º, nº 1) ; b) as que referenciam idade inferior a 12 anos (artigos 10º e 84º) c) as que não referenciam qualquer idade (93º, nº1, 94º, nº1 e 2, 103º, nº2, 103º, nº 4, 104º, 107º, nº1, al. a) e 123º) e d) as que indicam apenas o critério da maturidade (artigos 88º, nº4 e 103º, nº2).

Estamos, assim, perante uma solução mitigada, conforme se trate de crianças com idade igual ou superior a 12 anos ou crianças com idade inferior a 12 anos.

Para as primeiras, recorre ao critério **objectivo** da idade, para lhes atribuir directa e expressamente capacidade de discernimento.

Para as segundas, recorre, em abstracto, ao critério **subjectivo** da capacidade de discernimento ou da capacidade de compreensão do sentido da

²⁸ Que não se aplica ao direito de formar e emitir uma opinião, por se tratar de um direito pessoal e fundamental da criança. Cf. ainda, a este propósito o art. 1881º, do Código Civil, que exceptua do poder de representação dos pais, os actos puramente pessoais do filho.

intervenção, remetendo, para o decisor, a verificação casuística, da capacidade da criança para formar e exprimir a sua opinião.

A idade – 12 anos – se, de um lado, constitui, **um limite acima do qual, se confere a todos os sujeitos que a possuam, capacidade para, por si, livre e autonomamente, exercerem os direitos de participação e audição que, expressamente, lhes são conferidos por lei, de outro, não constitui um limite abaixo do qual, se deva presumir os «menores de 12 anos» não possuem capacidade de discernimento para formar e emitir uma opinião sobre o objecto concreto de uma decisão que o afecte.**

É que para os primeiros existe um limite legal e objectivo, a partir do qual, se confere a uma pessoa determinados direitos, enquanto que, para os segundos, a determinação da capacidade é deixada ao aplicador do direito que a deve verificar no caso concreto²⁹.

Ora, o direito a formar e exprimir a opinião da criança sobre determinado assunto, um dos elementos do direito de participação e audição, constitui uma manifestações do direito ao desenvolvimento integral e à promoção da autonomia da criança, assumindo, assim, a natureza de direito pessoal e fundamental (art. 26º e 69º Constituição da República Portuguesa).

O legislador, quando consagrou os direitos fundamentais/humanos destinou-os a todas as pessoas e, em princípio, na mesma medida³⁰. É o que resulta dos princípios constitucionais da universalidade e igualdade.

O exercício dos direitos fundamentais por parte das crianças só pode ser limitado em casos excepcionais, sempre pressupondo e prevenindo que os critérios civilísticos diferenciadores entre titularidade e exercício, capacidade

²⁹ Sobre o critério da capacidade de agir jus-civilista, lê-se, em Martins, Rosa (2008), *Menoridade, (in)capacidade parental e Cuidado Parental*, págs. 121 e 122: «Se e quando um determinado sujeito menor de idade apresentar capacidade de discernimento, então ele deve ser admitido a agir sem quaisquer restrições resultantes de determinações alheias. Deve, portanto, ser-lhe reconhecida uma completa e ilimitada capacidade de agir. Esta solução, portanto, que se baseia num critério puramente subjectivo, remete para o juiz, a tarefa de verificar, em concreto, a capacidade de discernimento de um determinado sujeito para a prática de um acto que se consubstancie no exercício de um direito pessoalíssimo, tendo em atenção os especiais interesses em presença».

³⁰ Alexandrino, José de Melo (2008) *Os Direitos das Crianças Linhas para uma construção unitária (...)* ponto 7.1.

de gozo e de exercício não são transpostos para o quadro dos direitos fundamentais³¹.

Assim sendo, inexistindo previsão legal a determinar que a criança com menos de 12 anos, carece de capacidade geral para formar e exprimir a sua opinião, está vedado ao aplicador do direito, ficcionar da idade uma presunção legal daquele tipo de incapacidade³².

Tal redundaria, ao fim e ao cabo, numa restrição à sua capacidade civil para além dos limites constitucionais previstos nos artigos 18º e 26º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa.

2.2. Os critérios: objectivo (a idade) e subjectivo (a capacidade natural)

Já se referiu que o novo modelo de justiça de crianças e jovens³³ não adoptou a idade como um critério objectivo de aferição da incapacidade da criança ou do jovem para participar e ser ouvido nos processos de promoção e protecção³⁴.

³¹ Alexandrino, José de Melo (2008) *Os Direitos das Crianças Linhas para uma construção unitária (...)* ponto 7.2 e Canotilho, Gomes e Moreira Vital (2007), *CRP Anotada (...)*, pág. 331.

³² O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de Outubro de 2007, ao referir-se à capacidade da criança para formar uma opinião, funda a sua decisão na capacidade de discernimento prevista no art. 12º da Convenção sobre os Direitos da Criança: «A criança com capacidade de discernimento tem o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, designadamente (...), devendo ser devidamente tomadas em consideração as suas opiniões, de acordo com a sua idade e maturidade.

Contrariamente, o Acórdão da Relação de Coimbra de 14 de Janeiro de 2014, presumiu da idade de 5 anos, a falta de capacidade de discernimento para a criança exprimir livremente a sua opinião.

Parece, contudo resultar deste Acórdão que a criança de 5 anos se teria recusado a ir com os avós. Ou seja, terá exprimido a sua opinião – a de recusa em ir com os avós. Teria, assim, a nosso ver, capacidade para o fazer. Questão diferente, seria, como já se disse, a valoração daquela opinião pelo tribunal, de acordo com a idade e maturidade da criança.

³³ A Lei nº 61/2008, de 31.10 que alterou o regime de divórcio e das responsabilidades parentais, reforçou os princípios do modelo de justiça de 1999, nomeadamente, a participação e audição da criança, no art. 1901, nº 3. A concepção da criança, enquanto sujeito titular de direitos, também saiu reforçada neste diploma, além do mais, com a alteração da nomenclatura de regulação de poder paternal para regulação das responsabilidades parentais.

³⁴ De igual modo, a capacidade de discernimento da criança em relação aos assuntos familiares, não é, em regra, definida pela idade (art. 1878º, nº 2 e 1901º, nº 3 do Código Civil).

Antes acolheu dois critérios de aferição da capacidade de discernimento: Um critério objectivo – idade igual ou superior a 12 anos³⁵ – e, outro, subjectivo – a averiguação individual e casuística do grau de desenvolvimento intelectual e psicológico da criança.

O primeiro resulta da posição processual que é atribuída às crianças e jovens com idade igual ou superior a 12 anos, com indicação normativa expressa da sua participação e audição em determinados actos processuais.

O segundo, resulta da posição processual menos incisiva que é atribuída a crianças com idade inferior àquela, em que se exprime o conceito de «capacidade para compreender o sentido da intervenção³⁶ e o de «grau de desenvolvimento intelectual e psicológico» a que se alude no art. 86^{o37}.

O reforço normativo da participação da criança com idade igual ou superior a 12 anos³⁸, parece estar a cristalizar a orientação, segundo a qual se presume que as crianças com idade inferior, não possuem capacidade de discernimento para participar e serem ouvidas nos actos processuais e na definição das medidas de promoção e protecção.

Quanto a estas, exige-se a demonstração de que possuem aptidão para compreender o sentido de intervenção³⁹.

O mesmo é dizer que se presume a partir de um limite de idade a incapacidade da criança para entender o sentido da intervenção. Dito de outro modo, se a criança não tiver completado os 12 anos, extrai-se a ilação de que não tem o direito de, pessoalmente, participar e ser ouvida no processo. Só assim, será, quando, casuisticamente, estiver demonstrada aquela capacidade.

³⁵ A idade de 15 anos também é relevante, por exemplo, para aplicação da medida de promoção e protecção de autonomia de vida, prevista no art. 35º, al. d) e 45º da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo.

³⁶ Referida nos artigos 10º, nº 2 e 84º, nº 1.

³⁷ Este critério está implícito no art. 86º. Com efeito, se o processo deve decorrer de forma compreensível para a criança, considerando a sua idade e o grau de desenvolvimento intelectual e psicológico, então, é porque, em abstracto, se admitem a participar no processo, crianças com aquela característica subjectiva.

³⁸ A Relação de Coimbra, por Acórdão de 20 de Junho de 2012, revogou a decisão recorrida, considerando que se deveria «determinar a audição da menor, cujo discernimento se presume atenta a sua idade», pois quer «o art. 12º da Convenção sobre os Direitos da Criança, quer o direito interno constituído, impõem a audição da criança, sendo que, no caso português, tal audição deve ser, por regra, realizada pelo juiz.

³⁹ Como se afirma no Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra de 29 de Maio de 2011, já referenciado.

Tal interpretação traduz-se, ao fim e ao cabo, numa presunção de incapacidade de discernimento para formar e emitir uma opinião sobre determinado assunto. Se a esta ideia, aliarmos a falta de norma concreta definidora da participação da criança, tal poderá, na prática, reduzir o direito de participação e audição a um não direito, melhor dizendo, a um direito juridicamente reconhecido, mas esvaziado de todo o conteúdo.

Não se pode presumir dos direitos de participação e audição que directa e expressamente emergem da lei para as crianças com idade igual ou superior a 12 anos, que o legislador tencionou estabelecer uma regra geral de incapacidade de discernimento das crianças - com idade inferior àquela - para formar e exprimir a sua opinião.

2.3. A capacidade para exprimir uma opinião e a «declaração de não oposição» do art. 10º

Sob a denominação de “Não oposição da criança e do jovem”, dispõe o art. 10º:

1 - A intervenção das entidades com competência em matéria de infância e juventude e das comissões de protecção depende da não oposição da criança ou jovem com idade superior a 12 anos

2 - A oposição da criança com idade inferior a 12 anos é considerada relevante de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção.

A “Declaração de não oposição”⁴⁰ epigrafada neste preceito só pode ter implícita e pressuposta a manifestação de uma opinião (qualquer que seja) da criança sobre a intervenção, sob pena de se esvaziar o conteúdo desta norma, reduzindo, mais uma vez, as crianças a um sujeito, sem voz, protegido pelo direito.

⁴⁰ Aos pais, ao representante legal ou à pessoa que tenha a guarda de facto da criança e do jovem é exigível o consentimento expresso, nos termos do art. 9º.

«A não oposição» e a «oposição» referenciadas são o *efeito* ou a *consequência* da *manifestação de uma opinião previamente formada e exprimida livremente pela criança*.

E, muito embora se fale em «não oposição» para as crianças com idade superior a 12 anos e de «oposição» para as de faixa etária inferior, certo é, que a *oposição* de uma e outra advêm e *emergem do mesmo acto* – a *existência de uma opinião da criança livremente transmitida*.

O que diferencia uma e outra não é, assim, a formação e expressão da opinião da criança, mas antes a valoração que a esta é dada pela lei ou pelo adulto, caso consista em oposição a um determinado acto.

Este preceito não limita, assim, a capacidade de discernimento da criança para formar e exprimir a sua opinião, nos actos a que se reporta o art. 10º, àquelas, que tendo menos de 12 anos, não possuam capacidade para compreender o sentido da intervenção.

O que se impõe é, que, quando a opinião da criança com menos de 12 anos, for no sentido da oposição, deve esta ser considerada relevante de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção.

O que nos leva à distinção entre capacidade da criança para formar e exprimir a sua opinião e os efeitos que a esta são atribuídos, já que a «não oposição» ou a «oposição» constituem duas das formas que pode revestir a opinião livremente formulada e transmitida.

a) A declaração de não oposição das crianças com idade igual ou superior a 12 anos

A declaração de não oposição, no contexto do diploma que analisamos, corresponde ao direito de livremente aceitar ou rejeitar a intervenção⁴¹.

⁴¹ E não como a interpretação que foi dada no Protocolo de Cooperação com vista a operacionalizar a participação dos Municípios nas comissões de protecção, assinado em 10 de Janeiro de 2001, que no ponto nº1, al. a) afirma que «a não oposição» não se trata de um não consentimento, mas sim de uma não oposição ou seja não é uma peremptória, podendo não ser impeditiva da acção da comissão de protecção, antes dependendo da apreciação da capacidade para compreender o sentido da intervenção.

Não basta, que os autos retratem a mera declaração formal «de não oposição», devendo estes conter as declarações do jovem da qual resulte inequivocamente o «acto de não oposição», rejeitando-se, assim, a possibilidade de formação tácita⁴² da declaração de não oposição a exarar como “mera declaração” nos autos.

E isto, por duas ordens de razões.

Em primeiro lugar, porque um comportamento omissivo por parte de jovem – nada dizer ou nada fazer – em relação ao que lhe é proposto, pode ter um outro sentido e uma outra razão que não seja a da «não oposição» à solução proposta, como, por exemplo, o não ter compreendido o que lhe foi explicado.

Aliás, o silêncio, só vale como meio declarativo negocial, quando esse valor lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção, nos termos do art. 218º do Código Civil.

«Não havendo *lei, uso* ou *convenção* que atribua ao silêncio valor declarativo, ele não valerá como tal, sem necessidade de sabermos se a pessoa *devia ou não* falar⁴³».

Depois, porque a generalizar-se uma prática deste tipo corre-se o risco de a mera declaração de «não oposição» se transformar num pró-forma, esvaziando de conteúdo o direito da criança a exprimir a sua opinião⁴⁴.

A «não oposição» corresponde a uma vontade do jovem que, como tal, deve ser clara e manifestamente exarada no processo, depois de ser ouvido e de lhe serem prestadas as informações⁴⁵, em níveis adequados à sua maturidade.

⁴² As duas modalidades de declaração negocial, expressa e tácita, vêm previstas no art. 217º, nº 1, do Código Civil. «É expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação de vontade e tácita, quando se deduza de factos que, com toda, a probabilidade, a revelam».

⁴³ Segundo Varela, João de Matos Antunes e Lima, Fernando Andrade Pires (1979) *Código Civil Anotado, volume I*, 3ª edição, Coimbra Editora, pág. 209, «o art. 218º optou quanto ao valor do silêncio, como meio declarativo, pelo critério *seguro* e mais razoável, uma vez que a expressão introdutória do preceito, o «silêncio vale» tem claramente o sentido de «o silêncio só vale».

⁴⁴ Bem pode acontecer que a linguagem utilizada com as crianças não as deixe entender as razões e o sentido da intervenção. Para tanto basta ler os modelos que reproduzem actos processuais em que intervieram crianças com uma linguagem que dificilmente estas perceberão.

⁴⁵ Note-se, aliás, que nos termos do art. 94º, nºs 1 e 2, a comissão, recebida a comunicação da situação ou depois de proceder a diligências sumárias que a confirmem, deve contactar a criança ou o jovem, os titulares do poder paternal ou a pessoa com quem a criança ou jovem residam, informando-os e ouvindo-os sobre ela.

A criança com idade igual ou superior a 12 anos tem capacidade para, pessoal, livre e autonomamente, exercer o direito de participar em todos os actos processuais e na definição da medida de promoção e protecção.

Para efeitos do art. 10º, nº 1 da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, a opinião da criança ou jovem com idade igual ou superior a 12 anos deve ficar expressamente exarada no processo, seja qual for o seu sentido.

b) A opinião das crianças com idade inferior a 12 anos

A oposição de crianças com menos de 12 anos produz os mesmos efeitos que a oposição dos sujeitos com idade superior, quando o decisor⁴⁶ a considerar «relevante de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção».

O acto de deduzir oposição pressupõe que a criança tenha exprimido uma opinião, seja de silêncio, de aceitação ou de rejeição ou outra, nada se estipulando quanto à capacidade da criança para aquele efeito.

É a opinião emitida pela criança que deve ser considerada pelo decisor e não apenas a declaração de oposição expressamente prevista no nº 2 do art. 10º.

Como já se afirmou, a determinação da capacidade de discernimento da criança para formar e exprimir o seu ponto de vista não se confunde com a valoração da opinião que foi emitida pela criança, em função da sua idade e maturidade.

Se a criança tem capacidade natural para formar a sua opinião sobre algum, alguns ou todos os aspectos da intervenção, nela deve ser envolvida, dando o seu ponto de vista⁴⁷, independentemente da relevância que, posteriormente, venha ser dada pelos decisores à oposição que, eventualmente, venha a revestir a opinião que manifestou.

⁴⁶ Esta valoração será efectuada pela comissão ou pelo tribunal, conforme a fase processual em que o acto que exige a declaração de não oposição se pratique.

⁴⁷ Que pode ser de rejeitar ou aceitar a proposta dos responsáveis pela intervenção.

A «capacidade para compreender o sentido da intervenção» a que se refere o art.10º, nº 2, assume-se, assim, como um critério de valoração da opinião da criança para efeitos de definição da sua posição processual – a oposição – e não constitui, em abstracto, uma regra de limitação da capacidade da criança para formar e exprimir a sua palavra⁴⁸ sobre a intervenção em concreto.

Chegados aqui, podemos, então, distinguir duas situações: uma, em que a criança tem capacidade para formar e exprimir a sua opinião sobre um concreto aspecto da intervenção e outra, em que a criança, embora, possa exprimir a sua opinião sobre um dos aspectos da intervenção, não possui capacidade para compreender todo o seu sentido.

Veja-se, por exemplo, um bebé abusado: tem capacidade para exprimir o que sente em relação ao agressor, mas poderá não ter capacidade para compreender a forma como decorre o processo destinado a promover os seus direitos e a protegê-lo.

Ou seja, possui aptidão para manifestar o seu sentir sobre as causas da intervenção (o abuso) e até mesmo a medida da protecção⁴⁹, (a reacção que assume em relação ao agressor) mas já não tem capacidade para compreender, por exemplo, o modo como decorre e se processa a intervenção.

Neste caso, incumbe ao aplicador do direito, através de uma decisão fundamentada, avaliar a capacidade da criança, para aqueles dois efeitos.

Assim, quanto às crianças com menos de 12 anos de idade, é deixado ao decisor, de um lado, a aferição concreta da capacidade natural da criança para formar e emitir uma opinião sobre um concreto assunto (capacidade de discernimento), e, de outro, avaliar a capacidade criança para compreender o sentido da intervenção, para os efeitos de definição da sua posição processual em relação à prática de determinados actos.

⁴⁸ A informação que é prestada à criança, e bem assim, a descrição das opiniões que emite para, depois, serem registadas e por ela confirmadas, devem ser descritas em linguagem adaptada e adequada ao nível da compreensão da criança, conforme dispõe o art. 86º já citado.

⁴⁹ Tem capacidade para exprimir o que sente em relação ao abusador e, por exemplo, à pessoa a quem possa vir a ser confiada.

O novo modelo de justiça de crianças e jovens recorre a dois critérios para preencher o conceito de capacidade de discernimento⁵⁰ da criança para formar e exprimir a sua opinião: um objectivo e um outro subjectivo⁵¹.

No primeiro, fixa o limite de idade – 12 anos – acima do qual todas as crianças podem exercer, pessoal e livremente, os direitos que directa, expressa e legalmente lhe são conferidos.

No segundo, para as crianças com menos de 12 anos de idade, remete para decisor, a averiguação concreta da sua capacidade natural para formar e exprimir em função de um determinado assunto, o que impõe, uma decisão casuística, devidamente fundamentada⁵².

2.4. A capacidade da criança para compreender o sentido da intervenção

Já se deixou nota da relevância que é dada à opinião da criança, quando esta, com menos de 12 anos de idade, tem capacidade para compreender o sentido da intervenção.

Também já explicámos que esta capacidade se distingue da capacidade de discernimento da criança para formar e exprimir a sua opinião.

Mas o que se entende por capacidade para compreender o sentido da intervenção?

A intervenção em matéria de infância e juventude destina-se a promover os direitos e a proteger as crianças e os jovens em perigo, de forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral e só está legitimada quando se

⁵⁰ A que alude o art. 12º, nº 1, da Convenção Sobre os Direitos da Criança e o art. 3º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança.

⁵¹ E, compreende-se que assim seja: Crianças mais novas podem ter um maior nível de desenvolvimento das suas capacidades de entendimento, de orientação e maturidade do que outras mais velhas. «Investigações demonstraram que a informação, ambiente, meio ambiente e expectativas sociais e culturais e os níveis de apoio, todos contribuem para o desenvolvimento das capacidades de uma criança para formar uma opinião. Por esta razão, as opiniões das crianças têm de ser avaliadas caso a caso». *Comentário Geral* nº 12, pág. 11.

⁵² O dever de fundamentação das decisões judiciais encontra-se constitucionalmente consagrado, no artigo 205.º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa, devendo obedecer às formas previstas na lei. Para as decisões proferidas em processos de natureza civil, a forma da fundamentação encontra-se no art. 154º, nº 1 do Código de Processo Civil.

verifique perigo para a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento⁵³.

A capacidade para compreender o sentido da intervenção compreende a aptidão natural da criança para, de um lado, perceber que a situação de perigo que vivencia, justifica a intromissão de terceiros na sua vida e na da sua família para a proteger, e, de outro, que a solução a encontrar terá sempre em conta o seu bem-estar, o seu desenvolvimento, com total respeito pelos seus direitos e pelos da sua família.

Por isso, é necessário, ouvir a criança, deixá-la exprimir naturalmente o que sente, a sua opinião, e só depois, ajuizar se, no concreto, com os demais elementos, manifesta capacidade para entender as razões e o modo da intervenção, segundo o seu olhar e o seu estágio de desenvolvimento bio-psico-social.

É no primeiro contacto com a criança, que esta deve ser informada dos seus direitos, nomeadamente, o de contactar, com garantia de confidencialidade, com o Ministério Público e com o juiz, nos termos do art. 58º, al. g.

Vale isto para dizer que a capacidade de compreender o sentido da intervenção deve ser interpretada de forma a poder chegar a todas as crianças que, minimamente, consigam perceber e entender que o papel que a comissão ou o tribunal têm nas suas vidas, é para a sua protecção e que respeita integralmente os seus direitos.

2.5. A relevância da opinião da criança com capacidade para compreender o sentido da intervenção

Já se disse acima, que a oposição da criança com idade inferior a 12 anos, que seja considerada relevante de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção, tem os mesmos efeitos que a oposição da criança com idade igual ou superior a 12 anos.

⁵³ O perigo pode ser causado pelos seus pais, representante legal ou pela pessoa que tenha a guarda de facto, por omissão de terceiros ou pela própria criança. Nestes dois últimos casos só legitima a intervenção se os pais, o representante legal ou a pessoa que tenha a guarda de facto não realizarem as diligências adequadas a removê-lo – art. 3º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.

A questão que agora se coloca é a de saber, se à criança com menos de 12 anos, que tenha capacidade para compreender o sentido da intervenção, mas não deduza oposição, lhe é conferida uma posição processual equivalente à da criança com idade igual ou superior a 12 anos, podendo, conseqüentemente, exercer pessoal, livre e autonomamente exercer os mesmos direitos que expressamente a esta são conferidos.

Entendemos que sim.

Desde logo, porque assim decorre directamente dos actos processuais que expressamente o referem, a saber: 11º, al. c); 55º, nº 1, al. c); 62º, nº 2; 87º, nº 1 e 3; 95º; 98º, nº 2 e 3 e 113º, nº 1.

Depois, porque existem actos processuais que conferem a toda a criança, independentemente da idade, uma participação autónoma em relação aos demais intervenientes, quais sejam: 93º, nº 1; 94º, nº 1 e 2; 103º, nº 2, primeira parte e nº 4; 104º; 107º, nº 1 e 123º, nº 2.

Por último, porque se a oposição da criança em relação ao acordo de promoção e protecção for considerada relevante, de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção, lhe deve ser dada oportunidade de alegar por escrito e requerer diligências de prova, nos termos do art. 114º, nº 1, sob pena de se violar o principio do contraditório, a que alude o art. 104º.

O conjunto de normativos elencados fazem-nos concluir que o legislador quis conferir à criança ou jovem com capacidade para compreender o sentido de intervenção, a mesma posição processual, que conferiu às crianças ou jovens com idade superior a 12 anos.

3. A audição da criança

Não basta conceder à criança o direito a ter uma palavra sobre uma questão que a afecte. É necessário valorar o que diz sobre aquela matéria, o que pressupõe que se dê à criança a oportunidade de falar e de ser ouvida.

Nisto se traduz o direito de audição que, para ser garantido, há-se ser obrigatório.

O direito de participar exerce-se ouvindo a criança. É, pois, necessário que sejam criadas todas as condições para que a criança possa exprimir a sua opinião, sendo ouvida.

Fazendo nossas as palavras da Recomendação CM/Rec (2012) 2 do Comité dos Ministros aos Estados Membros acima mencionada:

O direito da criança a ser ouvida e levada a sério, é fundamental para a dignidade humana e para o desenvolvimento saudável de cada criança e jovem;

O n.º 2 do art. 12.º, da Convenção sobre os Direitos da Criança, reconhece e garante à criança a oportunidade de ser ouvida naqueles processos, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

A representação a que aqui se alude não corresponde necessariamente à representação legal, enquanto forma de suprimento de incapacidade de estar por si só no processo

O representante da criança leva ao processo a opinião desta, sendo o seu porta-voz. Por isso, deve transmitir, as opiniões da criança e não as suas, independentemente daquela opinião estar ou não de acordo com os interesses da criança. A preocupação do representante deve ser a de assegurar a reprodução fiel do ponto de vista do representado ⁵⁴.

Esta interpretação foi acolhida, entre outras, pela Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, que, para além da representação referida nos art.s 4.º e 9.º, prevê, no seu art. 5.º:

«Nos processos perante autoridade judicial, que digam respeito às crianças, as Partes deverão considerar a possibilidade de lhes conceder direitos processuais adicionais, em especial:

a) o direito de pedirem para serem assistidas por uma pessoa adequada, da sua escolha, que as ajude a exprimir a sua opinião;

⁵⁴ Comité dos Direitos das Crianças das Nações Unidas, *Comentário Geral*, n.º 12, ponto 35.

b) O direito de pedirem, elas próprias ou outras pessoas ou entidades por elas, a designação de um representante distinto, nos casos apropriados, um advogado;

c) O direito de nomear o seu próprio representante;

d) O direito de exercer, no todo ou em parte, os direitos das partes em tais processos.

Em suma:

O direito de audição da criança nos processos em que se tomem decisões que a afectem é uma das formas de garantir o exercício do direito à palavra, através da qual, exprime a sua opinião e contribui para a decisão que vier a ser tomada.

A audição da criança garante, assim, o seu direito a participar na decisão que a afecte.

Também aqui, a questão se coloca em relação à criança com idade inferior a 12 anos, pois, há quem defenda⁵⁵ que, para estas crianças o diploma não impõe a regra da audição obrigatória.

A audição, enquanto meio que garante a participação da criança nas decisões que sejam proferidas nos processos que lhe digam respeito, pode ser vista e apreciada num duplo sentido: amplo e restrito.

Em sentido amplo, abrange o direito de se pronunciar sobre todas as questões processuais que lhe digam respeito com uma natureza e dimensão semelhante à do princípio do contraditório.

Em sentido restrito, a audição da criança ou jovem consiste na sua audição pela comissão ou pelo juiz, que se impõe, como obrigatória, nos termos dos artigos 84º, 94º e 107º, nº 1, al. a).

⁵⁵ Como resulta claramente no Acórdão da Relação de Coimbra de 29 de Março de 2011, quando se afirma que: não existe na lei nacional a obrigatoriedade de se proceder à audição do menor.

2. 1. **Audição em sentido amplo**

O contraditório, consagrado no art. 104º, é assegurado à criança ou jovem, aos seus pais, representante legal ou quem tenha a sua guarda de facto, podendo estes, para esse efeito: requerer as diligências e oferecer meios de prova (nº1), apresentar alegações escritas no debate judicial (nº2), sendo-lhe assegurado o contraditório.

A nomeação obrigatória de patrono à criança ou jovem quando os seus interesses e os dos seus pais, representante legal ou de quem tenha a guarda de facto sejam conflitantes (103º, nº 2, primeira parte da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo), e a obrigatória constituição de advogado ou de nomeação de patrono à criança ou jovem, no debate judicial (art. 103º, nº 4, da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo), manifestam-se não só como formas de audição da criança e do jovem, mas também como meios que garantem o contraditório.

De igual modo, o direito a consultar o processo através do seu advogado ou pessoalmente, se o juiz o autorizar, atendendo à sua maturidade, capacidade de compreensão e natureza dos factos (art. 88º, nº 4), garante o exercício do direito de participação do jovem no processo.

Também, o direito à nomeação obrigatória de advogado, quando criança com «maturidade adequada» a solicitar ao tribunal e o direito ao recurso, nos termos do art. 123º, nº2, efectiva o direito de audição e de participação da criança.

Evidenciam estes preceitos a autonomia da criança, tenha a idade que tiver, em relação aos seus pais, seu representante legal ou pessoa que tenha a guarda de facto. Como asseguram à criança o direito de se pronunciar sobre as questões que a afectam, independentemente da posição assumida pelos seus pais, seu representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto.

Todos estes direitos são meios de garantir a participação da criança nos actos processuais e nas definições das medidas, tal como se exige no princípio orientador da audição obrigatória e participação.

Porém, a prática indica que estes direitos não se concretizam, em face da ausência de um regime legal que garanta a representação efectiva das crianças

nos processos e a ausência de decisão que, em concreto, se pronuncie, sobre a capacidade da criança para compreender o sentido da intervenção.

Nestas circunstâncias e no sistema jurídico actual, recai sobre os advogados e o Ministério Público, enquanto representantes⁵⁶ processuais das crianças, o papel de garante do direito de participação e de audição da criança, incidindo sobre eles o especial dever de ouvir a opinião da criança.

Para além disso, impende sobre a comissão de protecção e sobre o juiz, o dever de, casuisticamente, avaliar e decidir a relevância da opinião da criança, de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção, para efeitos da definição da sua posição processual.

2. 2. **Audição em sentido restrito**

Especial relevo, merece a audição da criança e do jovem que, quanto a nós, se impõe como obrigatória, nos termos dos artigos 84º, 94º e 107º, al. a).

Dispõe o art. 84º da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo que:

«1 – As crianças e os jovens com mais de 12 anos, ou com idade inferior quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe, são ouvidos pela comissão de protecção ou pelo juiz sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e protecção.

2 – A criança ou o jovem tem direito a ser ouvido individualmente ou acompanhado pelos pais, pelo representante legal, por advogado da sua escolha ou oficioso ou por pessoa da sua confiança».

Há quem entenda⁵⁷ que, por força do teor do primeiro destes preceitos, se pode inferir que as crianças com menos de 12 anos, não têm, por regra, capacidade para compreender o sentido da intervenção

⁵⁶ A representação de um e de outro são diferentes. Enquanto a do primeiro decorre do patrocínio judiciário ou da constituição de mandatário, a do segundo decorre das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 72º, em especial o nº 3, e bem assim do Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei nº 60/98, de 27, de Agosto.

⁵⁷ Neste sentido, cf. o Acórdão da Relação de Coimbra de 29 de Março de 2011.

Dir-se-á: se o legislador fixou a idade igual ou superior a 12 anos para impor a audição obrigatória aos jovens daquela faixa etária, presumiu que estes tinham capacidade para entender o sentido da intervenção. *A contrario*, resulta para as crianças com idade inferior uma regra de incapacidade para compreenderem o sentido da intervenção, exigindo que, casuisticamente, seja demonstrado o contrário.

Salvo o devido respeito, não concordamos com esta posição, não só porque contaria a concepção de criança, como um sujeito autónomo, titular de direitos e a natureza de direito fundamental da participação e audição da criança, mas também porque, aqui, a capacidade não se infere de nenhum facto objectivo, mas de um factor subjectivo a avaliar casuisticamente.

A formulação legal que atribui o direito à audição das crianças com mais de 12 anos é feita pela positiva, não havendo qualquer norma em todo o diploma que consagre, uma regra geral de incapacidade para aqueles que ainda não tenham completado os 12 anos, parecida com a do art. 123º do Código Civil que, como já vimos, não se pode transportar para o novo modelo de justiça de crianças e jovens.

O que exige o art. 84º, nº 1, é que o decisor ajuíze, casuisticamente, o estágio de desenvolvimento natural da criança em relação àquele assunto concreto – se o habilita ou não a compreender o sentido da intervenção e se, naquelas circunstâncias é aconselhável a audição da criança.

A criança ou jovem tem o direito a ser ouvido⁵⁸, individualmente ou acompanhado pelos pais, pelo representante legal, por advogado da sua escolha ou oficioso ou por pessoa de confiança.

Tudo com o desiderato de criar as melhores condições para que, livremente, possa exprimir a sua opinião sobre a situação que vivencia, sobre as situações que deram origem à intervenção, aplicação, revisão ou cessação da medida de promoção ou protecção.

⁵⁸ Pode acontecer que a criança não esteja disponível para prestar declarações. Neste caso, torna-se necessário perceber se a recusa em exprimir-se é um acto da sua vontade ou se pelo contrário decorre de alguma influência externa para o fazer.

De todo o modo, quando se chegar à fase processual a que respeita o art. 84º, já o decisor tem tomada a decisão sobre se a opinião da criança releva ou não para efeitos de «compreender o sentido da intervenção».

Com efeito, a comissão já tomou o primeiro contacto com a criança, nos termos do art. 94º, já a ouviu e verificou se a criança tem ou não aptidão natural para compreender o sentido daquele acto ou dos actos processuais que se lhe seguirem.

Também o juiz, no primeiro contacto que tem com o processo, na fase judicial, nos termos do art. 107º, nº 1, al. a) da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, já ouviu a criança e avaliou o seu desenvolvimento natural da criança para compreender o sentido da intervenção.

Não terá sido por acaso, que a lei impôs, clara, expressamente, e quanto a nós, indubitavelmente, a primeira audição da criança, como obrigatória, tenha ela a idade que tiver.

O início do processo é o melhor momento para que se avalie, em concreto, o estágio de desenvolvimento físico, intelectual e psicológico da criança com vista a aferir a melhor e mais adequada forma de garantir o direito de participação e audição e a verificar qual o melhor modo de actuação em relação à criança.

Este será um dos motivos pelos quais, a Comissão e o juiz, têm o dever de ouvir a criança, no primeiro contacto que têm com o processo [art. 94º e 107º, nº 1, al. a)], concretizando, assim, o conceito de audição obrigatória a que se refere o principio orientador inserto no art. 4º, al. i)⁵⁹.

Note-se que, em nenhum destes preceitos, se estabelece um qualquer limite de idade para a audição obrigatória da criança.

O mesmo é dizer que, por regra, a lei presume que a criança, tenha a idade que tiver, tem capacidade para poder exprimir a sua opinião, através desta audição obrigatória perante a comissão ou perante o juiz.

⁵⁹ Defendemos, pois, que a criança deve ser ouvida directamente pelo juiz, ainda que com recursos aos meios previstos no art. 86º, nº 2, da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. Contudo, se e quando as características específicas da criança o exigirem, pode encarregar-se um técnico especializado para proceder à audição da criança. Sobre esta questão cf. a jurisprudência citada infra, nota 268.

Em primeiro lugar, porque não tendo o legislador limitado expressamente o direito das crianças a poderem exprimir a sua opinião perante a comissão ou perante o juiz, numa audição que se impõe com obrigatória, [art. 107º, nº 1, al. a)], e, sendo este, um direito fundamental da criança, não pode ser limitado pelo aplicador do direito, haja em vista, o disposto na Constituição da República Portuguesa sobre a restrição dos direitos, liberdades e garantias⁶⁰.

Em qualquer caso, também aqui, a interpretação das normas que limitam o direito a ser ouvida para exprimir a sua opinião, não pode deixar de ser restritiva e devidamente fundamentada⁶¹.

Em segundo lugar, porque, como já se afirmou, está vedado que a idade constitua um facto donde se possa presumir a incapacidade da criança para ser ouvida, exprimindo, assim, a sua opinião.

Em terceiro lugar, porque o exercício do direito da criança a exprimir a sua opinião está consagrado no ordenamento jurídico internacional, como seja, por exemplo, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de acordo com a qual a criança tem os direitos processuais «em todas as suas dimensões, em especial, o direito a ser informada, o direito a ser ouvida, o direito a defender-se em tribunal e o direito a ser representada»⁶².

Registe-se, ainda, o direito da criança a apresentar queixas no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, independentemente da capacidade civil para o exercício dos seus direitos processuais.

⁶⁰ Para além das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias expressamente consagradas (cf. art. 18º da Constituição da República Portuguesa), «existe um outro tipo de restrições a que a doutrina mais recente designou por **intervenções restritivas**. As **intervenções restritivas** consistem em actos ou actuações das autoridades públicas restritivamente incidentes, de modo concreto e imediato sobre um direito, liberdade e garantia ou direito de natureza análoga (ex: decisão judicial ...). Estas intervenções restritivas estão, desde logo, sujeitas aos princípios da constitucionalidade e da legalidade, mas além disso, estão juridicamente vinculadas à observância dos princípios fundamentais de um Estado de direitos fundamentais (proibição do excesso, proporcionalidade, adequação, necessidade) (...)» Canotilho, Gomes e Moreira, Vital (2007) *CRP Anotada – Artigos 1º a 107*, pág. 388.

⁶¹ Assim, nos casos em que coloque a questão da incapacidade da criança para exprimir a sua opinião, a comissão deve apreciar e decidir a questão, em deliberação fundamentada (art. 97º, nº 4), sujeita à fiscalização do Ministério Público, nos termos do art. 72º, nº 2 e 76º.

⁶² Directrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a Justiça adaptada às crianças, pág. 18.

«Uma simples carta, escrita numa das línguas oficiais de um dos Estados partes na Convenção, é suficiente para iniciar o processo em Tribunal, e assim, a hipótese de uma criança vir a apresentar queixa não é meramente teórica⁶³».

As normas que acabamos de enunciar, ao invés de sugerirem uma limitação à audição e participação da criança no processo, pelo contrário, apontam para uma intenção do legislador em garantir a efectiva participação e audição da criança nos actos processuais.

Tendo em vista o fundamento e a finalidade do direito de audição, um meio de garantir que a criança exerça de facto o direito de participação - nos dois elementos que o constituem: o direito de exprimir a sua opinião e o dever do decisor a levar em conta - podemos, afirmar que:

A audição da criança, tenha a idade que tiver, é obrigatória, nos processos de promoção e protecção.

Quando, em concreto, se verificar alguma limitação subjectiva àquele direito, seja, porque a criança não possui capacidade para compreender o acto em si, seja, porque a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o desaconselhe⁶⁴, seja porque o seu superior interesse assim o exige, impõe-se que a questão seja apreciada através de uma decisão fundamentada, susceptível de recurso, nos termos gerais.

III. Os processos do novo modelo de justiça de crianças e jovens

A reforma legislativa encabeçada pela Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo e pela Lei Tutelar Educativa, diferenciou as finalidades da intervenção tutelar de protecção e as finalidades da intervenção tutelar educativa, criou novos processos em matéria de infância e juventude e manteve a tipologia dos processos tutelares cíveis da Organização Tutelar de Menores.

⁶³ Barreto, Ireneu Cabral (2004) *Direitos da Criança na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*: Direitos das Crianças, Corpus Iuris Gentium Conimbrigae,

⁶⁴ Pode acontecer, que as circunstâncias do caso concreto justifiquem que a criança não seja ouvida. Veja-se, por exemplo, o caso de uma criança que, de forma livre, se recusa a falar sobre um determinado assunto, ou, ainda, quando a audição constitui para a criança um sofrimento psíquico ou emocional. Porém, nestes casos, não se trata de uma limitação ao exercício do direito em consequência de uma incapacidade da criança para exprimir a sua opinião, mas sim de uma situação específica que motiva a sua não audição.

O art. 147º A da Organização Tutelar de Menores⁶⁵ manda aplicar a todos aos processos «tutelares» cíveis, os princípios orientadores da intervenção previstos na lei de protecção de crianças e jovens em perigo, de entre os quais, consta o da audição obrigatória e participação da criança.

São três os tipos de processos do novo modelo da justiça⁶⁶: 1) processos de promoção e protecção 2) processo tutelar educativo e 3) processos tutelares cíveis.

A tipologia dos processos tutelares cíveis

Os processos tutelares cíveis, para efeitos do art. 147º A da Organização Tutelar de Menores, compreendem, quanto a nós, todas as providências processuais a que se reporta o único Título que regula a natureza e a forma dos processos, delas se excluindo os processos abrangidos pela Lei de Protecção e Crianças e Jovens em Perigo e pela Lei Tutelar Educativa.

Para efeitos de aplicação deste preceito, defendemos um conceito amplo de processos tutelares cíveis e não o conceito restrito que abrange especificamente os processos regulados nas Secções I a VI⁶⁷, do Capítulo II.

Com efeito, com as alterações introduzidas àquela jurisdição, a Organização Tutelar de Menores que era composta por quatro Títulos, subdividida por Capítulos e Secções, ficou reduzida, na sua substância, a um único⁶⁸ Título, com a designação de “Processos Tutelares Cíveis”, subdividido em dois Capítulos.

⁶⁵ Sob a epígrafe “Princípios Orientadores”.

⁶⁶ A diferenciação dos tipos de processo quanto à sua natureza tem relevância para outros efeitos jurídicos, como sejam, a fixação da competência e de apensação de processos (cf. art. 79º a 82º da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, art. 37º da Lei Tutelar Educativa e artigos 154º e 155º da Organização Tutelar de Menores).

⁶⁷ São eles: adopção (artigos 162º a 173º F); regulação do exercício das responsabilidades parentais (art. 174º a 185º); alimentos a menores (artigos 186º a 190º); entrega judicial de menores (art. 191º a 193º); inibição e limitação ao exercício do poder paternal (artigos. 194º a 201º) e averiguação oficiosa de maternidade ou paternidade (art. 202º a 207º);

⁶⁸ Já que o outro Título respeita apenas e só às disposições finais e transitórias.

Enquanto o primeiro disciplina as Disposições Gerais (art. 146º a 161º), o segundo regula a tramitação dos “Processos” adequados à apreciação das matérias tutelares cíveis, elencadas nas diversas alíneas dos artigos 146º⁶⁹ e 147º⁷⁰ da Organização Tutelar de Menores.

Para além dos já mencionados processos que especificamente constituem o núcleo duro dos processos tutelares cíveis – os das Secções I a VI – incluem-se naquele capítulo, as providências que tenham correspondência nos processos e incidentes regulados no Código de Processo Civil - art. 208º - e a acção tutelar comum que se adequa às providências que não tenham correspondência em nenhum dos processos anteriores (art. 210º).

Note-se, aliás, que as providências em matéria cível que tenham correspondência nos processos e incidentes do Código de Processo Civil seguem a forma de processo especial do art. 208º da Organização Tutelar de Menores, e não apenas os termos prescritos naquele diploma.

Por outro lado, algumas das matérias tutelares cíveis referidas no art. 146º, al. g), da Organização Tutelar de Menores, são da competência exclusiva do Ministério Público⁷¹ e seguem a tramitação prevista no Decreto-Lei nº 272/2001, de 13 de Outubro.

⁶⁹ As providências tutelares cíveis do art. 146º são as seguintes: a) Instaurar a tutela e a administração de bens; b) Nomear pessoa que haja de celebrar negócios em nome do menor e, bem assim, nomear curador geral que represente extrajudicialmente o menor sujeito ao poder paternal; c) Constituir o vínculo da adopção e decidir da confiança judicial do menor com vista à adopção; d) Regular o exercício do poder paternal e conhecer das questões a este respeitantes; e) Fixar os alimentos devidos a menores; f) Ordenar a entrega judicial do menor; g) Autorizar o representante legal dos menores a praticar certos actos, confirmar os que tenham sido praticados sem autorização e providenciar acerca da aceitação de liberalidades; h) Decidir acerca da caução que os pais devam prestar a favor dos filhos menores; i) Decretar a inibição, total ou parcial, e estabelecer limitações ao exercício do poder paternal; j) Proceder à averiguação oficiosa de maternidade ou de paternidade; l) Decidir, em caso de desacordo dos pais, sobre o nome e apelidos do menor;

⁷⁰ As providências tutelares cíveis do artigo 147º dizem respeito a: a) Havendo tutela ou administração de bens, determinar a remuneração do tutor ou administrador, conhecer da escusa, exoneração ou remoção do tutor, administrador ou vogal do conselho de família, exigir e julgar as contas, autorizar a substituição da hipoteca legal e determinar o reforço e substituição da caução prestada e nomear curador especial que represente menor extrajudicialmente; b) Nomear curador especial que represente o menor em qualquer processo tutelar; c) Converter, revogar e rever a adopção, exigir e julgar as contas do adoptante e fixar o montante dos rendimentos destinados a alimentos do adoptado; d) Decidir acerca do reforço e substituição da caução prestada a favor dos filhos menores; e) Exigir e julgar as contas que os pais devam prestar e f) Conhecer de quaisquer outros incidentes dos processos referidos no artigo anterior.

⁷¹ Art. 2º, nº 1, al. b) e d) e 4º, nº1 do Decreto-Lei nº 272º/2001, de 13 de Outubro.

Também o exercício das responsabilidades parentais, quando homologado pela Conservatória do Registo Civil⁷² ou pelo tribunal, nos processos de divórcio por mútuo consentimento, mantém a natureza de matéria tutelar cível, não obstante ser decidido em processo de divórcio por mútuo consentimento.

A decisão sobre a regulação do exercício das responsabilidades parentais a que se refere o art. 1778º-A, do Código Civil, constitui, também, uma «matéria tutelar cível».

O mesmo é dizer, que a expressão «processos tutelares cíveis» usada pelo art. 147º A, da Organização Tutelar de Menores, abrange os processos adequados a apreciar todas as matérias tutelares cíveis e não apenas aqueles que, em sentido, específico, são entendidos como tal.

Acresce que, surgindo o mencionado art. 147º A, para adaptar as medidas tutelares cíveis ao novo modelo de justiça de crianças e jovens, e que este, por sua vez, garante o reconhecimento do direito previsto no art. 12º, nº 2, da Convenção Sobre os Direitos da Criança, então o princípio da audição e participação consagrado no art. 4º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo – o novo modelo da justiça – tem, também, de ser assegurado às crianças em todos os processos que lhes digam respeito, e não apenas em alguns deles.

A este propósito, pronunciou-se o Tribunal de Relação de Lisboa de 5 de Julho de 2000⁷³.

Por estes motivos, somos a concluir que os processos tutelares cíveis, para efeitos do disposto do art. 147º A, compreendem todos os processos previstos no Título II da Organização Tutelar de Menores e os que regulam as matérias tutelares cíveis abrangidas pelos artigos 146º e 147º da Organização Tutelar de Menores, sejam elas da competência do Tribunal, do Ministério Público ou da Conservatória do Registo Civil.

⁷² Com prévio parecer do Ministério Público (cf. art. 1776º A, nº 1 do Código Civil e art. 14º do Decreto-Lei nº272/2001, de 13 de Outubro).

⁷³ Colectânea de Jurisprudência, ano XXV, Tomo IV, pág. 79 a 80.

Pelo menos, quanto a estes processos, são aplicáveis os princípios orientadores da intervenção previstos na lei de protecção das crianças e jovens em perigo, com as necessárias adaptações, onde se inclui o da participação e audição da criança, com a dimensão e conteúdo que aqui defendemos.

Participação e audição vs Assistência a que alude o art.º 175º da Organização Tutelar de Menores

Defende-se no Acórdão da Relação de Coimbra de 29 de Março de 2011, que as normas do direito nacional que regem a audição da criança nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais são as que constam na Organização Tutelar de Menores, designadamente o disposto no art. 175º, que concede ao juiz o «*poder de autorizar a assistência do menor, tendo em atenção a sua idade e grau de maturidade*» na conferência de pais para a regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Daí se conclui, que o juiz não está vinculado à audição obrigatória da criança, antes lhe concede a faculdade de, casuisticamente, avaliar se a audição da criança se adequa ao interesse desta, decidindo, depois, em conformidade se procede ou não à sua audição.

Salvo o mui e devido respeito, não concordamos com esta posição.

Com efeito,

Nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais⁷⁴, a intervenção do juiz obedece ao princípio orientador da audição obrigatória e de participação consagrado no art. 4º, al. i) da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, *ex vi* art. 147º A da Organização Tutelar de Menores.

O poder do juiz em autorizar a assistência da criança na conferência a que alude o art. 175º da Organização Tutelar de Menores, não exclui nem afasta o direito da criança exprimir a sua opinião sobre o exercício das responsabilidades parentais, sendo certo que se trata de um assunto familiar importante.

⁷⁴ Como, aliás, dos demais tutelares cíveis, em especial, aqueles em que se apreciam questões conexas com as responsabilidades parentais.

Aquele poder não desobriga o juiz do dever de ouvir a criança e de valorar a sua opinião, de acordo com a sua idade, maturidade e capacidade para compreender o acto em questão, através de despacho fundamentado.

E, se, em concreto, se verificar que a criança não possui capacidade para formar e exprimir a sua opinião, deve tal questão ser apreciada, através de decisão judicial fundamentada.

O mesmo acontece, quando, *in casu*, se verificar que o interesse da criança se opõe ou desaconselha a sua audição, deve o juiz, também, por despacho fundamentado, decidir em conformidade.

Donde, o teor do art. 175º da Organização Tutelar de Menores⁷⁵ tem de ser interpretado à luz do novo modelo de justiça de crianças e jovens, que integra a dimensão e o conteúdo do direito de participação de audição vigente no direito internacional.

Por isso, o poder de autorização da presença da criança na conferência de pais ou outra diligência equivalente, não desobriga o juiz de ouvir e valorar a opinião desta sobre os aspectos integradores das responsabilidades parentais.

Antes, lhe concede a faculdade de, em função da idade e da maturidade da criança, poder determinar o melhor momento e o melhor modo de a ouvir: se na conferência de pais a que alude o art. 175º ou num outro momento.

Pressuposto é, que se assegure o direito de participação e audição da criança num assunto tão importante da sua vida, como é o da regulação e questões conexas à sua relação com cada um dos seus pais.

O poder do juiz a autorizar a assistência da criança na conferência de pais ou outra, pode e deve ser conciliado com o direito de participação e audição da criança no processo em que se discutam questões relacionadas com as responsabilidades parentais.

⁷⁵ Casanova, J.F. Salazar (2006) *O Regulamento (CE) nº 2201/2003 do Conselho e o princípio da audição da criança* in Scientia Juridica, Tomo IV, nº 306, pág. 219 defende a derrogação do art. 175º interpretado no sentido de que o tribunal tem a faculdade de autorizar a assistência do menor à conferência, ou seja, no sentido de que o tribunal pode, de acordo com o seu critério, dispensar a presença da criança ou a sua audição ainda que ela disponha de idade e grau de maturidade suficiente.

Em suma, nos processos de natureza cível, nomeadamente, o de regulação do exercício das responsabilidades parentais, recai, sobre o juiz o dever de proceder à audição da criança e do jovem, com vista a que este emita a sua opinião sobre o assunto a decidir, seja na conferência de pais ou noutro acto equivalente.

Tanto não significa que a vontade da criança ou jovem se imponha por si. O seu superior interesse bem pode exigir uma decisão diferente daquela. Porém, a decisão final, seja ela qual for, deve ser tomada com total respeito e salvaguarda, pelos direitos inerentes à sua dignidade de pessoa humana, em crescimento e autonomia progressivos, em particular, pelo direito de participar e ser ouvida nos processos que lhe dizem respeito.

Conclusões:

Olhar para a criança como um ser “menor”, indefeso, dependente total da protecção dos seus pais e/ou outros adultos, que, com toda a certeza, fariam sempre e em qualquer circunstância tudo o que fosse preciso em seu benefício, manteve-se inalterada durante séculos e séculos. E, de tal maneira, esta concepção se enraizou na nossa sociedade que olhar a criança, como pessoa, sujeito autónomo e pleno de direitos, tem sentido grandes dificuldades de interiorização e concretização.

Ainda no século passado, o menor, apesar de ser um sujeito protegido pelo direito, não era respeitado como uma pessoa que reclamava para si e pelo facto de o ser, os direitos que lhe eram inerentes, consagrados, designadamente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Declaração Universal dos Direitos da Criança, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na Convenção Sobre os Direitos da Criança e na Constituição da República Portuguesa, ou seja, não se lhe reconhecia a qualidade de criança, sujeito de titular de direitos.

O novo modelo de justiça para as crianças e jovens implementado pela Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo e pela Lei Tutelar Educativa, acolhe a concepção de criança, como uma pessoa em desenvolvimento, com autonomia progressiva, um sujeito, titular de direitos.

Esta nova concepção de criança constitui, assim, o pilar de toda a jurisdição de crianças e jovens, constituindo o ponto de partida e de chegada para a interpretação e aplicação de todo o “Direito de Menores”. Tanto significa que as estatuições legais que, ainda sugerem o «menor» como um sujeito protegido pelo direito, devem ser interpretadas à luz da nova concepção, de criança sujeito, titular de direitos.

As medidas protectivas e tutelares visam, precisamente, a promoção dos direitos e de protecção das crianças, de forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral.

Para tanto, instituíram-se princípios a que deve obedecer a intervenção em matéria de infância e juventude, entre os quais, se conta o superior interesse da criança e o da sua audição obrigatória e participação.

Este último é definido com a mesma dimensão para crianças e jovens (independentemente da idade) e para os pais, representantes legais ou pessoa que tenha a guarda de facto: todos têm direito a ser ouvidos e a participar nos actos e na definição da medida e/ou providência de natureza cível.

A capacidade natural da criança para formar e exprimir uma opinião (capacidade de discernimento) não se confunde com o direito à valoração daquela, segundo os critérios de maturidade, ou capacidade de compreender o sentido de intervenção.

A legislação nacional não define nenhum critério objectivo que determine, em abstracto, o momento a partir do qual a criança adquire capacidade de discernimento para participar e ser ouvida no processo.

Antes recorre aos dois critérios – objectivo e subjectivo - para preencher aquele conceito.

No primeiro, fixa o limite de idade (12 anos) acima do qual todas as crianças podem exercer, pessoal e livremente, os direitos que directa, expressa e legalmente lhe são conferidos.

No segundo, para as crianças com menos de 12 anos de idade, remete para decisor, a averiguação concreta da sua capacidade natural em função de um

determinado assunto para formar e exprimir uma opinião, o que impõe, uma decisão casuística, devidamente fundamentada.

A idade – 12 anos – se, de um lado, constitui, um limite acima do qual, se confere a todos os sujeitos que a possuam, capacidade para, por si, livre e autonomamente, exercerem os direitos de participação e audição que, expressamente, lhes são conferidos por lei, de outro, não constitui um limite abaixo do qual, se deva presumir a incapacidade dos «menores de 12 anos» para exercerem aquele mesmo direito.

É que, para os primeiros existe um limite legal e objectivo, a partir do qual, se confere a uma pessoa determinados direitos, enquanto que, para os segundos, a determinação da capacidade é deixada ao aplicador do direito que a deve verificar no caso concreto.

Não se pode presumir dos direitos de participação e audição que directa e expressamente emergem da lei para as crianças com idade igual ou superior a 12 anos, que o legislador tencionou estabelecer uma regra geral de incapacidade das crianças - com idade inferior àquela - para formar e exprimir a sua opinião.

O ordenamento jurídico internacional e interno reconhece expressamente a todas as crianças, o direito de participarem e de serem ouvidas em todas as decisões que lhe dizem respeito.

Trata-se de um direito fundamental inerente ao desenvolvimento integral da criança, o direito ao desenvolvimento da sua personalidade.

Por isso, qualquer limitação àquele direito tem de se fundamentar em lei expressa.

Inexistindo previsão legal a determinar que a criança com menos de 12 anos, carece de capacidade geral para formar e exprimir a sua opinião, está vedado ao aplicador do direito, ficcionar da idade uma presunção legal daquele tipo de incapacidade.

A declaração de «não oposição» do art. 10º da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, pressupõe que as crianças sejam efectivamente informadas dos seus direitos, sejam ouvidas e envolvidas na intervenção, de molde a

formarem e a dizerem livremente o que pensam, sobre a situação que estão a vivenciar.

Por isso, para garantir que as crianças exercem este direito, devem os autos reproduzir a opinião que a criança manifestou em relação a determinado assunto, seja ela qual for, e que pode ir desde a aceitação à rejeição da intervenção ou acordo, passando pelo silêncio.

Os silêncios não equivalem, a nosso ver, a declarações tácitas de aceitação.

A opinião da criança deve ser valorada e considerada pelo decisor de acordo com a sua maturidade e capacidade da criança para compreender o sentido da intervenção.

A criança com menos de 12 anos que manifestar capacidade para compreender o sentido da intervenção ocupa no processo posição idêntica à das crianças com idade igual ou superior àquela.

A audição da criança, seja em sentido amplo, seja em sentido restrito é obrigatória. O primeiro equivale, a nosso ver, ao princípio do contraditório. O segundo corresponde às previsões legais excepcionais que impõem a audição obrigatória da criança perante a comissão e perante o juiz.

O novo modelo de justiça para as crianças e jovens consagra o direito de participação e audição da criança que não pode continuar a ser perspectivado como uma mera formalidade a cumprir.

Recorde-se que, cada processo para tomada de uma qualquer decisão judicial tem um rosto, o rosto de uma criança ou jovem, a quem se tem de prestar a partir do primeiro momento, uma atenção cuidadosa e adequada à sua idade, não só porque se trata de um ser frágil, merecedor de protecção, mas porque é uma pessoa que exige o respeito pela sua identidade e autonomia.

Só conhecendo e ouvindo a criança ou jovem, se poderá avaliar do seu grau de maturidade e da capacidade de querer e de entender, caso contrário, não se cumprirá, na íntegra, o direito de participação e audição da criança ou jovem nas questões que lhe dizem respeito.

Mais do que se proclamar, em abstracto, o direito que cada criança tem de ser ouvida, deve interiorizar-se e assumir na prática, o correlativo dever de a

conhecer, de conhecer a sua verdadeira história de vida, de valorar a sua palavra, impondo-se ao decisor que vá ao seu encontro e não esperar que alguém a faça chegar até ele.

Ir ao seu encontro significa, não só, ler o requerimento inicial que impulsiona um processo judicial e todos os documentos que o acompanham, mas, mais do que isso, ouvir o que cada criança sente e pensa, a sua verdade, nem que para isso seja necessária a deslocação ao local em que se sinta segura.

A necessidade de ir ao encontro da criança leva, ainda, a garantir que aquele se faça em contextos de vida que não sejam ameaçadores para a criança ou jovem, ainda que tal signifique a audição da criança em local diferente do tribunal⁷⁶.

A Criança ou jovem deve sentir que Juiz e o Ministério Público estão, de facto disponíveis, para a ouvirem e que são os garantes da efectiva concretização dos seus direitos. ■

Alcina Costa Ribeiro
Juíza Desembargadora

⁷⁶ Seria importante, para este efeito, que no Tribunal existisse uma sala acolhedora e informal. Mas sabe-se que tal não acontece na maioria dos nossos Tribunais. Se tal não acontecer, sempre se pode criar no próprio gabinete (e antes do momento da audição da criança) um espaço com algum material didáctico adequado à sua idade.



PRIMADO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

ANTES E DEPOIS DO TRATADO DE LISBOA

Maria Margarida Acates Candeias

Advogada

RESUMO

Este pretende reavivar um dos temas que, ao longo dos tempos tem vindo a suscitar paixões e desencantos aos estudiosos do Direito da União e das Comunidades Europeias, doravante Direito da União Europeia. Abordar este antigo debate doutrinário fez-nos perceber que ele continua vivo, muito mais sólido do que antes, e sobretudo, constitutivo do âmago principal de uma ordem jurídica própria que é integrada no sistema jurídico dos seus Estados-membros, a União Europeia.

O tema do primado do Direito da União requer a análise dos seus importantes compósitos: a autonomia do Direito da União Europeia, a sua introdução nos ordenamentos jurídicos estaduais e a sua primazia sobre as normas jurídicas nacionais. É nestes compostos que ele se auto-firma e sobrevive. Por outro lado, o primado edifica e mantém segura toda a estrutura do Direito da União Europeia.

O facto de o princípio do primado não vir inscrito no Tratado de Lisboa, na senda do que sucedeu com os Tratados constitutivos da União e das Comunidades Europeias, bem como com as suas sucessivas revisões, em nada prejudica a existência do dito princípio, nem a atual jurisprudência do Tribunal de Justiça.

PRIMADO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

ANTES E DEPOIS DO TRATADO DE LISBOA

Maria Margarida Acates Candeias

Advogada

“Deus criou o Homem e plantou nele, (...) um forte desejo de preservação de si mesmo, (...) Pois o desejo, o forte desejo de preservar a sua vida e o seu ser foi plantado no homem como um princípio de ação do próprio Deus; assim, a razão, que era a voz de Deus no homem, ensinou-lhe e assegurou-lhe que, ao prosseguir esta inclinação natural do seu ser, (...) estaria a corresponder à vontade do seu Criador (...).”

JOHN LOCKE, *Dois Tratados do Governo Civil*, I. § 86, Edições 70, 2006.

I. Enquadramento geral do tema

O nosso estudo pretende reavivar um dos temas que, ao longo dos tempos tem vindo a suscitar paixões e desencantos aos estudiosos do Direito da União e das Comunidades Europeias, doravante Direito da União Europeia. Abordar este antigo debate doutrinário fez-nos perceber que ele continua vivo, muito mais sólido do que antes, e sobretudo, constitutivo do âmagão principal de uma ordem jurídica própria que é integrada no sistema jurídico dos seus Estados-membros, a União Europeia.

O tema do primado do Direito da União requer a análise dos seus importantes compósitos: a autonomia do Direito da União Europeia, a sua introdução nos ordenamentos jurídicos estaduais e a sua primazia sobre as normas jurídicas nacionais. É nestes compostos que ele se auto-firma e sobrevive. Por outro lado, o primado edifica e mantém segura toda a estrutura do Direito da União Europeia.

A criação e consolidação do princípio do primado tem uma história. Ele é na verdade essa mesma história, porque dela se não desliga. É produto de todo um trabalho e construção jurisprudencial que se foi enlaçando à própria

evolução da integração europeia. Portanto, só é possível compreender o primado hoje, se viajarmos até aos primórdios da epopeia jurisprudencial europeia.

O mais recente instrumento jurídico de revisão do Tratado da União Europeia (TUE) e do Tratado da Comunidade Europeia (TCE) foi assinado em Lisboa em Dezembro de 2007, optando por não contemplar no seu corpo, expressa e formalmente o princípio do primado do Direito da União Europeia.

Como veremos no decorrer deste trabalho, o facto de o princípio do primado não vir inscrito no Tratado de Lisboa, na senda do que sucedeu com os Tratados constitutivos da União e das Comunidades Europeias, bem como com as suas sucessivas revisões, em nada prejudica a existência do dito princípio, nem a atual jurisprudência do Tribunal de Justiça.

É verdade que o se primado assume-se hoje como um elemento fundamental do *acquis communautaire*. É sobretudo, a resposta à questão que se coloca o Juiz de um qualquer Estado-membro, sempre que exista um caso de conflito entre uma norma comunitária e uma norma nacional. Respeitando o princípio do primado do Direito da União, aquele Juiz deve dar prevalência à norma comunitária, considerando a norma nacional inaplicável ao caso, sem todavia ela ser afetada na sua validade.

Esta hegemonia, ou melhor dito, esta supremacia do Direito da União Europeia sobre os direitos nacionais emana do espírito e da essência tão peculiar daquele direito, constituindo a problemática fulcral das relações entre a ordem jurídica da União e as diferentes ordens jurídicas dos Estados membros.

O processo de integração europeia (embora exista de facto, uma integração diferenciada e de direito, uma real unidade normativa ¹) tem-se desenvolvido não isento de inúmeras tensões nas relações ente a União e os seus membros, mas também é sabido que a construção jurídico-dogmática do primado e a sua progressiva aceitação pelos Estados resultam da delegação de

¹ Cfr. a obra de Christine Guillard, *L'Intégration Différenciée dans L'Union Européenne*, Bruylant, 2006, especialmente, pp. 62-105 e pp. 247-307, e ainda, sobre o fenómeno de unificação normativa progressiva, *vide*, pp. 445-498.

poderes soberanos que os próprios foram concedendo durante todo o processo de construção da União Europeia. Os seus membros foram, ao longo do tempo, adaptando as respectivas Constituições à realidade evolutiva da integração europeia. Este processo tem sido progressivo e tem causado, como é sabido, algumas resistências.

A aplicação uniforme do Direito da União Europeia no território de todos os seus Estados-membros é e sempre foi, condição da existência e do crescimento da própria União. Sem uniformidade não há integração. Isto exige necessariamente que o Direito da União Europeia ocupe, na hierarquia interna das fontes de direito dos Estados-membros, um lugar supremo, ou seja, um lugar de grau supraconstitucional.

Quer isto significar que, o Direito da União Europeia é absoluto e incondicional, porque prevalece até sobre as Constituições dos Estados-membros. Por outras palavras, todo o Direito da União Europeia (o originário, isto é, o direito criado pelos tratados comunitários e o derivado, constituído pelas normas e atos emanados dos órgãos das instituições da União) prima, ou se quisermos, prevalece sobre todo o Direito estadual (inclusive sobre a Constituição estadual).

Deve acrescentar-se a isto que, o Direito da União Europeia, originário e derivado impõe-se ao Direito estadual, mesmo à respectiva Constituição, não estando portanto dependente de qualquer cláusula constitucional de recepção, para que se possa incorporar na ordem jurídica interna dos Estados.

O primado assim concebido é fruto do princípio da cooperação leal ou da solidariedade que une os Estados-membros da União e que possibilita o cumprimento das missões decorrentes dos Tratados e dos objetivos esboçados pela própria União, plasmado no artigo 4.º/3 do TUE e ainda, decorrência expressa do artigo 288.º, § 2.º do TFUE que confere ao Regulamento aplicabilidade direta em todos os Estados-membros.

Pode parecer à primeira vista que o Tratado de Lisboa representa um retrocesso em relação ao fracassado Tratado Constitucional que, no seu artigo I-6, pela primeira vez e atrevidamente daria consagração expressa ao princípio do primado do Direito da União. Veremos que isso não corresponde à verdade.

Também se não pode olvidar a singularidade da teoria do primado do Direito da União, que não se reconduz de todo à teoria do primado do Direito Internacional. A ordem jurídica internacional e a ordem jurídica da União Europeia são distintas, e diferentes são também os seus alicerces *jus-filosóficos*, pelo que, não devemos partir das concepções clássicas das relações entre o Direito Internacional e o Direito interno, para tentar decalcar daí os fundamentos do primado da União.

É precisamente a natureza exclusiva e ímpar do Direito da União Europeia e na prática, a sua manifestação nos ordenamentos jurídicos estaduais, que o torna tão sedutor e ao mesmo tempo tão eternamente polémico.

II. O princípio do primado do Direito da União Europeia sobre o Direito estadual:

A União Europeia é hoje um “edifício” renovado. É composta pelos Estados-membros mas também por cidadãos. A estruturação da vida política e do espaço político europeu tem sofrido algumas evoluções, muito por causa dos sucessivos alargamentos da União e da sua progressiva aproximação aos cidadãos.

Em boa verdade, a União nasceu pela mão dos Estados-membros, residindo neles o seu fundamento mas tal não postergando a importância dos cidadãos no processo de construção e integração europeias. Os cidadãos representam um papel decisivo na sua legitimação, o que se vai reverberar no modo como o Direito da União se relaciona com os Direitos dos Estados-membros. Já em 1996, os ilustres Professores, Fausto de Quadros e Fernando Loureiro Bastos, afirmavam que “(...) a União tem a unidade que resulta do carácter uno do instrumento jurídico pelo qual foi instituída”,² querendo com isto significar que o Tratado da União Europeia tem de ser aplicado e interpretado como um todo e que a União tem por missão organizar de forma coerente e solidária a relações entre os seus Estados-membros e entre os respectivos povos.

² Cfr. *União Europeia*, in, *Separata do Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VII, 1996, pp. 543-569.

A coexistência entre o Direito da União e o Direito dos Estados-membros enformou desde sempre um relacionamento muito peculiar, porque a União é ela mesma uma entidade com características e especificidades originais e portanto, não se identifica com o quadro jurídico traçado para o Direito Internacional. Assim, a teoria do primado do Direito da União “*não se subsume na teoria do primado do Direito Internacional, pelo simples facto de o Direito Internacional e o Direito da União serem ordens jurídicas com diferentes fundamentos filosófico-jurídicos.*”³

O Direito Internacional resolve o problema do primado do Direito de fonte externa sobre o Direito interno, exigindo que os Estados respeitem os compromissos e obrigações que dele advêm, sob pena de se fazer uso dos mecanismos da responsabilidade Internacional que impendem sobre aqueles, mas também concede ao Direito Constitucional de cada um deles, uma ampla margem de regulação das relações entre as normas de Direito Internacional e as normas de Direito Interno. A doutrina advoga que aquele é um Direito fragmentário⁴, que quando aplicado nos muitos Estados-membros da Comunidade Internacional se sujeita sempre ao crivo das respectivas Constituições.

Muito diferente foi o caminho trilhado pelo Direito da União Europeia. Este, pela sua natureza comunitária, está inserido no sistema jurídico dos Estados-membros, impondo-se aos seus Tribunais. É precisamente por isso, que o Direito da União é Direito comum a todos os Estados-membros, daí falar-se em uniformidade. Cedo se tornou iminente a necessidade de encontrar nesta matéria, um molde para a União, que contemplasse todas as suas especificidades. Esta faina coube *a priori* ao Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual, ao largos de todos estes anos foi asseverando e consolidando uma panóplia de princípios que possibilitaram a relação “*relativamente pacífica*”⁵ da ordem jurídica da União com as ordens jurídicas dos Estados-membros.

³ Assim nos ensina Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia*, 3.^a Edição, Almedina, 2013, pp. 510.

⁴ Cfr. igualmente Fausto de Quadros, *Direito da União...*, pp. 512.

⁵ A expressão é de Ana Maria Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia*, Almedina, 2012, pp. 492.

Foi exatamente diante de um momento de estagnação e recuo no campo político do processo de integração europeu, que o Tribunal em ousada construção pretoriana, sustentou um sentido uniformizador e até federalizante da nova ordem jurídica da União. Este foi o rumo seguido nos anos vindouros.⁶

A contrapartida exigida ao Tribunal de Justiça pelos Tribunais nacionais (sob a orientação e a influência de alguns Tribunais Constitucionais) traduziu-se na garantia da efetiva sujeição das normas da União destinadas a prevalecer nas ordens jurídicas dos Estados-membros a parâmetros de validade correspondentes aos que constituem o núcleo duro das Constituições nacionais, a começar pelos direitos fundamentais.⁷ Esta particularidade, a juntar ao facto de a União não ser um Estado Federal e os seus Tratados fundadores não serem uma Constituição *stricto sensu*, são ingredientes que exprimem o carácter materialmente inovador do primado do Direito da União Europeia.

Joseph Weiler analisou⁸ a forma como o sucesso desta supranacionalidade normativa⁹ (isto é, a adopção de normas europeias com autoridade federal sobre as normas dos Estados) esteve conectado com o processo decisório intergovernamental (controlo pelos Estados e poder de veto no processo decisório). E o autor conclui que alguns dos conceitos constitucionais adoptados pelo Tribunal de Justiça (especialmente o da proteção dos direitos fundamentais) poderiam estar relacionados com o primado e o efeito directo adquiridos pelas normas europeias.¹⁰ A autoridade normativa arrogada pelo Direito da União requeria assim, a adopção de

⁶ Neste sentido, pode ler-se Jorge Miranda, *A Construção Europeia e a Ordem Jurídica Portuguesa*, in, Inocêncio Galvão Telles (org.), *O Direito*, ano 134-135, Almedina, Coimbra, 2002/2003, pp. 9 e segs.

⁷ Diogo Freitas do Amaral e Nuno Piçarra, *O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado da União Europeia: Uma Evolução na Continuidade*, in *Revista de Direito Público*, n.º 1, Janeiro/Junho, Almedina, 2009, pp. 12 e 13.

⁸ Cfr. *The Transformation of Europe*, *The Yale Law Journal*, n.º 100, 1991, pp. 2403-2483.

⁹ Seguindo a sua tese dualista da supranacionalidade em *The Community System: The Dual Character of Supranationality*, *Yearbook Of European Law*, n.º 1, 1981, pp. 267-306.

¹⁰ Cfr. uma outra obra deste autor, *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of European Communities*, *Washington Law Review*, 1986, pp. 1103.

conceitos constitucionais não apenas para legitimar, mas também para comandar e monopolizar essa autoridade.¹¹

1. A fundação e o fundamento do primado:

A integração na União Europeia implicou como profunda modificação da função do Juiz nacional. Por um lado, porque aumentou consideravelmente o âmbito das suas competências, estendendo-o a grande parte dos litígios relativos à aplicação do Direito da União Europeia. Por outro lado, porque altera a configuração dos seus poderes e o papel que lhe é atribuído no sistema constitucional do Estado: qualquer Juiz interno pode exercer o controlo de submissão do Direito nacional ao Direito da União, e pode fazê-lo por sua própria autoridade, com a consequência de deixar inaplicada, como se verá adiante, uma norma interna contrária ao ordenamento jurídico da União.

A teoria do primado do Direito da União funda-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União. Este, cedo considerou e defendeu a autonomia da ordem jurídica comunitária, tanto em relação ao Direito Internacional como em relação ao Direito interno dos Estados-membros. A sentença *Gözütok*¹² confirma a visão comunitária do Tribunal de Justiça em relação ao conjunto do Direito da União.

Os Juízes deste Tribunal foram ao longo do tempo delineando uma determinada forma de conceber as relações interordenamentais, que se explica numa perspetiva defensivista,¹³ justificada pelo momento histórico coincidente com o início da aventura europeia. Desde então, têm-se comportado como *founding fathers*¹⁴ nesta “revolução jurídica” que culminou com a sujeição das ordens jurídicas dos Estados-membros à ordem jurídica da União Europeia.

¹¹ Cfr. Miguel Poiares Maduro, *A Constituição Plural, Constitucionalismo e União Europeia*, 1.ª Edição, Principia, Cascais, 2006, pp. 339.

¹² http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dbf77b0514949a49e5ad06a828985f5eda.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKbx10?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=&docid=48044&cid=1974329. C-187/01 e 385/01, Rec. 2003, I. 1345.

¹³ Para compreender o chamado “*Majoritarian Activism*”, do T.J., deve ler-se a obra, *We. The Court*, de Miguel Poiares Maduro, Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 68-102.

¹⁴ Cfr. Francisco Lucas Pires, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 25.

Ex tunc, pode dizer-se que este Tribunal vai construindo uma verdadeira teoria geral das relações entre o Direito da União e os Direitos nacionais,¹⁵ em termos nunca mais abandonados pela jurisprudência posterior.

De facto, o primado nunca constou expressamente dos Tratados, embora se considere que o mesmo pudesse ser extraído de dois dos seus preceitos, na sua versão atual, o artigo 4.º/3 do TUE¹⁶, quando se impõe aos Estados-membros que com base na cooperação leal com a União,¹⁷ nada façam no sentido de pôr em perigo a realização dos objetivos da União Europeia, e o artigo 288.º TFUE, quando atribui aplicabilidade direta aos regulamentos e às decisões, já que essa aplicabilidade direta supõe o primado.

Em 1960, o Tribunal de Justiça viu-se confrontado com um conflito normativo entre uma disposição de Direito da União e outra de Direito interno belga. O Caso *Humblet*¹⁸ consubstancia a primeira decisão na qual se afirmou e fundamentou, de forma inequívoca, e em termos constitucionais, a superioridade da norma de direito da União sobre a norma nacional. O Tribunal considera que a sua competência não lhe permite imiscuir-se diretamente na legislação ou na administração dos Estados-membros. Adianta que “o Tribunal não tem, pois, competência para anular ou revogar a legislação de um Estado-membro ou os atos administrativos das suas autoridades.”^{19 20} No

¹⁵ Cfr. Patrícia Fragoço Martins, *O Princípio do Primado do Direito da União*, in, *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia*, (coord.) Sofia Oliveira Pais, 2.ª Ed., Almedina, 2012, pp. 41.

¹⁶ Para Maria Luísa Duarte, na obra *O artigo 10.º do Tratado da Comunidade Europeia – expressão de uma obrigação de cooperação entre poderes públicos nacionais e as instituições comunitárias*, in, *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, I, Coimbra Editora: Coimbra, 2000, pp. 90, aquele princípio da cooperação coexiste com o princípio fundamental da autonomia institucional e processual dos Estados-membros.

¹⁷ Ou como também é chamado, dever de lealdade comunitária. Cfr. mais sobre ele em, *L'ordre Juridique de l'Union Européenne*, de Jean-Victor Louis/Thierry Ronse, *Dossiers de Droit Européen*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, Bâle, 2005, pp. 144.

¹⁸ Ac. *Humblet*, Proc. 6/60, de 16 de Dezembro de 1960, consultado em <http://curia.europa.eu/>

¹⁹ Ac. *Humblet*, cit. em nota anterior, pp. 414. Note-se que já em 22/01/1976, no caso Russo, Proc. 60/75, Rec., o Tribunal de Justiça, a propósito de um reenvio prejudicial, considerou que no caso de ter sido causado um prejuízo ao produtor individual, em virtude de uma intervenção do Estado-membro em violação do então Direito Comunitário, incumbe ao Estado assumir, em relação à pessoa lesada, as respectivas consequências no âmbito das disposições do direito nacional relativas à responsabilidade do Estado.

²⁰ Deste processo, considerado “expoente máximo” daquela doutrina, também resulta, como salienta Fausto de Quadros, na sua dissertação de Doutoramento, intitulada *Direito das Comunidades Europeias, Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu*, Coleção Teses, Almedina, Lisboa,

entanto, vai mais longe, admitindo que: “(...) se o Tribunal declara numa sentença que um ato legislativo ou administrativo que emana das autoridades de um Estado-membro é contrário ao direito comunitário, aquele Estado-membro está obrigado (...) a reparar os efeitos ilícitos que ele produziu.” Acrescentando além do mais, que aquela “(...) obrigação deriva do Tratado e do Protocolo que depois da sua ratificação, têm força de lei nos Estados-membros e prevalecem sobre o Direito interno.”

Este Acórdão, como se percebe, seria uma antecâmara do regime da responsabilidade civil extracontratual dos Estados por violação do Direito Comunitário, que foi progressivamente sendo desenhado pelo Tribunal de Justiça, ao longo de vários casos de relevo.²¹ Deste tema trataremos mais adiante.

Contudo, a génese da consagração do princípio do primado como princípio estruturante do ordenamento jurídico comunitário foi o Acórdão *Costa/ENEL*²² do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1964.²³ Sem sombra

1984, pp. 440-441, nota n.º 1119, que o Tribunal extraiu do princípio da separação rigorosa entre poderes dos órgãos comunitários e dos órgãos dos Estados-membros, princípio que segundo o T.J, inspira o sistema dos Tratados, a sua falta de competência referida *supra*.

²¹ Cfr. *Comissão c. República Italiana*, de 13/07/1972, Proc. 48/71, Rec., *Comissão c. Alemanha*, de 12/07/1973, Proc. 70/72, Rec. O Tribunal de Justiça em muitas circunstâncias, admitiu o interesse que teria para ele a declaração do incumprimento, mesmo se entretanto o Estado-membro em falta lhe tivesse posto fim. Esse interesse pode traduzir-se na obtenção de uma declaração de existência dos pressupostos da responsabilidade, em que um Estado-membro pode incorrer pelo seu incumprimento face àqueles que, designadamente, se podem prevalecer dessa infração. Cfr. neste sentido os casos, *Comissão c. República Italiana*, de 07/02/1973, Proc. 39/72, Rec., *Comissão c. República Italiana*, de 20/02/1986, Proc. 309/84 Col., e *Comissão c. Grécia*, de 24/03/1988, Proc. 240/86, Col.

²² Flaminio Costa, Advogado em Milão, recusa-se em 1962, a pagar a sua conta de eletricidade como forma de protesto contra a lei italiana de nacionalização da energia elétrica de 6.12.1962, denunciada como incompatível com certas disposições do então TCEE. Este mesmo advogado, também acionista da Edison Volta, uma das empresas afectadas com a nacionalização, intentou num tribunal italiano milanês, uma ação impugnando a decisão administrativa de cobrança em causa, duvidando da conformidade da dita lei italiana com o TCE. O autor solicitou o reenvio do processo, a título prejudicial, para o Tribunal Constitucional Italiano e ainda para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (hoje da União Europeia), ao abrigo do atual artigo 267.º TFUE. No processo prejudicial perante o TJ, o Governo italiano alegou inadmissibilidade absoluta para o juiz nacional, de interrogar aquele Tribunal a tal respeito, ao abrigo do então artigo 177.º do TCEE, uma vez que perante um conflito entre a lei de nacionalização em causa e a lei nacional que aprovara o TCEE, segundo a regra da *lex posterior* (ou seja, tendo o Tratado sido ratificado por uma lei ordinária, qualquer outra lei posterior contrária deveria poder produzir os seus efeitos de acordo com aquela regra. Consequentemente, não só não se questionaria a sua conformidade com o Tratado, como qualquer reenvio prejudicial para o TJ estaria esvaziado de conteúdo), a primeira deveria sempre permanecer. A argumentação ancora sobretudo na Constituição Italiana. Esta vedava aos juízes a desaplicação de quaisquer normas legais internas, obstando a

de dúvida, pode afirmar-se que apesar do caso *Costa/ENEL* não ter sido o primeiro onde o Tribunal de Justiça se defrontou com um conflito normativo entre uma disposição de Direito da União e uma outra de Direito interno, foi, em abono verdade, neste caso, que o princípio do primado encontrou a sua justificação jurídica.²⁴ O Tribunal construiu um “edifício grande e resistente” sustentado, contudo, por “*fundações estreitas*”.²⁵

É precisamente neste Acórdão, que o Tribunal de Justiça das então Comunidades Europeias lançou desde logo “*as bases dogmáticas do primado.*”²⁶ Seria pois, o ordenamento jurídico da União e não os ordenamentos jurídicos constitucionais dos Estados-membros a regular exclusivamente as relações entre o Direito da União e os Direitos nacionais, em termos de supremacia do primeiro sobre os segundos. Isto significa que o Direito da União Europeia se arrogava da capacidade e legitimidade para regular exclusivamente as relações entre o ordenamento comunitário e os ordenamentos nacionais.²⁷ A propósito, Carlos Blanco de Moraes chama-lhe o “*o instituto da prioridade aplicativa*” ou da “*aplicação preferente*”.²⁸

que o juiz milanês pudesse sequer usar o reenvio prejudicial. Sustentava o Governo, que a função do Juiz de Paz milanês era apenas a de aplicar a lei italiana, não podendo, admitindo-se a hipótese do referido reenvio, ainda assim, desvincular-se da obrigação constitucional de aplicar a lei nacional posterior ao caso concreto. Face à posição daquele executivo, o TJ reconhece a sua incompetência para, no quadro do reenvio prejudicial, aferir da validade de uma medida de direito interno frente ao disposto no TUE, reconhecendo apenas a sua competência na interpretação dos preceitos do mesmo, invocados pelo juiz nacional, de acordo com os factos jurídicos.

²³ Ac. de 15/07/64, caso *Costa/ENEL* Proc. n.º 6/64, Rec. 1964, consultado em <http://curia.europa.eu/>

²⁴ Sobre a primeira dimensão do primado, precisamente em *Costa/ENEL*, vide, Paul Craig/Gráinne de Búrca, *EU Law, Text, Cases, and Materials*, Fourth Edition, Oxford, University Press, 2008, pp. 344-346.

²⁵ Cfr. as expressões de Niel Fennelly, *The European Court of Justice and Doctrine of Supremacy*, Van Gend en Loos; *Costa v ENEL*; *Simmenthal*, in, Miguel Maduro and Loic Azoulai (eds). *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford: Hart Publishing, 2010, pp. 39-46.

²⁶ A assertiva e inteligente expressão é de Fausto de Quadros, *Direito da...ob. cit.*, pp. 513.

²⁷ Cfr. Bruno de Witte, *Retour à Costa. La Primauté du Droit Communautaire à la Lumière du Droit International*, Noi si mura, Florença, 1986, pp. 257 segs. e Ana Maria Guerra Martins, *O Projeto de Constituição Europeia. Contribuição para o Debate sobre o Futuro da União*, Coimbra, 2004, pp. 60 e segs.

²⁸ Cfr. a obra do autor, *As Leis Reforçadas – as leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre atos legislativos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 369-370.

No citado Acórdão pode ler-se que “o *Tratado da Comunidade Económica Europeia institui uma ordem jurídica própria integrada no sistema jurídico dos Estados-membros aquando da entrada em vigor do Tratado e que se impõe às suas jurisdições; Com efeito ao instituir uma comunidade de duração ilimitada, dotada de órgãos próprios, de personalidade, de capacidade jurídica, de uma capacidade de representação internacional e mais particularmente de poderes reais saídos de uma limitação de competência ou de uma transferência de atribuições dos Estados à Comunidade: estes limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos e criaram assim um corpo direito aplicável aos seus nacionais e a si próprio*”²⁹.

A autonomia da ordem jurídica da União Europeia ³⁰ aqui celebrada, implicaria o afastamento definitivo da aplicação da moldura jurídica do Direito Internacional ao Direito da União Europeia ³¹, justamente porque o Tribunal de Justiça deixou bem assente que o TCEE, contrariamente a outros Tratados Internacionais, estabelecia um sistema jurídico novo, específico e autónomo, o qual se baseava num sistema de fontes próprio ³², num quadro institucional independente, num novo sistema de fiscalização judicial, assim como, em princípios e objectivos específicos. ³³

O Tribunal de Justiça vai fornecer à ordem jurídica italiana (já que a decisão é-lhe diretamente dirigida e indiretamente às ordens jurídicas de outros Estados-membros que se achassem em situação semelhante) a teoria do primado, fundado simultaneamente, na natureza específica e nas exigências próprias da ordem jurídica comunitária. Com efeito, os Estados ao fazerem nascer a Comunidade, limitaram, ainda que em domínios restritos, a

²⁹ Ac. de 15/07/64, caso Costa/ENEL Proc. n.º 6/64, Rec. 1964, pp. 1160.

³⁰ Acerca da autonomia da ordem jurídica comunitária, deve ler-se Joseph Halevi Horowitz Weiler, *The Autonomy of the Community Legal Order – Through the looking glass*, Harv. Int’l L. J., 1996, pp. 411 e segs e F. E. Dowrick, *A Model of the European Communities Legal System*, YEL, 1983, pp. 169 e segs.

³¹ Neste sentido, Bruno de Witte, *Direct Effect Supremacy and the Nature of the Legal Order*, in, *The Evolution of the EU Law*, Ed. Paul Craig/Grainne de Burca, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp.177-213.

³² Neste sentido, Pierre Constantinho/Marianne Dony, *Le Droit Communautaire*, Coursus, Armand Colin, Paris, 1995, pp. 87.

³³ Seguimos a autora Ana M. Guerra Martins, ob. cit., *Manual de...*, pp. 492.

sua soberania, originando desta maneira, “*um complexo de normas jurídicas aplicáveis aos seus súbditos e a eles próprios*”.³⁴

Esta inserção do então Direito Comunitário, emanação de uma fonte autónoma, nos direitos estaduais teria como corolário a impossibilidade para os Estados, de fazer prevalecer contra uma ordem jurídica aceite por eles reciprocamente, uma norma interna, qualquer que ela fosse. O risco desta possibilidade estaria na perda do carácter comunitário da ordem jurídica da União, assim como da sua base jurídica. O Tribunal de Justiça afirma que “*(...) o direito nascido do Tratado não poderia, portanto, em razão da sua natureza específica original, ver-se judiciariamente opor um texto interno qualquer que ele seja, sem perder o seu carácter comunitário e sem que seja posta em causa a base jurídica da própria Comunidade (...)*”³⁵

A eficácia do então Direito Comunitário, hoje Direito da União Europeia não poderia ser variável de um Estado-membro para outro porque isto colocaria em perigo a realização dos objectivos do Tratado, referida no então artigo 5.º, § 2.º, provocando uma discriminação proibida pelo artigo 7.º do mesmo. Atualmente o princípio da igualdade entre cidadãos de todos os Estados-membros decorre da proibição da discriminação, ambos erguidos hoje a valores da União, conforme dispõe o artigo 2.º do TUE.

Assume aquele Tribunal “*(...) que a transferência³⁶ operada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna, a favor da ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às disposições do Tratado, implica uma transferência*

³⁴ Assim propõe, João Mota de Campos, *A Ordem Constitucional Portuguesa e o Direito Comunitário*, Vol. I, 1.ª Parte, Editora Pax, Braga, 1981, pp. 225.

³⁵ Cfr. o já citado caso Costa/ENEL Proc. n.º 6/64, Rec. 1964, pp. 1160.

³⁶ Para uma compreensão da distinção entre transferência e delegação de poderes, especificamente neste domínio, cfr. Fausto de Quadros, *Direito das Comunidades e Direito Internacional Público – Contributo para o estudo do Direito Comunitário Europeu*, Almedina, Coimbra, 1991 (Reimp.), pp. 200 e segs., “*(...) enquanto que na transferência de poderes há uma alienação desses poderes da parte de quem até então era – e deixa de ser – seu titular, na delegação, a raiz, a titularidade nua dos poderes delegados conserva-se no órgão ou no sujeito delegante. Daqui resulta, como importante consequência, que, enquanto transferir significa ceder definitivamente os respectivos poderes, para nunca mais reavê-los, delegar tem o sentido de o delegante não poder exercer, enquanto durar a delegação, os poderes delegados, mas de se conservar no sujeito a quo a , titularidade dos poderes respectivos e portanto, a faculdade de, cessada a delegação (nomeadamente pela sua revogação), recuperar o pleno exercício dos poderes delegados.*”

*definitiva dos seus direitos soberanos*³⁷ *contra a qual não se poderia prevalecer um ato unilateral ulterior incompatível com a noção de Comunidade.*^{38 39}

Esta “fórmula”⁴⁰ fornecida pelo Tribunal de Justiça respondeu à própria noção e exigências do mercado comum que os Estados-membros da Comunidade levaram a cabo e que reflete a escolha por uma ordem jurídica marcada pela unidade, uniformidade e eficácia.⁴¹

O primado sobre o Direito estadual resulta assim de um atributo próprio do Direito da União, não de uma concessão do Direito estadual.^{42 43} Parece

³⁷ Convém esclarecer, como veremos no decorrer deste trabalho, que o fundamento da atribuição de poderes soberanos à União reside nas Constituições nacionais. São estas, as portadoras das apelidadas cláusulas de transferência de soberania, ou melhor cláusulas de integração. Estas são de facto diferentemente formuladas de Estado-membro para Estado-membro. Assim, a fórmula Belgo-germânica, autoriza a atribuição de poderes e a transferência de poderes soberanos, a fórmula Franco-italiana, essa permite limitações de soberania. A Constituição grega é a única que congrega estas duas fórmulas, nos dois parágrafos do seu artigo 28.º.

³⁸ Iguualmente Proc. cit., a mesma pp. 1160.

³⁹ A este propósito, Maria Luísa Duarte em *O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição: notas de uma reflexão crítica*, in, Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Lex, Lisboa, 1993, pp. 670, entende que o fundamento da não aplicação de uma lei nacional contrária ao Tratado jaz na jurisprudência do T.J, na autolimitação dos direitos soberanos pelos Estados-membros, pela transferência de atribuições realizada em benefício da União. Transferência que considera envolver uma definitiva limitação dos seus direitos soberanos contra a qual não poderia prevalecer um ato unilateral incompatível com a noção de União. Adianta ainda que a Jurisprudência Comunitária aponta uma concepção sobre o primado basicamente ancorada na ideia constitucionalmente consentida da limitação de soberania.

⁴⁰ Esta “fórmula” fornecida pelo T.J repousa na ideia de que a fonte de legitimidade da ordem jurídica da União, teria uma origem interna, pois seria uma entidade construída a partir das parcelas de soberania cedidas definitivamente pelos Estados que a compõem. Criticando a ideia da transferência irreversível de poderes soberanos para a União está, Bruno de Witte, *Sovereignty and European Integration*, in, Slaughter/Sweet/Weiler (dir.), *The European Court National Courts – doctrine and Jurisprudence*, Hart, Oxford, 1998, pp. 286 e 287, onde defende que o T.J não reclamou uma verdadeira transferência de poderes ou que essa transferência tenha, efetivamente tido lugar. Por outro lado, Miguel Poiars Maduro em Working Paper, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, denominado, *A Crise Existencial da Constituição Europeia*, salienta que da jurisprudência do T.J resulta que a autoridade normativa legitimadora deste ordenamento jurídico se encontra no seu próprio seio, detendo este a capacidade de determinar as suas fronteiras com os outros ordenamentos jurídicos (*Kompetenz-Kompetenz*). Da mesma forma, Joseph Weiler em *The Community System: The dual character of supranationalism*, YEI, 1981, pp. 275, indica provir da jurisprudência do T.J, uma alteração da *Grundnorm*, o que implica em teoria, colocar o Direito Comunitário no topo da pirâmide legal.

⁴¹ Cfr. J. Boulouis e R. M. Chevalier, *Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Dalloz, 2.ª Ed., 1978, pp. 172.

⁴² Cfr. a obra já cit. de Fausto de Quadros, *Direito da União...*, pp. 512. Também Rui Moura Ramos in, *Das Comunidades à União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 100-101, denota que “o impressionante não é existir efeito direto ou primado sobre qualquer norma nacional (...), o que é significativo é que tudo isto resulta do próprio Direito Comunitário e não das ordens jurídicas nacionais.”

que esta natureza específica da ordem jurídica comunitária resultaria de um série de disposições dos Tratados, tais como o princípio da cooperação leal (artigo 4.º/3 do Tratado da União Europeia - TUE, ex-artigo 10, §2.º do Tratado da Comunidade Europeia - TCE), ou o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade (artigo 18.º TFUE, ex-artigo 12.º do TCE). Além do mais, os Estados só podem agir unilateralmente ao abrigo de uma disposição expressa (Cfr. artigos 108.º/3 e 346.º a 348.º).

Na óptica do Tribunal de Justiça, as obrigações que advêm dos Tratados firmados pelos Estados-membros desta comunidade são incondicionais e obrigatórias (veja-se como exemplo a aplicabilidade direta do regulamento nos termos do artigo 288.º do TFUE), não podendo ser afastadas por ato legislativo futuro desses mesmos Estados.

Os Estados-membros ao assinarem os Tratados criarem uma ordem jurídica nova que se auto-fundamenta, autónoma das ordens jurídicas dos Estados-membros, e da ordem jurídica internacional.⁴⁴ Ao contrário do que acontece com o Direito Internacional, *“não é o Direito interno, maxime, o Direito Constitucional (...) que comanda a posição que o Direito Comunitário deve ocupar na hierarquia das fontes da ordem jurídica interna de cada Estado-membro, mas é a própria natureza do direito Comunitário, e mais tarde do Direito da União Europeia, que impõem a sua supremacia.”*⁴⁵

Da leitura de todo o Acórdão resulta claro que os objectivos da integração e cooperação entre os Estados-membros da União ficariam comprometidos se estes recusassem aplicar o Direito da União que estes reconheceram que deveria ser igual e plenamente aplicado por todos⁴⁶. A supremacia de um Direito comum deveria impor-se às visões egoístas e isoladas, limitativas da própria ideia de Comunidade. A natureza jurídica das

⁴³ Cfr. ainda a obra de Fausto de Quadros/André Gonçalves Pereira, *Direito Internacional Público*, 3.ª Edição, Almedina, 2011, pp. 128. Os autores acrescentam que *“a questão do primado tem de ser encarada forçosamente do ponto de vista do Direito Comunitário e não do Direito Constitucional dos Estados-membros.”*

⁴⁴ Cfr. Patrícia Fragoço Martins, *O Princípio do Primado do Direito da União*, in, *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia*, (coord.) Sofia Oliveira Pais, 2.ª Ed., Almedina, 2012, pp. 47.

⁴⁵ Cfr., Ana M. Guerra Martins, ob. cit., *Manual de...*, pp. 498.

⁴⁶ O princípio do primado visto como imprescindível à realização dos objetivos da União, em, Olivier Dubois, *Les juridictions Nationales, Juge Communautaire*, Dalloz, 2001, pp. 63-72.

normas de Direito da União estaria comprometida e os próprios fundamentos do Tratado, irremediavelmente condenados sem o reconhecimento do primado.⁴⁷

Em síntese, a exigência de uniformidade é determinada pela própria natureza do ordenamento jurídico comunitário: “*para ser Direito da União (Direito comum ou comunitário, como se denominava até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa), é essencial que as suas normas comportem uma aplicação coerente nos vários Estados-membros, que obvие às diferenças resultantes da variedade de sensibilidades jurídicas.*”⁴⁸

O Acórdão *Van Gend & Loos* de 1963, dará um impulso importante ao processo de construção jurisprudencial do Direito da União. Nele se afirma que o Tratado da Comunidade Europeia, “*constitui mais do que um acordo que*

⁴⁷ Isto é, “*Se os estados pudessem derogar o Tratado, adoptando as regras que entendessem, isso conduziria a breve trecho à desagregação da Comunidade e da União. As noções de Comunidade e de União pressupõem a agregação, a coesão, e a solidariedade de todos os Estados em prol dos fins comuns.*” Palavras de Ana Maria Guerra Martins, *A Natureza Jurídica da Revisão do Tratado da União Europeia*, Lex, Lisboa, 2000, pp. 522 e segs. Em sentido contrário situa-se a opinião de Carlos Blanco de Moraes em *Justiça Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 510 e segs. Nesta obra o autor discorda que o primado de que falamos seja uma exigência existencial da integração europeia e que a violação do princípio da uniformidade ponha em causa a subsistência desta ordem jurídica. Mais, acaba por concluir, após dar vários exemplos de violações consecutivas do Direito Internacional Público, sem ter em conta que a ordem jurídica da União e as suas normas têm um carácter muito mais preciso e especial e portanto, a sua aplicação tem de ser feita com muito mais rigor e com maior frequência do que a que se realiza no Direito Internacional, que, nos casos em que o T.J. mediu forças com os Tribunais Constitucionais, estes reafirmaram o primado do Direito Constitucional no universo dos direitos fundamentais o que em nada feriu a existência do Direito da União Europeia.

Discordamos desta última orientação. *Post Facto*, o Direito da União Europeia autonomizou-se à muito do Direito Internacional, aquele está num plano muito mais próximo dos cidadãos do que este, em segundo lugar, não parece poder extrair-se da jurisprudência constitucional dos diferentes Tribunais Constitucionais dos Estados-membros, uma supremacia absoluta das Constituições nacionais sobre o Direito da União. Por fim, consideramos que a uniformidade na aplicação deste Direito garante a igualdade de cidadãos e Estados no plano do ritmo da integração. Neste sentido estamos com Carla Amado Gomes, *A Natureza Constitucional do Tratado da União Europeia*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 51.

⁴⁸ Cfr. Inês Quadros, *Acórdão do Tribunal de Justiça de 06 de Outubro de 1082 – Processo 283/81, Srl Cilfit et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la Santé*, in, *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia*, Uma abordagem jurisprudencial, Sofia Oliveira Pais (coord.), 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 221 e 222, em especial sobre o princípio da uniformidade na interpretação e aplicação do Direito da União, A autora relembra ainda que nalguns domínios, o Direito da União veio substituir os Direitos nacionais, por outro lado, em consequência da abertura das fronteiras a mercadorias, serviços e pessoas, “*(...)cada vez mais os cidadãos europeus se encontram na confluência dos ordenamentos nacionais e europeu, e se confrontam com a necessidade de resolver problemas em Estados diferentes. Esta exigência de uniformidade na aplicação do Direito favorece também, pois, os princípios da segurança jurídica e igualdade, na medida em que os administrados da União passam a poder razoavelmente contar com um sentido constante dos preceitos europeus nos vários Estados-membros.*”

cria obrigações recíprocas entre os Estados contratantes (...); a Comunidade constitui uma nova Ordem Jurídica (...) cujos sujeitos são, não apenas os Estados, mas também os seus cidadãos.”⁴⁹ Mais adiante no raciocínio, dirá o Tribunal que o atual artigo 30.º TFUE, ao tempo, “o artigo 12.º do TCEE produz efeitos diretos imediatos e cria na esfera jurídica dos particulares, direitos individuais que os órgãos jurisdicionais nacionais devem salvaguardar”,⁵⁰ sustentando que goza de efeito direto⁵¹, a norma da União que “produz efeitos imediatos e cria direitos individuais que os Tribunais internos devem salvaguardar”⁵².

A teoria do efeito direto⁵³ nasceria assim por via jurisprudencial⁵⁴, ligada numa primeira fase, à ideia da ausência da necessidade de medidas nacionais ou comunitárias, e numa segunda fase, abandonado este critério, preconizando a tese de que as disposições que implicavam certas obrigações de fazer, podiam ter efeito direto se as entidades que deviam adoptar as

⁴⁹ Acórdão de 05 de Fevereiro de 1963, Proc. 26/62, Rec. 1962, pp. 3 e segs. Esta foi a primeira vez que o T.J se pronunciou sobre o efeito direto. Todavia, o Acórdão parecia querer abranger cumulativamente a aplicabilidade direta e o efeito direto, que como sabemos, são coisas distintas. Fausto de Quadros, na ob. cit. *Direito das Comunidades Europeias...*, pp. 421, afirma contudo que, o T.J não nega em absoluto esta distinção: “quando se refere aos regulamentos o Tribunal mostra tendência para falar em aplicabilidade direta e não em efeito direto, enquanto que se inclina para esta expressão quando estão em causa disposições dos Tratados ou de diretivas.” O mesmo Professor acrescenta que as pedras angulares de todo o trabalho jurisprudencial nesta matéria do efeito direto são os Acórdãos proferidos pelo T.J no caso *Grad*, Acórdão de 06 de Outubro de 1970, Proc. 9/07 e sobretudo, no caso *Van Duyn*, de 04 de Dezembro de 1974, Proc. 41/79, pp. 1-342. Também não pode passar despercebido a título de nota o Acórdão de 26 de Fevereiro de 1986, *Marshall*, Proc. 152/84, Col. 1986, pp. 723, acerca do efeito direto vertical das diretivas.

⁵⁰ Vide o Acórdão citado em nota anterior, pp. 215.

⁵¹ Para uma visão muito crítica da Jurisprudência do T.J em matéria de efeito direto, Cfr. Paul Craig/Gráinne de Búrca, *EU Law, Text, Cases, and Materials*, Fourth Edition, Oxford, University Press, 2008, pp. 180 e segs.

⁵² Uma vez mais, o Acórdão citado em nota anterior, pp. 25.

⁵³ Fausto de Quadros, em *Direito da União Europeia*, ob. cit., pp. 207, ensina que, quanto aos atos que gozam de aplicabilidade direta, não se suscitam, em princípio, problemas quanto à possibilidade da invocação imediata, perante as instâncias nacionais de aplicação do Direito (Administração Pública e Tribunais), dos direitos que eles conferem aos particulares – efeito direto. Este, no entanto, poderá desdobrar-se em efeito direto propriamente dito, quando um ato, embora não se dirija a particulares, confere a estes diretamente direitos, ou por outro lado, efeito direto reflexo, quando um ato impondo obrigações a Estados em relação a particulares, confira a estes indiretamente direitos.

⁵⁴ Destacamos a importante jurisprudência posterior a *Van Gend & Loos* sobre a teoria do efeito direto, que não abordaremos em profundidade nesta sede, mas que merece ser notada: Casos *Grad*, Acórdão de 06 de Outubro de 1970, Proc. 9/07, em especial, pp. 519; *SpA SACE*, Acórdão de 17 de Dezembro de 1970, Proc. 33/70, pp. 687 a 691; *Van Duyn*, Acórdão de 04 de Dezembro de 1974, Proc. 41/74, Rec. 1974, pp. 1337 e segs.; *Ursula Becker*, Acórdão de 19 de Janeiro de 1982, Proc. 8/81, Rec., pp. 53 e segs.; e ainda *Hansa Fleisch*, de 10 de Novembro de 1982, Col. 1992, pp. 1-5567 e segs.

medidas de aplicação não dispusessem de qualquer margem de apreciação, sendo apenas necessário que a norma fosse clara, precisa e incondicional.⁵⁵ Mais tarde, o Tribunal admitia mesmo que, ainda que os Estados tivessem alguma discricionariedade, a norma podia ter efeito direto, se essa discricionariedade fosse judicialmente controlável.⁵⁶

O efeito direto é visto como “*uma garantia mínima dos direitos dos particulares, dentro da concepção global do Direito da União como um sistema jurídico fortemente imbuído pelo princípio da proteção dos Direitos fundamentais dos cidadãos dos Estados-membros.*”⁵⁷ A teoria do efeito direto viria reforçar ainda mais o princípio do primado do Direito da União.⁵⁸

O Acórdão *Walt Wilhelm*⁵⁹ insiste na doutrina do caso *Costa/ENEL*, reafirmando uma vez mais a força imperativa do Tratado da Comunidade Económica Europeia, o qual “*institui uma ordem jurídica própria*” integrada nos sistemas jurídicos dos seus Estados-membros e “*que se impõe à suas jurisdições (...)*, admitindo que seria contrário à natureza desses sistemas admitir que os Estados-membros “*(...) pudessem adoptar e manter em vigor medidas susceptíveis de comprometer o efeito útil do tratado (...)*” Mais, “*(...) os conflitos entre as regras comunitárias e as regras nacionais (...) devem ser resolvidos mediante a aplicação do princípio da primazia da regra comunitária*”, sob pena de se danificar o efeito útil do Tratado. Muito será o labor deste Tribunal em decisões posteriores, representativas do ensejo de sublinhar as seguintes ideias: o primado do Direito Comunitário (atual Direito da União) manifesta-se em relação a todas as normas nacionais, quaisquer que sejam,

⁵⁵ Esta tese começa a ser desenhada em *Lutticke*, Acórdão de 16 de Junho de 1966, Proc. 57/65, Rec. 1966, pp. 293, mas é no caso *Salgoil* de 19 de Dezembro de 1968, Proc. 13/68, Rec. 1968, pp. 661, que é consagrada. Também no caso *Reyners*, de 21 de Junho de 1974, Proc. 2/74, Rec. 1974, pp. 631, acaba por ser confirmada.

⁵⁶ Isto é dito no Acórdão *Hansa*, de 10 de Novembro de 1992, Proc. C-156/91, Col. 1992, pp. I-5567 e segs. Merece destaque porque aplica a teoria do efeito direto especificamente à decisão dirigida aos Estados.

⁵⁷ Cfr. a doutrina de Fausto de Quadros, em *Direito da União Europeia*, ob. cit., pp. 544 e 545.

⁵⁸ Para complementar a temática acerca do “Direct Effect and The Supremacy of Community Law”, *The Foundations of European Community Law*, de T. C. Hartley, third Edition, Clarendon Press, Oxford, 1994, 195-236.

⁵⁹ Acórdão *Walt Wilhelm*, Proc. 14/68, Rec. 1969, pp. 1 e segs., consultado em <http://curia.europa.eu/>

anteriores ou posteriores, ⁶⁰ tornando “(...) *inaplicáveis de pleno direito todas as disposições nacionais existentes.*” ⁶¹

O Tribunal de Justiça também condenou o recurso, pelos Estados-membros, a expedientes de recepção da norma comunitária na ordem jurídica interna. ⁶² São vistos pelo mesmo como contrários ao princípios por si defendidos da aplicabilidade direta e do primado do Direito da União. Sublinha de novo que “*essa primazia se impõe a todas as autoridades do Estado – governamentais e administrativas – assim como aos órgãos legislativos e jurisdicionais.*” ⁶³

O labor jurisprudencial nesta matéria ainda mal começara. Seguiu-se o importante Acórdão *Simmenthal*, de 9 de Março de 1978 ⁶⁴, proferido num julgamento de questão prévia de interpretação do Direito Comunitário (à luz do ex-artigo 177.º do TCEE), por solicitação de um Tribunal italiano. A preocupação do Tribunal nesta sentença não foi apenas consolidar o trabalho anterior, foi acima de tudo, eliminar a anfibia e as imprecisões decorrentes das práticas constitucionais ou judiciárias nacionais, que pudessem periclitara a aplicabilidade direta e a primazia do Direito da União.

O momento foi aproveitado pelo Tribunal de Justiça para condenar a concepção da *Corte Costituzionale* ⁶⁵ que opinava que lhe caberia (com

⁶⁰ Vide Acórdãos *Costa/ENEL*, já cit.; *Politi*, Proc. 43/71 de 14 de Dezembro de 1971, Col. 1971, pp. 1039; *Marimex*, Proc. 84/71 de 07 de Março de 1972, Col. 1972, pp. 89; *Pigs Marketing Board c. Redmond*, Proc. 83/78, de 29 de Novembro de 1978, Col. 1978, pp. 2347 e *Simmenthal*, Proc. 106/77, de 09 de Março de 1978, sobre o qual nos debruçaremos em pormenor, adiante. Todos eles podem ser consultados em <http://curia.europa.eu/>

⁶¹ Assim dispõe o Acórdão *Commission/Rep. Italienne*, Proc. 48/71, de 13 de Julho de 1972, Col. 1972, pp. 529.

⁶² Vide neste domínio o Acórdão *Variola*, Proc. 34/73, de 10 de Outubro de 1973, pp. 981.

⁶³ Cfr. Acórdão *Commission/Rep. Italienne*, já cit.

⁶⁴ Proc. 106/77, Col. 1978. Para consulta em português em, <http://curia.europa.eu/>

⁶⁵ Vide o seu Acórdão n.º 232, de 22 de Outubro de 1975, ICIC, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1975, pp. 2211 e segs., muito diferente da tónica de um outro Acórdão anterior, n.º 14, de 09 de Março de 1964, *Costa/ENEL*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1964, pp. 129 e segs. em que o Tribunal Constitucional italiano se declara incompetente para apreciar a compatibilidade com o Direito Comunitário de uma norma legislativa interna posterior, por achar que eram ambas pertencentes ao mesmo escalão hierárquico-normativo, aplicando-se por isso o princípio *lex posterior priori derogat*. Note-se que já em 1973, a *Corte Costituzionale*, em Acórdão de 27 de Dezembro de 1973, após ter reconhecido a constitucionalidade do Tratado de Roma, aceita e justifica largamente, sem no entanto, negar abertamente a concepção dualista que havia inspirado o seu Acórdão *Costa/Enel*, a primazia do Direito Comunitário. Cfr. J. Mota de Campos, *Direito Comunitário*, ob. cit., pp. 332, com todas as referências que aí são feitas a este Acórdão. Esta aceitação da primazia do Direito da União

exclusão do Juiz ordinário) julgar da existência do conflito de normas, e decidir quanto à inaplicabilidade da lei nacional com fundamento em inconstitucionalidade. O *Simmenthal* veio precisamente exprimir uma desautorização ao Tribunal Constitucional italiano no que tange ao exercício do controlo de constitucionalidade que ele se julgou autorizado a reservar.

O próprio Tribunal Constitucional Italiano, na sequência do caso *Simmenthal*, deu “a mão à palmatória”, reconhecendo que o controlo da concordância entre o Direito Comunitário e “*a norma interna, também posterior, seja deixado à cognição do Juiz ordinário mesmo que exista um órgão jurisdicional expressamente competente, como este Tribunal, para a fiscalização da constitucionalidade das leis*”⁶⁶, parecendo assim defender o entendimento implícito, de que a contradição entre uma norma nacional e uma norma comunitária não configura uma situação de inconstitucionalidade.⁶⁷

Quanto ao mérito da questão, O Tribunal com sede no Luxemburgo, começa por explicar que “*(...) a aplicabilidade directa (...) implica que as normas de direito comunitário produzam a plenitude dos seus efeitos, de modo uniforme em todos os Estados-membros, a partir da sua entrada em vigor e durante todo o período da sua vigência.*”⁶⁸ Estas disposições são encaradas como “*(...) fonte imediata de direitos e obrigações para todos os seus destinatários*”⁶⁹, Estados-membros ou particulares, que sejam titulares de relações jurídicas às quais seja aplicável o Direito Comunitário. O Juiz nacional, enquanto titular de um órgão de um Estado-membro, também não é excepção a isto. Ele tem por “*(...) missão proteger os direitos conferidos aos particulares pelo Direito Comunitário.*”⁷⁰

sobre o Direito Nacional italiano não é de todo incondicional, isto é, o primado cede quando estiver em causa a violação os princípios fundamentais da ordem jurídica constitucional ou os direitos inalienáveis da pessoa humana.

⁶⁶ Cfr. o Acórdão *Granital*, n.º 170, de 08 de Junho de 1984, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, pp. 1098 e segs.

⁶⁷ Neste sentido, José Manuel Cardoso da Costa, *O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, in *Ab Uno Ad Omnes. 75 anos da Coimbra Editora (1920-1995)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp.1371.

⁶⁸ Cfr. o ponto n.º 14 do Acórdão, pp. 248.

⁶⁹ Cfr. o ponto n.º15 do mesmo Acórdão, pp. 248.

⁷⁰ Vide o ponto n.º 16, na mesma página da notas anteriores.

As disposições do Tratado e os actos das instituições directamente aplicáveis têm o efeito de “(...) tornar inaplicável de pleno direito”, desde o momento da sua entrada em vigor, qualquer norma de direito interno que lhes seja contrária, bem como, (...) impedir a formação válida de novos atos legislativos nacionais”,⁷¹ na medida da sua incompatibilidade com o Direito Comunitário.⁷² Se assim não fosse, estar-se-ia perante “(...) a negação do carácter efectivo dos compromissos assumidos pelos Estados-membros, por força do Tratado, de modo incondicional e irrevogável, contribuindo assim para pôr em causa os próprios fundamentos da Comunidade.”⁷³

Em face deste raciocínio, o Tribunal de Justiça adianta que “(...) qualquer juiz nacional, tem o dever de, no âmbito das suas competências, aplicar integralmente o direito comunitário e de proteger os direitos que este confere aos particulares, considerando inaplicável qualquer a disposição eventualmente contrária de direito interno, quer seja esta anterior ou posterior⁷⁴ à norma comunitária.”⁷⁵

Portanto, o Juiz nacional responsável, no âmbito das suas competências, pela aplicação das normas de Direito Comunitário “(...) tem obrigação de assegurar o pleno efeito de tais normas, decidindo, por autoridade própria, se necessário for, da não aplicação de qualquer norma de direito interno que as contrarie, ainda que tal norma seja posterior, sem que tenha de solicitar ou esperar a prévia eliminação da referida norma por via legislativa ou por qualquer outro processo constitucional.”⁷⁶

⁷¹ De novo, Proc. 106/77, Col. 1978, ponto n.º 17, pp. 249.

⁷² Diogo Freitas do Amaral e Nuno Piçarra, *O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado da União...*, pp. 19, nota n.º 21, consideram que isto se trata de um “excesso” induzido pelo “paradigma da pirâmide normativa”, não tendo sido retomado em jurisprudência posterior e sem qualquer impacto prático no sistema de garantia do primado, ora analisado.

⁷³ Vide o ponto n.º 18, pp. 249.

⁷⁴ Fausto de Quadros, na já cit. obra, *Direito da União...*, pp. 513, distingue a este respeito, a regra ou ato de Direito nacional contrários a regra ou ato de Direito da União, anterior ou posterior, o efeito abrogatório do primado, do seu efeito bloqueador, ou seja, quando a entrada em vigor de uma regra ou ato de Direito da União impede a aprovação de novos atos legislativos nacionais, incompatíveis com eles. O Professor acrescenta ainda na nota 613, da mesma página que este efeito bloqueador seria retomado no Acórdão *Mangold*, de 22 de Novembro de 2005, Proc. C-144/04, Col.,1998, p. I-10039 e I-10041, em especial.

⁷⁵ De novo, Proc. 106/77, Col. 1978, ponto n.º 21, pp. 249.

⁷⁶ Idem..., ponto n.º 24, pp. 250.

Dando-se conta de que não existem razões objectivas para que a inaplicabilidade de pleno direito de qualquer norma nacional incompatível com o Direito da União, se metamorfoseie em invalidade, na hipótese configurada pelo Tribunal, o próprio, toma uma posição clara no Acórdão *IN.CO.GE '90 srl*, de 1998, tendo acrescentado que “*não pode deduzir-se que a incompatibilidade com o Direito Comunitário de uma norma de Direito nacional posterior tenha como efeito determinar a inexistência desta.*”⁷⁷

O Tribunal interpretou o Acórdão *Simmenthal*, no sentido da inaplicabilidade da norma nacional contrária à norma comunitária⁷⁸. Face a isto, o órgão jurisdicional nacional está pois obrigado a afastar a aplicação daquela norma.⁷⁹ *Simmenthal* iria ter profundas implicações, como constataremos, à medida que avançamos numa visita guiada pela jurisprudência da União, em matéria de primado. O reconhecimento ao Juiz nacional do poder (e correspectivo dever) de ignorar qualquer disposição legal ou ato nacional, seja constitucional, legislativo ou administrativo, incompatível com o Direito da União, para extrair todos os possíveis efeitos do princípio da aplicabilidade direta e do primado da norma comunitária, acarretaria a decisão pelos juízes comunitários de elevar o Juiz nacional a “órgão” do Direito Comunitário.⁸⁰ Com isto, iam assumir-se os riscos de desligar o Juiz nacional da sua subordinação hierárquica, da possível desvinculação à membrana da organização judiciária, bem como das regras de atribuição e repartição de competência interna.⁸¹

⁷⁷ Acórdão de 22/10/1998, Proc. C-10/97 a C-22/97, Col. 1998, p. I-6307 e segs.

⁷⁸ Quanto a isto, para se ser preciso, haverá de distinguir-se entre: a contradição entre uma norma comunitária e uma norma da Constituição nacional, ou, uma contradição entre uma norma comunitária e uma norma nacional infraconstitucional. Neste último, como no primeiro caso, haverá primado, apesar de no primeiro caso o primado, como procurará demonstrar-se adiante, só se verifica se a norma comunitária não colidir com uma norma estruturante, e por isso mesmo, irreversível da Constituição nacional.

⁷⁹ Vide a este respeito, de Nuno Piçarra, *A Justiça Constitucional da União Europeia*, in, Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Dr. António de Sousa Franco, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 480, nota n.º 27.

⁸⁰ Neste sentido, J. Mota de Campos, ob. cit. *supra*, *A Ordem Constitucional Portuguesa*, pp. 231.

⁸¹ Vide em pormenor, a ob. cit. na nota anterior, pp. 232. O Tribunal aceita assim a proclamação da “*proeminência da regra comunitária sobre qualquer norma interna, tanto ordinária como constitucional*”, insistindo na afirmação do primado, susceptível de causar embaraço e algumas dificuldades ao juiz nacional na aplicação do Direito.

É curioso que recentemente o Tribunal voltasse a esta dinâmica, reafirmando no caso *Krzysztof Filipiak* que “(...) o conflito entre uma disposição da lei nacional e uma disposição do Tratado diretamente aplicável, é resolvido por um órgão jurisdicional nacional, pela aplicação do Direito Comunitário, não aplicando se necessário, a disposição nacional contrária, e não pela declaração de nulidade da disposição nacional, cabendo a cada Estado-membro a determinação das competências dos seus Tribunais e demais órgãos públicos (...); Face a tal situação, o órgão jurisdicional nacional é obrigado a não aplicar essa norma, sendo certo que esta obrigação não limita o poder de os órgãos judiciais nacionais competentes para aplicarem, de entre os diversos procedimentos da ordem jurídica interna, os que forem apropriados para salvaguardar os direitos individuais conferidos pelo Direito Comunitário.”⁸²

No caso concreto, isto faria supor a desaplicação, pelo Juiz nacional de uma norma da Constituição de um Estado-membro (no caso, o artigo 11.º da Constituição italiana), interpretada pelo respectivo Tribunal Constitucional no sentido de que a sua contradição com o Direito da União Europeia seria um caso de inconstitucionalidade, pelo que, estaria em causa a competência daquele Tribunal para apreciar essa questão, com vista à remoção da norma interna. Um Tribunal nacional deve pois aplicar a norma do Direito da União que conflitue com uma norma estadual, afastando esta, qualquer que seja a sua fonte.⁸³ Vejamos para o efeito e como exemplo, o Acórdão *Comissão/Luxemburgo*.⁸⁴

O que foi dito parece claro e solidificado nos dias de hoje. Símbolo disto é o caso *Kreil* de 2000⁸⁵, em que o Tribunal de Justiça entende que a Lei

⁸² Acórdão de 19/11/2009, Proc. C-314/08, Col. 2009, pp. I-11049 e segs.

⁸³ Assim ensina Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia*, pp. 514.

⁸⁴ Acórdão de 02 de Julho de 1996, Proc. C-473/93, Col. 1996, pp. I-3207, n.º 37 e 38, em que no quadro de uma ação por incumprimento, o Tribunal de Justiça veio considerar improcedente a invocação por aquele Estado-membro, do artigo 11.º/2 da sua Constituição, que em princípio reserva aos nacionais luxemburgueses, a admissão a empregos civis e militares do Estado, para justificar uma derrogação ao então artigo 39.º/4 do TCE, interpretado em jurisprudência constante, no sentido de que apenas podem ser reservados aos nacionais dos estados-membros, os empregos na administração pública, que envolvam participação direta ou indireta, no exercício da autoridade pública e nas funções que tenham por objecto a salvaguarda de interesses gerais do Estado e de outras pessoas colectivas públicas.

⁸⁵ Acórdão de 11 de Janeiro de 2000, Proc. C-285/98, Col., pp. I-103, I-104, I-105, I-106 e I-107, seus pontos 15, 24, 25, 27, 28, 29 e 32.

Fundamental de Bona, no seu artigo 12-A, n.º1, devia ser afastada pelos Tribunais alemães em benefício da Diretiva 76/207/CEE, hoje n.º 2006/54/CE do Conselho, que dispõe sobre a igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso ao emprego, à formação profissional e nas condições de trabalho. Através de uma forma original assume o Tribunal que, “a Diretiva 76/207/CEE do Conselho, de 09 de Fevereiro de 1976 relativa à concretização do princípio da igualdade entre homens e mulheres, no que se refere ao acesso ao emprego, opõe-se à aplicação de disposições nacionais, tais como as do direito alemão, que excluem, de maneira geral, as mulheres dos seus empregos militares, que incluem a utilização de armas e que autorizam o seu acesso somente aos serviços de saúde e às formações de música militar.”

Um outro Acórdão obrigatório nesta matéria, por revelar e desenvolver a jurisprudência anterior de *Costa/ENEL* e *Simmenthal*, é o caso *Factortame*.^{86 87} Houve quem o visse como “um julgamento de terceira geração”⁸⁸, ou quem o apelidasse de “*saga européenne*,”⁸⁹ pela sua complexidade e sobretudo por agitar os meios políticos, jurídicos e sociais do Reino Unido.⁹⁰ Nele, o Tribunal reconhece ao juiz nacional o poder de, com vista a assegurar a plena eficácia do Direito Comunitário, suspender uma lei nacional, até poder ser devidamente determinada pelo mesmo Juiz, com auxílio do Tribunal de Justiça, a compatibilidade ou incompatibilidade dessa lei com o Direito Comunitário e, portanto, a sua aplicabilidade ou inaplicabilidade ao caso concreto. Tal significou o afastamento do princípio, então firme no ordenamento constitucional britânico, da soberania parlamentar e

⁸⁶ Acórdão de 19 de Junho de 1990, Proc. C-213/89, Col. 1990. pp. I-2433 e segs.

⁸⁷ Consultámos a interessante análise de P. P. Craig, Report on the United Kingdom, in, *The European Courts & National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, Anne-Marie Slaughter/ Alec Stone Sweet/Joseph H. H. Weiler (Ed.), Hart Publishing, 1998, pp. 195-224, analisando com alguma especificidade o método da Common Law e a recepção da lei comunitária, em especial na pp. 218-220.

⁸⁸ São as palavras (com tradução nossa) de Dimitrios Sinaniotis, na obra *The Interim Protection of Individuals Before the European and National Courts*, Kluwer Law International, 2006, e a correspondente análise a este Acórdão, nas pp. 60-67.

⁸⁹ No dizer de Sophie Boyron e L. Neville Brown, *L'affaire Factortame: droit communautaire contre droit publique anglais*, 1994, Revue Française de Droit Administratif, pp. 70.

⁹⁰ Cfr. entre outros, por exemplo Jean Claude Bonichot, *Les pouvoirs d'injonction de juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire – Note sous Cour de Justice des Communautés Européennes*, 19 Juin Factortame, 1990, Revue Française de Droit Administratif, pp. 912.

consequentemente, da proibição de os juízes desaplicarem ou suspenderem as leis por ele aprovadas.⁹¹

Para Miguel Poiães Maduro, o caso *Factortame* pode consubstanciar “(...) a mais clara assunção pelo sistema judicial inglês do primado do Direito da União Europeia”⁹², mesmo no que respeita a princípios da Constituição material britânica. Contudo, ainda se admite que o Parlamento do Reino Unido possa expressamente eximir-se ao Direito da União Europeia, caso em que o acto parlamentar iria prevalecer, o que reafirmaria a sua supremacia.

A jurisprudência expressa no *Factortame* seria posteriormente desenvolvida no caso *Zuckerfabrik*,⁹³ onde o Tribunal não exclui o poder de o juiz nacional suspender o ato administrativo praticado com base num regulamento comunitário, sempre que isso fosse necessário à tutela provisória dos direitos controvertidos.⁹⁴ Recusar-se a suspensão nesse caso, segundo o Tribunal, equivaleria a violar a segurança jurídica e princípio da proteção da confiança na então Ordem jurídica Comunitária.⁹⁵ O Tribunal de Justiça esclarece que a regra estabelecida em *Factortame*, se aplicava igualmente no caso de a incompatibilidade respeitar ao Direito derivado, sendo certo que apenas um processo de exceção de ilegalidade de um ato de Direito derivado desencadeado perante o Tribunal de Justiça pode justificar a suspensão da execução de um ato administrativo nacional perante o Juiz nacional.

Em *Atlanta*,⁹⁶ um caso de 09 de Novembro de 1995, o Tribunal de Justiça constatou que havia “uma tensão permanente entre os imperativos absolutos do primado e a definição das consequências necessárias daquele princípio,”

⁹¹ Cfr. pp. I-2433 e segs., do Acórdão citado em nota anterior.

⁹² Cfr. *A Constituição Plural, Constitucionalismo e União Europeia*, 1.ª Edição, Principia, Cascais, 2006, pp. 23, nota de rodapé n.º 15, no final.

⁹³ Acórdão de 21 de Fevereiro de 1991, Proc. C-143/88 e C-92/89, Rec. 1991, pp. I-534 e segs.

⁹⁴ De novo, cfr. a análise deste caso em D. Sinaniotis, na obra cit. *The Interim Protection of Individuals Before the European and National Courts...*, pp. 67-75.

⁹⁵ Deve ler-se a obra de Fausto de Quadros, *A Nova Dimensão do Direito Administrativo*, O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 34-36 e 39.

⁹⁶ Cfr. em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993CJ0465:PT:PDF>

⁹⁷ definição essa, que teria de ser concretizada de modo descentralizado pelos próprios Estados-membros. A plenitude da competência do Juiz nacional na sua qualidade de Juiz da União, só se alcança se concederem como incidíveis, a garantia judicial definitiva e a proteção cautelar que ele pode dar aos direitos subjetivos reconhecidos pelo Direito da União.

O dever que incumbe ao Juiz nacional de conceder providências cautelares para garantia judicial daqueles direitos emerge do princípio do primado, mas também dos princípios da interpretação e da aplicação uniformes do Direito da União na ordem interna, da interpretação conforme ao Direito da União e finalmente, do princípio da garantia judicial plena e eficaz.⁹⁸

O primado fundamenta-se *a priori* na natureza específica da ordem jurídica da União e em algumas disposições do Tratado, a que já nos reportámos, e eventualmente, numa reivindicação de soberania⁹⁹ por parte da então Comunidade Europeia. Por outro lado, é certo que a afirmação pretoriana do princípio do primado não implica a perda de soberania por parte dos Estados. A adesão às Comunidades implicou a perda de competências, de poderes soberanos, mas não da própria soberania estadual. O respeito pelo princípio das competências de atribuição, plasmado no artigo 5.º/1 e n.º 2 do TUE e no artigo 7.º do TFUE, continua a ser um princípio basilar nesta esfera. Parece não estar comprometida a titularidade da própria soberania por parte dos Estados-membros.

Não se ignora que a transferência de poderes para a Comunidade possa, comprometer o alcance da própria titularidade da soberania. No entanto a soberania estadual resiste, e julgamos que, só no respeito por ela, poderá uma

⁹⁷ Cfr. Fausto de Quadros, na obra já cit., *A Nova Dimensão do Direito Administrativo*, pp. 43 e segs. Este Professor ensina-nos que o juiz administrativo está obrigado a fiscalizar a validade dos atos administrativos nacionais contrários ao Direito Comunitário e a conceder todas as providências cautelares adequadas, inclusive as positivas, que sejam necessárias para proteger situações jurídicas subjetivas constituídas pelo Direito Comunitário.

⁹⁸ cfr. a análise deste caso em D. Sinaniotis, na obra cit. *The Interim Protection of Individuals Before the European and National Courts...*, pp. 75-78.

⁹⁹ O conceito é de Patrícia Fragoso Martins, *O Princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as normas Constitucionais dos Estados-membros, Dos Tratados ao Projeto de Constituição Europeia*, Principia, Estoril, 2008, pp. 44.

qualquer soberania da União sobreviver.¹⁰⁰ A este propósito, é de lembrar que a ordem jurídica da União deve a sua existência a um acordo entre Estados soberanos, acordo esse constitucionalmente consentido e limitado. Depois disto, assiste-se à sua autonomização em relação às ordens jurídicas mãe dos seus Estados-membros, face às quais, ganhou independência e supremacia.

Mas, uma outra questão se deve colocar: a de saber se uma entidade sem *Kompetenz-Kompetenz* legislativa (ou seja, que não seja a fonte das suas próprias competências), pode ter *Kompetenz-Kompetenz* judicial (ou seja, reservar para si a interpretação dos limites das competências que por outrem lhe foram atribuídas). Ora, a questão central da problemática do primado vive aqui, na questão de saber quem tem ou deve ter a última palavra em matéria de validade de normas jurídicas na Comunidade, ou em matéria de competências da União.

Assim, compreendido o seu fundamento, não se podem deixar de acentuar outras possíveis implicações que princípio do primado transporta consigo e que, ao que parece, têm sido objecto de aprofundamento doutrinário. Em primeiro lugar a nossa atenção volta-se para os Acórdãos *Von Colson e Kamann*,¹⁰¹ *Harz*,¹⁰² *Johnston*¹⁰³ e *Fratelli Costanzo*,¹⁰⁴ e cujo desenvolvimento mais recente é o do Acórdão *Pupino*¹⁰⁵ e *Cordero Alonso*.¹⁰⁶

Nas primeiras decisões mencionadas, o Tribunal de Justiça aproxima-se timidamente da necessidade de interpretar o Direito nacional em conformidade com as Diretivas. Doutrina que viria a ser confirmada em pleno

¹⁰⁰ A mesma obra cit. em nota anterior, pp. 45.

¹⁰¹ Acórdão de 10 de Abril de 1984, Proc. 14/83, Col. 1984, pp. 1891, n.º 26, onde se estabelece o princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com o direito comunitário.

¹⁰² Acórdão de 10 de Abril de 1984, Proc. C-79-83, Rec., pp. 1921.

¹⁰³ Acórdão de 15 de Maio de 1986, Proc. C-222/84, Rec., 1986, pp. 1663, 53 e pp. 1690.

¹⁰⁴ Acórdão de 22 de Junho de 1989, Proc. C-103/88, Rec., pp. 1839, 31 e pp. 1971.

¹⁰⁵ Acórdão de 15 de Junho de 2005, Proc. C-105/03, Rec., pp. I-05285.

¹⁰⁶ Acórdão de 07 de Setembro de 2006, Proc. C-81/05, Rec., pp. I-7569. A cláusula do primado na sua relação com os princípios constitucionais vai aproximando-se do princípio da eficácia, assumindo recorrentemente o aspeto hermenêutico da interpretação conforme, como testemunha este caso. Cfr. Antonio Lazari, *La Nueva Gramática del Constitucionalismo Judicial Europeu*, Revista de Derecho Comunitario Europeu, 33, Ano 13, Mayo/Agosto, Madrid, 2009. pp. 510.

no caso *Marleasing S.A.*¹⁰⁷ É de *Pupino* e *Cordero Alonso* que parte a teorização, de que perante a incompatibilidade inexecutável entre a interpretação de uma norma nacional em conformidade com o Direito da União Europeia¹⁰⁸ e a interpretação da mesma com a Constituição, quem aplica o Direito deverá dar precedência à primeira interpretação.¹⁰⁹

“A relação de colaboração judicial conduz o juiz comunitário a calibrar, segundo os momentos históricos e as exigências manifestadas pelos interlocutores privilegiados nacionais, uma completa acumulação de soluções não aprioristicamente concebidas e, em ocasiões, claramente contraditórias, como é o caso de Cia Security International,¹¹⁰ Unilever Italia Spa c. Central Food Spa¹¹¹ e Delena Wells.”^{112 113}

Em segundo lugar, depreende-se da jurisprudência *Costa/ENEL* e *Simmenthal*, que só haverá legitimidade para continuar a aplicar transitoriamente Direito nacional contrário ao Direito da União¹¹⁴, quando

¹⁰⁷ Acórdão de 13 de Novembro de 1990, Proc. C-106/89, Rec., pp. 4135.

¹⁰⁸ Acerca da margem de manobra do T.J no exercício da sua função de interpretação do Tratado deve ler-se Kosmas Boskovits, *Le Juge Communautaire et l'Articulation des Compétences normatives entre la Communauté Européenne et ses Etats membres*, Ant. N. Sakkoulas/E. Bruylant, Athènes, Bruxelles, 1999, pp. 50-84.

¹⁰⁹ Cfr. o ponto 24, pp. I-5323 e o ponto 47, pp. I-5328, do Acórdão *Pupino*, em que se afirma: *“Ora, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o princípio da interpretação conforme não pode conduzir a uma interpretação contra legem nem ao agravamento da situação de um particular no âmbito de um processo penal unicamente com fundamento na decisão-quadro, o que acontece no processo principal. Acrescenta o referido Acórdão: “a obrigação de o juiz nacional fazer referência ao conteúdo de uma decisão-quadro quando procede à interpretação das regras pertinentes do seu direito nacional, cessa quando este último não possa ser objecto de uma interpretação que conduza a um resultado compatível com o pretendido por essa decisão-quadro. Por outras palavras, o princípio da interpretação conforme não pode servir de fundamento a uma interpretação contra legem do Direito nacional. No entanto, este princípio exige que o órgão jurisdicional nacional tome em consideração, sendo caso disso, o Direito nacional no seu todo para apreciar em que medida este pode ser objecto de uma interpretação que não conduza a um resultado contrário ao pretendido pela decisão-quadro. (...) não é evidente que, no processo principal, uma interpretação em conformidade com a decisão-quadro seja impossível. Compete ao juiz nacional verificar se, no referido processo, é possível uma interpretação conforme do seu direito nacional”.*

¹¹⁰ Acórdão de 30 de Abril de 1996, Proc. 194/94, Rec., pp. 2201.

¹¹¹ Acórdão de 26 de Setembro de 2000, Proc. 443/98, Rec., I-7535.

¹¹² Acórdão de 07 de Janeiro de 2004, Proc. 201/02, Rec., pp. I-723.

¹¹³ Cfr. Antonio Lazari, *La Nueva Gramática del Constitucionalismo Judicial Europeu...*, pp. 505.

¹¹⁴ Para continuar a aplicar transitoriamente Direito nacional contrário ao Direito da União, os Tribunais nacionais devem primeiro submeter a correspondente questão prejudicial ao T.J, nos termos do artigo 267.º do TFUE. Assim opinam Dirk Ehlers e Anke Eggert, *Zur Zulassung einer zeitlich begrenzten weiteren Anwendung gemeinschaftsrechtswidriger nationalen Rechts*, *Juristen Zeitung*, 12, 2008.

sucedesse uma situação em que a desaplicação imediata daquele Direito, redundasse numa violação ainda mais grave do Direito da União do que a persistência da sua aplicação a título provisório.¹¹⁵

A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativamente ao primado incorpora ainda um outro elemento inovador. Segundo o Tribunal de Justiça, é aos Tribunais nacionais que cabe assegurar a prevalência da norma comunitária (e da norma da União) sobre a norma nacional, ou seja, é à ordem jurídica nacional que compete certificar a aplicação plena da norma comunitária^{116 117}. Este quesito nunca tinha sido claramente afirmado por duas razões: uma delas porque faltou aos Tribunais Internacionais, o meio contencioso ajustado para cumprirem esse desígnio, ou seja, faltou o mecanismo das questões prejudiciais¹¹⁸ (artigo 267.º TFUE, ex-artigo 234.º do TCE); a outra razão prende-se com o facto do Direito Internacional admitir um sistema dualista nas relações entre os Direitos estaduais, bem como a cláusula de transformação, respeitante à integração da norma internacional no ordenamento jurídico interno, pelo que, nos Estados em que está vigente este sistema, a primazia do Direito Internacional não se consegue efetivar na prática, pois que a norma internacional, ao ser transformada em Direito interno, adquire a força da norma que a transformou, isto é, da norma interna e, como tal, sujeita-se às regras de hierarquia das fontes internas.¹¹⁹

A introdução do referido processo do reenvio prejudicial,¹²⁰ que “é, por essência, o instrumento de cooperação judiciária (...),”¹²¹ permitiu atingir uma

¹¹⁵ Nesta senda, Diogo Freitas do Amaral e Nuno Piçarra, na ob. cit., *O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado da União...*, pp. 21.

¹¹⁶ Deste modo ensina, Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, pp. 496.

¹¹⁷ Seguindo Robert Kovar, *La Contribution de la Cour de Justice à L'édification de L'ordre Juridique Communautaire*, RCADE, Vol. IV, Livro I, 1993, pp. 21 e segs. e Adolfo Miaja de la Muella, *La Primacia sobre los Ordenamientos Jurídicos Internos del Derecho Internacional y Derecho Comunitario Europeu*, Rev. Inst. Eur., pp. 987 e segs.

¹¹⁸ Sobre o papel do reenvio prejudicial na consolidação do primado, vide Inês Quadros, *A Função Subjetiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Coimbra Editora: Coimbra, 2006, pp. 43 e segs.

¹¹⁹ Cfr. igualmente, Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, pp. 496 e 497.

¹²⁰ Para compreender o reenvio prejudicial, desde a sua criação, deve ler-se a obra de G. Vandersanden e A. Barav, *Contentieux Communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 268-315.

¹²¹ Assim dita o Acórdão *Schwarze*, do TJ, Proc. 16/65, Rec. 1965, pp. 1081 e segs.

interpretação uniforme do Direito da União em toda a “Comunidade.” O que não retira ao juiz nacional competência plena para aplicar o Direito da União ao caso concreto submetido a julgamento. Apenas se tiver dúvidas sobre a interpretação desse Direito, sobre como aplicar corretamente as disposições dos Tratados ou dos atos normativos produzidos pelas instituições da União, é que poderá e noutros casos, deverá obrigatoriamente submeter ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial, no quadro do já designado artigo 267.º TFUE.^{122 123}

Conclui-se que o Juiz nacional é o concretizador e o garante da eficácia interna do Direito da União, pois como reza o Acórdão *Rewe*¹²⁴ datado de 1976, “*por aplicação do princípio da cooperação enunciado no artigo 10.º do Tratado, é às jurisdições nacionais que está confiada a tarefa de assegurar a proteção jurídica decorrente para os particulares do efeito direto comunitário.*”¹²⁵ O Tribunal de Justiça decidiu percorrer um caminho mais ambicioso. Declarou a autonomia da ordem jurídica comunitária, não a concebendo como rigorosamente separada das ordens jurídicas nacionais. Preconizou e aprofundou uma teia de relações de articulação e colaboração, ou se quisermos, de cooperação¹²⁶ entre estas duas ordens jurídicas,^{127 128} que não

¹²² O Tribunal Constitucional Português em Acórdão n.º 163/90, Proc. 154/89 de 23 de Maio de 1990, percebeu muito bem a necessidade do reenvio prejudicial. Da sua leitura depreende-se que permitir ao juiz nacional que interpretasse sozinho as normas de Direito Comunitário conduziria, a médio ou longo prazo, a permitir que se rompesse a unidade do então Direito Comunitário, colocando no lugar da regra comunitária, um conjunto de regras deformadas pelas práticas jurisdicionais nacionais. Para consulta em www.tribunalconstitucional.pt

¹²³ Em matéria de reenvio prejudicial relembremos o Acórdão *Cartesio* de 16 de Dezembro de 2012, Proc. 210/06, sobre reenvio prejudicial.

¹²⁴ Proc. 33/76, de 16 de Dezembro de 1976, pp. 1989.

¹²⁵ É destacada por Fausto de Quadros/Ana Maria Martins, na obra, *Contencioso da União Europeia*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 121 e 104, respectivamente, “*a ausência de subordinação hierárquica, de tipo federal*”, entre os Tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça, considerando que ambos “*são chamados a contribuir direta e reciprocamente para a elaboração de uma Sentença ou de um Acórdão, com vista à interpretação e aplicação uniformes do Direito Comunitário no conjunto dos Estados-membros.*” A este respeito deve passar-se em revista o já cit. Acórdão *Schwarze*, do TJ, Proc. 16/65, Rec. 1965, pp. 1195.

¹²⁶ A basear-se nesta relação de cooperação e não de subordinação, Pierre Pescatore fala aqui em “*repartição de competências*”, em, *Las Cuestiones Prejudiciales. Art.º 177 del Tratado CEE*, in, G. C. Rodriguez Iglesias e D. L. Liñan Noguerras (dir.), *El Derecho Comunitario Europeu y su Aplicación Judicial*, Madrid, 1993, pp. 545.

¹²⁷ Estamos perante um processo interlocutório entre as duas ordens jurídicas em presença. Processo esse que é apenas uma parcela do processo jurisdicional global que se inicia e termina no juiz nacional. É o que diz G. Vandersanden/Ami Barav, *Contencieux Communautaire*, Bruxelas, Bruylant, 1997, p. 275.

foi de todo, um eco do sistemas federais, nem do próprio Direito Internacional.

À luz deste princípio da cooperação jurisdicional no caso *Mecanarte*, o Tribunal de Justiça, dispõe que “(...) *por força do n.º 2 do artigo 177.º, cabe ao juiz nacional apreciar a pertinência das questões de Direito suscitadas pelo litígio que lhe é submetido e a necessidade de uma decisão prejudicial para proferir o seu julgamento, bem como em que momento da instância tal questão deve ser submetida à apreciação do Tribunal.*”¹²⁹ Além disso, sublinha-se que o artigo 177.º do então Tratado de Roma, “(...) *fornece ao juiz nacional um meio para superar as dificuldades que possam eventualmente resultar da exigência de dar ao Direito Comunitário, o seu pleno efeito no quadro dos sistemas jurisdicionais nacionais dos Estados-membros (...).*”¹³⁰ Alguma doutrina adita a esta concepção uma outra iguaria: “*Cette situation peut également être appréhendée comme l’une des applications de la logique de subsidiarité, sous la forma d’une subsidiarité juridictionnelle.*”¹³¹

2. O âmbito de aplicação do primado:

“Le droit communautaire porte en lui une exigence existentielle de primauté: s’il n’est pas capable de l’emporter en toutes circonstances sur le droit national, il est inefficace et, donc, pour

¹²⁸ Relacionamento este que não foi imune a tensões. A este respeito, deve ler-se, *Reenvio Prejudicial e Relacionamento entre Ordens Jurídicas na Construção Comunitária*, de Rui Moura Ramos, Legislação, n.º 4/5, 1992, pp. 95 e segs.

¹²⁹ Acórdão de 27 de Junho de 1991, Proc. C-348/89, Col., n.º 49, pp. I-3277 e segs., foi o primeiro reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça das então Comunidades Europeias feito por um órgão jurisdicional português, nos termos do ex-artigo 177.º do Tratado de Roma. Mantendo-se na linha do *Costa/ENEL* e *Simmenthal*, veio especificar uma exigência do primado e precisar um aspecto da plenitude de competência do magistrado nacional, em matéria de reenvio prejudicial, nos termos do artigo 177.º do Tratado de Roma.

¹³⁰ Cfr. o já cit. Acórdão de 27 de Junho de 1991, Proc. C-348/89, Col., em especial o n.º 43, pp. I-3277 e segs.

¹³¹ Cfr. as palavras de Denys Simon, *Le Système Juridique Communautaire*, 3.º Édition, 1997, Puf, Paris, 1997, pp. 413 e V. D. Simon, *La subsidiarité juridictionnelle: Notion-gadjet ou concept opératoire?*, RAE, 1998, 84.

autant inexistant. L'idée même d'un ordre commun serait alors battue en brèche."¹³²

Do ponto de vista do Direito da União Europeia, o princípio do primado abarca não só o Direito originário como todas as fontes de Direito da União Europeia¹³³, incluindo o Direito derivado¹³⁴ e o Direito Internacional que vincula a União.

Entende-se que o primado, só será eficaz e só terá verdadeiramente sentido se for absoluto,¹³⁵ ou melhor, integral. Com esta aceção quer mostrar-se que todo o Direito da União prevalece sobre todo o Direito estadual¹³⁶. Assim, as normas da União Europeia, quaisquer que elas sejam, prevalecem sobre todas as normas de Direito Interno, quaisquer que elas sejam, até as normas do próprio Direito Constitucional dos Estados-membros.¹³⁷ Portanto, a supremacia do Direito da União sobre todo o Direito interno quer dizer que ele é oponível a todo o Direito estadual no seu conjunto, incluindo, como já referimos, o de grau constitucional.¹³⁸ "O primado não existe se não for supraconstitucional."¹³⁹ Sem isto, estaria ameaçada a sobrevivência da União Europeia.

¹³² Pierre Pescatore, *L'ordre Juridique Communautaire*, Presses Universitaires de Liège, 1973, pp. 227.

¹³³ Para Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia*, pp. 440-506, as fontes de Direito da União são, além do direito originário, os princípios gerais de Direito, o Direito derivado, o Direito Internacional, a jurisprudência, a doutrina, os acordos interinstitucionais, e os atos atípicos.

¹³⁴ Quanto aos regulamentos, é de referir o caso *Politi*, de 14 de Dezembro de 1971, Proc. 43/71, Rec., pp. 1.039 e segs.; No que tange às diretivas encontramos o caso *Rewe-Markt Steffen*, de 07 de Dezembro de 1981, Proc. 158/80, Rec., pp. 1805 e segs. e o já cit. caso *Von Colson e Kamann*, pp. 1891 e segs.; Sobre as decisões vide o caso *Salumificio*, de 08 de Março de 1979, Proc. 130/78, Rec., pp. 867 e segs.; Ainda acerca dos Acordos Internacionais concluídos pela então Comunidade, vide o caso *Kupferberg*, de 26 de Outubro de 1982, Proc. 104/81, Rec., pp. 3641 e segs. Por último, deve anotar-se o caso *Grimaldi* de 13 de Dezembro de 1989, Proc. C-322/88, Col., 1989, pp. I-4407 e segs., apesar da natureza especial das recomendações (Cfr. nesta matéria, os ensinamentos aprofundados de Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia*, pp. 477 e 478.) e de, pela letra do atual artigo 288.º do TFUE, elas não serem obrigatórias.

¹³⁵ Neste caminho, ob. cit. de Denys Simon, *Le Système Juridique...*, pp. 410-412.

¹³⁶ É assim que Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia*, pp. 515, define o âmbito do primado.

¹³⁷ Cfr. Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, pp. 498.

¹³⁸ Neste sentido, também, Pierre Constantinho/Marianne Dony, *Le Droit Communautaire*, ob. cit., pp. 88.

¹³⁹ Cfr. Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia*, pp. 515.

Devemos salientar dois aspectos que contribuíram para a afirmação do primado e para segurança da uniformidade, que se pretendeu assegurar no Direito da União: o facto da execução do Direito da União competir aos Estados-membros, veio a permitir uma estreita colaboração entre as autoridades nacionais (administrativas e judiciais) e as autoridades da União. A isto, deve ser adicionado um outro item, o efeito direto das normas comunitárias, já abordado *supra*, que conferiu ao Tribunal de Justiça a capacidade para impor deveres aos Estados-membros, no sentido de assegurarem o princípio do primado.

A primazia do Direito da União foi definida e conduzida pelo Tribunal de Justiça, com o maior alcance possível, estendendo-se a todas as normas e atos de Direito da União, originário ou derivado, que produzissem efeitos externos. Isto fica totalmente claro, especialmente em relação ao primado sobre o Direito Constitucional, nos casos *Stork*,¹⁴⁰ *Comptoirs De Vente Du Charbon De La Ruhr*,¹⁴¹ *San Michele*,¹⁴² *Sgarlata*,¹⁴³ *Internationale Handelsgesellschaft*,¹⁴⁴ *Leonesio*,¹⁴⁵ e posteriormente, nos já mencionados casos *Simmenthal* e *Kreil*.

Com *Stork*, o Tribunal de Justiça inicia a fase “*inibicionista*”.¹⁴⁶ Reafirma a primazia do Direito Comunitário sobre o Direito Constitucional dos Estados-membros, embora o faça timidamente e de forma indireta, ao declarar que o facto de uma decisão comunitária se opor a uma norma da Constituição de um Estado-membro (no caso em apreço, tratava-se de uma norma constitucional respeitante à proteção dos direitos fundamentais), não poderia ser invocado perante o Tribunal Comunitário para fundamentar um recurso visando a anulação da referida decisão: “(...) o tribunal apenas garante

¹⁴⁰ Acórdão de 04 de Fevereiro de 1959, Proc. 1/58 Col., 1959, pp. 43.

¹⁴¹ Acórdão de 15 de julho de 1960, Proc. 36 a 38 e 40/59, Col. 1960, pp. 857.

¹⁴² Acórdão de 22 de Junho de 1967, Proc. 9/65 e 58/65, Rec. 1967, pp. 1 e segs.

¹⁴³ Acórdão de 01 de Abril de 1965, Proc. 40/64, Col. 1965, pp. 263.

¹⁴⁴ Acórdão de 17 de Dezembro de 1970, Proc. 11/70, Rec. 1970, pp. 1125.

¹⁴⁵ Acórdão de 17 de Maio de 1972, Proc. 93/71, Rec. 1972, pp. 99.

¹⁴⁶ A expressão é de Gregorio Robles Morchon, *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Editorial Ceura, 1988, pp. 46 e ss.

o respeito do Direito (Comunitário) no que toca à interpretação do Tratado e dos regulamentos para a sua execução; (...) como regra geral, o Tribunal não tem de se pronunciar sobre normas de Direito interno;” Esta tomada de posição traria certas implicações futuras.

Em *Comptoirs De Vente Du Charbon De La Ruhr*, o Tribunal julga que “o Direito Comunitário não pode ser invalidado pelo Direito interno, ainda que de nível constitucional, em vigor, num ou noutro Estado-membro.” Esta jurisprudência juntamente o caso *Sgarlata* iriam alarmar algumas jurisdições, em especial, as jurisdições alemãs, particularmente sensíveis às matérias respeitantes à salvaguarda dos direitos sagrados na Lei Fundamental de Bona. O Tribunal de justiça, nesta fase apelidada por alguns de “agnosticismo valorativo”¹⁴⁷, estava sobretudo preocupado em proclamar os princípios fundamentais da ordem jurídica comunitária (efeito direto e primado) e em afastar qualquer resistência dos ordenamentos jurídicos nacionais a tais princípios.¹⁴⁸

Em *San Michele*, o mesmo Tribunal manifesta que não é legítimo intencionar pôr em causa a adesão da Itália às Comunidades sob pretexto de que o Tratado CECA comportaria determinadas cláusulas, respeitantes à estrutura institucional e ao sistema judiciário, desconformes à Constituição italiana. Tal intenção “equivalaria a esvaziar a Comunidade de toda a substância, na medida em que permitiria ver no ato de ratificação quer uma aceitação parcial do Tratado, quer um meio de o fazer produzir efeitos jurídicos diversos nos vários Estados-membros.”¹⁴⁹

Considera assim excluída, a eventualidade de os cidadãos italianos “poderem escapar à aplicação integral e uniforme do Tratado e receber, desse modo, um tratamento diferente do dos outros súbditos comunitários.” Conclui o Tribunal de Justiça pela rejeição, por contrário à ordem pública comunitária, de qualquer pedido susceptível de originar discriminações que nenhuma lei de ratificação poderia introduzir num Tratado que as proíbe. “O Tribunal de

¹⁴⁷ Cfr. Maria Luísa Duarte, *A União Europeia e os Direitos Fundamentais: Métodos de Proteção*, in, *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias* (Direito Comunitário Institucional; União Europeia e Constituição; Direito Comunitário Material), Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 19.

¹⁴⁸ para maior aprofundamento sobre este tema, Alfred Rizzo, *Il Problema della Tutela dei Diritti Fondamentali nell'Unione Europea*, Europa e Diritto Privato, Milano, 1, 2001, pp. 59-71.

¹⁴⁹ Cfr. Patrícia Fragoso Martins, *O Princípio...*, ob. cit., pp. 60.

*Justiça toca numa realidade fundamental do processo de integração europeia. Os Estados só podem consentir em limitações de soberania correspondentes a alterações importantes de poderes se as regras a que se submeterem forem verdadeiramente comuns.”*¹⁵⁰

Foi sem dúvida em *Internationale Handelsgesellschaft*, que o Tribunal de Justiça enfrentaria com muita ousadia a questão do primado do Direito da União sobre o Direito Constitucional. O Tribunal deixa claro que, nenhuma norma ou ato nacional, independentemente do seu lugar na hierarquia normativa no ordenamento jurídico interno, poderia comprometer a validade do Direito da União¹⁵¹. Nem mesmo a norma constitucional fundamental poderia ser invocada para obstar à primazia do Direito da União. Ergue-se o primado como necessário para fazer face a certas resistências da jurisprudência italiana e alemã, a propósito da alegada intangibilidade das disposições constitucionais relativas à salvaguarda dos direitos fundamentais e do princípio da congruência estrutural.¹⁵²

Deste brilhante Acórdão resulta a reafirmação sem reservas dos princípios da autonomia e do primado absoluto do atual Direito da União. Aí se declara “(...) *que o recurso a regras ou noções jurídicas do Direito nacional para julgar da validade de atos emanados das instituições comunitárias teria por efeito atentar contra a unidade e a eficácia do Direito comunitário; (...) que a validade de tais atos não pode ser apreciada senão em função do Direito comunitário; (...) que na verdade, ao Direito resultante de um Tratado, emanado de uma fonte autónoma, não poderiam, em virtude da sua natureza, ser opostas em juízo, regras do Direito nacional, quaisquer que elas fossem, sob pena de perder o seu carácter comunitário e de ser posta em causa a base jurídica da própria Comunidade; (...) que portanto, a invocação de ofensas quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados*

¹⁵⁰ Cfr. Jean-Victor Louis, *A Ordem Jurídica Comunitária*, 3.ª Ed. Revista e aumentada, Serviço de Publicações Oficiais, Bruxelas/Luxemburgo, 1986, pp. 123.

¹⁵¹ A mesma referência é feita por Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, pp. 495.

¹⁵² Este princípio dispõe que, para que o Juiz pudesse aplicar as regras de Direito Comunitário derivado, a organização institucional das então Comunidades, deveria ter sido concebida e estruturada conforme o sistema de separação de poderes (legislativo, executivo e judiciário) contido nas Constituições nacionais, sem o qual não seria possível reconhecer no território nacional, a validade – e menos ainda, o primado – de normas jurídicas emanadas de uma organização que usa processos de produção legislativa desprovidos de legitimidade democrática equivalente à do poder legislativo interno. Cfr. os ensinamentos de Mota de Campos, *A Ordem Constitucional Portuguesa*, pp. 235, nota n.º 28.

na Constituição de um Estado-membro, quer aos princípios de uma estrutura constitucional nacional, não poderia afectar a validade de um ato da Comunidade ou o seu afeito sobre o território desse Estado.”

No Acórdão *Leonesio*, o Tribunal dita que “*os regulamentos comunitários para se imporem com a mesma força em relação aos nacionais de todos os Estados-membros, integram-se no sistema jurídico aplicável no território nacional, que deve deixar exercer-se o efeito directo prescrito no artigo 189.º, de tal maneira que os particulares possam invocá-los sem que lhes sejam oponíveis disposições ou práticas da ordem interna. (...) As disposições orçamentais de um Estado-membro não podem, portanto, entravar a aplicabilidade imediata de uma disposição comunitária e, por via de consequência, o vencimento dos direitos individuais que tal disposição confere aos particulares.”*

Já o caso *Simmenthal* confirma e torna mais transparentes alguns aspectos do Caso *Internationale Handelsgesellschaft* ¹⁵³ quando reconhece que o Juiz nacional incumbido de aplicar o Direito Comunitário tem o dever de lhe assegurar plena eficácia, “*deixando se necessário, de aplicar, de sua própria autoridade, qualquer disposição contrária da legislação nacional, ainda que posterior, sem que tenha de solicitar ou aguardar a prévia eliminação desta por via legislativa ou por qualquer outros processo constitucional.*” ¹⁵⁴

A reter, por um lado, o facto de a validade do Direito da União não poder ser determinada por referência ao Direito nacional dos Estados-membros, por outro lado, os Tribunais estaduais ficaram obrigados a assegurar a aplicação do Direito da União diretamente aplicável, e a ignorar ou desaplicar o Direito nacional que possa comprometer ou precluir a plena e integral aplicação do Direito da União, por parte não só dos Tribunais nacionais, como das autoridades administrativas, incluindo a administração descentralizada do Estado. ¹⁵⁵

¹⁵³ Cfr. Paul Craig/Gráinne de Búrca, *EU Law, Text, Cases, and Materials*, Fourth Edition, Oxford, University Press, 2008, pp. 346-348, acerca do relacionamento sinérgico entre os dois Acórdãos.

¹⁵⁴ Cfr. o já antes cit. Proc. 106/77, Col. 1978, especialmente o ponto n.º 24, pp. 250.

¹⁵⁵ É o que prescreve o Acórdão *Fratelli Costanzo*, de 22 de Junho de 1989, Proc. 103/88, Rec. 1989, pp. 1861.

Um outro corolário que o Tribunal de Justiça retirou do primado foi o princípio segundo o qual, toda a autoridade nacional deve, em caso de dúvida, sobre o sentido de uma disposição nacional interpretá-la à luz do Direito Comunitário ¹⁵⁶, atual Direito da União Europeia. Isto quer dizer que, o Tribunal retira dali um princípio de interpretação do Direito nacional conforme ao Direito da União Europeia. ¹⁵⁷

O caráter absoluto parece ter sido “suavizado” ¹⁵⁸ pelo Tribunal do Luxemburgo, desde logo, com o apoio de alguns Tribunal Constitucionais, pela necessidade de acautelar os direitos fundamentais dos cidadãos. Num primeiro momento, o Tribunal não havia encarado a forte probabilidade de vir a suscitar-se, nos ordenamentos internos dos Estados-membros, uma questão de incompatibilidade de uma norma de Direito da União com a Constituição, em especial com o seu catálogo de direitos fundamentais. Expressão disto mesmo, foi o caso *Stork*. ¹⁵⁹ O raciocínio exposto é o seguinte: a justiça constitucional aceita que o primado do Direito da União ceda passo a disposições internas que sejam mais favoráveis aos direitos fundamentais dos cidadãos do que a norma da União que com elas conflitue.

¹⁵⁶ Neste sentido dispõe o Acórdão *Murphy*, Proc. 157/86, Rec. 1988, pp. 673, e o já mencionado *Von Colson e Kamann*, pp. 1891 e segs.

¹⁵⁷ Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia*, pp. 563 e 564, explica que esta construção é conhecida por doutrina do “efeito indireto” do Direito da União ou da “interpretação consistente”, já que “as regras ou atos do Direito da União, mesmo se não gozarem de aplicabilidade direta, nem de efeito direto (e sobretudo por isso mesmo), devem ser imediatamente tidos em conta pelas autoridades nacionais, concretamente pelos Tribunais nacionais, quando elas interpretarem Direito nacional.” Acrescenta que a doutrina nasceu, não exclusivamente mas sobretudo a propósito das diretivas e com maior acuidade, quanto às diretivas que não têm efeito direto.

¹⁵⁸ Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia*, pp. 516.

¹⁵⁹ Acórdão de 04 de Fevereiro de 1959, Proc. 1/58, Col.1954-1961, pp. 298, n.º 4/ a), expressão acabada da hesitação do Tribunal: “Com efeito, por força do artigo 8.º do Tratado, a Alta Autoridade só deve aplicar o Direito da Comunidade, não sendo competente para aplicar o direito interno dos Estados-membros; da mesma forma, segundo o artigo 31º do Tratado, o Tribunal só tem que garantir o respeito do Direito na interpretação e aplicação do Tratado e dos regulamentos de execução; regra geral, não deve pronunciar-se sobre as normas de direito interno; em consequência, não pode examinar a acusação segundo a qual, ao adoptar a sua decisão, a Alta Autoridade violou princípios do direito constitucional alemão (designadamente os artigos 2.º e 12.º da lei fundamental).” Tornar-se-ia evidente para o próprio Tribunal, que a manutenção persistente da jurisprudência deste Acórdão redundaria na falta de aceitação do princípio do primado por aqueles Tribunais. Para melhor compreender a ordem jurídica alemã, em especial o papel da lei Fundamental de Bona, vide, a obra de Michel Fromont, *Grands Systèmes de Droit Étrangers*, 4.ª Ed., Dalloz, 2001, pp. 14-50, em especial pp. 26 e 27.

Em idêntico sentido decide *Algera*,¹⁶⁰ onde começa por perscrutar que os princípios de Direito comuns aos Estados-membros constituíam fonte complementar do então Direito Comunitário. Mais tarde, em *Stauder*,¹⁶¹ marca-se uma viragem na jurisprudência, já que o Tribunal aceita que os direitos fundamentais da pessoa estão compreendidos nos princípios gerais do Direito Comunitário, cujo respeito lhe compete garantir.¹⁶² Alguma doutrina apelida esta nova fase de protecionista.¹⁶³

Foi no predecessor Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*,¹⁶⁴ que se reconheceu implicitamente o respeito pelos direitos fundamentais enquanto princípio geral de Direito Comunitário, como limite intrínseco ao pretenso primado das normas comunitárias: “(...) a invocação de violações, quer de direitos fundamentais, tais como se encontram enunciados na Constituição de um Estado-membro, quer aos princípios da estrutura constitucional, não pode afectar a validade de um ato da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado.”¹⁶⁵ Fica assente que o conteúdo de tais direitos poderia ser deduzido por referência às tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, sendo inválidas as normas de Direito da União violadoras de tais tradições. O Tribunal considerou que as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros deveriam ser vistas como parte da estrutura e objectivos da União, sem no entanto, desconsiderar as diferenças reais que brotam dos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros.¹⁶⁶

¹⁶⁰ Acórdão de 12 de Julho de 1957, Proc. 7/56, Col. 1997, pp. 8.

¹⁶¹ Acórdão de 12 de Novembro de 1969, Proc. 29/69, Rec. 1969, pp. 419 e segs.

¹⁶² Em especial um desvio à jurisprudência *Stork*, já que em *Stauder*, o T.J foi interrogado, desta vez, acerca da compatibilidade de um ato jurídico-comunitário não com um direito fundamental garantido pela Constituição alemã como acontecia com o primeiro caso, mas sim com “princípios gerais de Direito Comunitário em vigor.” Cfr. o já cit. Acórdão de 12 de Novembro de 1969, Proc. 29/69, pp. 160, n.º 7.

¹⁶³ É o caso de Gregorio Robles Morchon, *Los Derechos Fundamentales...*, pp. 53 e ss.

¹⁶⁴ Acórdão cit. pp. 1125 e segs.

¹⁶⁵ Acórdão cit. pp. 625 e segs., n.º 4.

¹⁶⁶ Com base numa visão realista da diferenciação jurídica entre os ordenamentos dos Estados-membros, existe quem advogue que o cerne da decisão está muito mais voltado para a consideração dos direitos fundamentais como meios de integração, do que para a abordagem dos direitos fundamentais como direitos subjetivos *proprio sensu*. Cfr. José Narciso Cunha Rodrigues, *The Incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order*, in, *The Past and the Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of Rome Treaty*, Miguel Poiares Maduro e Loic Azoulai, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2010, pp. 91.

Do célebre caso *Nold*,¹⁶⁷ sai reforçada a garantia dos direitos fundamentais na União Europeia¹⁶⁸, especialmente quando o Tribunal de Justiça evoca os instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos humanos de que os Estados-membros fossem partes, como forma de encontrar o espaço comum da União em matéria de direitos fundamentais. Às Constituições nacionais soma agora a referência à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), tomada como modelo de Carta de proteção de direitos. O Acórdão teve grande notoriedade e aquiescência, pois graças a ele se encontrou um critério materialmente amplo de direitos fundamentais. O conjunto normativo apurado pelo Tribunal é formado pelas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, as suas próprias Constituições e os instrumentos internacionais relativos aos Direitos do Homem, aos quais os Estados-membros hajam aderido. Deste modo, o Juiz da União em sólida cooperação com o Juiz nacional, estariam vinculados à sua garantia.

A jurisprudência *Stauder*, *Internationale Handelsgesellschaft* e *Nold*, nas palavras de Denys Simon, procedeu ao reconhecimento pontual e sucessivo dos principais direitos do homem na qualidade de princípios gerais de direito comunitário, em conformidade com a técnica do “*bricolage casuistique*”¹⁶⁹, operando-se uma recepção selectiva das fontes externas pela ordem jurídica comunitária *stricto sensu*. Esta mostrou-se sempre muito permeável às tradições constitucionais comuns dos seus Estados-membros, bem como à influência dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos do homem, susceptíveis de fornecer indicações no quadro do direito comunitário.

Em *Rutili*^{170 171} e pela primeira vez, o Tribunal de Justiça menciona a CEDH, já ratificada à data por todos os Estados-membros da União e cujos direitos constituem um *standard* mínimo acolhido pelas Constituições

¹⁶⁷ Acórdão de 14 de Maio de 1974, Proc. 4/73, Rec. 1973, pp. 491 e segs.

¹⁶⁸ Seguindo G. F. Mancini, *Democracy and Constitutionalism in the European Union*, Collected Essays, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2000, pp. 88 e 89.

¹⁶⁹ Denys Simon, *Communauté de Droit*, in, *Realité et Perspectives du Droit Communautaire des Droits Fondamentaux*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 101.

¹⁷⁰ Acórdão de 28 de Outubro de 1975, Proc. 36775, Col. 1975, pp. 415.

¹⁷¹ De novo, vide a opinião do ex. Juiz do T.J, Mancini, na ob. já cit., *Democracy and Constitutionalism in the European Union...*, a propósito deste Acórdão, na pp. 94.

Estaduais.¹⁷² Ao longo do tempo, a jurisprudência comunitária viria a alargar o seu interesse e o controlo a exercer pelo respeito devido aos direitos fundamentais, passando o Tribunal de Justiça a fiscalizar a atuação das instituições da União como também as dos Estados-membros, nomeadamente quando aprovassem medidas de implementação e execução das normas de Direito da União Europeia. Exemplo disto e para *case study*, *vide* o caso *Wachauf*,¹⁷³ onde se assevera que o âmbito dos direitos fundamentais que a União Europeia tem de salvaguardar é um sistema global e coerente, composto pelos ingredientes atrás referidos, mais à Declaração Universal dos Direitos do Homem, os Pactos das Nações Unidas de 1966, bem como, os demais Tratados Multilaterais ou Bilaterais, estando incluída a CEDH.¹⁷⁴ Também neste Aresto, se afirma expressamente a proibição, nas então Comunidades Europeias, de medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos pelas Constituições dos Estados-membros. O controlo far-se-ia igualmente quanto a medidas de exceção das medidas de implementação de normas de Direito da União.¹⁷⁵ Ficaria assegurada, no respeito pelos direitos fundamentais, uma fiscalização efetiva, não só da atuação das instituições da União como também dos Estados-membros.¹⁷⁶

Os direitos fundamentais foram sendo jurisprudencialmente concebidos, como “*parâmetro de validade*”¹⁷⁷ das normas de Direito da União e de Direito nacional, que seriam nulas se os contrariassem. No entanto, o Tribunal de Justiça manteve sempre a convicção de que a tutela daqueles direitos se encontrava limitada às competências da União, e pautando-se a União Europeia pelo princípio das competências atribuídas, a proteção em causa

¹⁷² Cfr. Maria Luísa Duarte, *A União Europeia e os Direitos Fundamentais: Métodos de Proteção...*, pp. 83.

¹⁷³ Acórdão de 13 de Julho de 1989, Proc. 5/88, Col. 1989, Proc. 5/88, pp. 2609 e segs., em especial o ponto 17 do mesmo.

¹⁷⁴ Cfr. Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia...*, pp. 174 e 175.

¹⁷⁵ Vide a propósito os Acórdãos *ERT/DEP*, de 18 de Junho de 1991, Proc. C-260/89, Col. 1991; *Carpenter*, de 11 de Julho de 2002, Proc. C-60/00, Col. 2002 e também a título de exemplo, o caso *Orfanopoulos and Oliveri*, de 29 de Abril de 2004, Proc. Apensos C-482 e 493/01, Col. 2004. Todos para consulta em <http://curia.europa.eu/>

¹⁷⁶ Neste sentido *vide* também o Acórdão *Klensch*, de 25 de Novembro de 1986, Col. 1986, Proc. Apensos 201 e 202/85.

¹⁷⁷ Patrícia Fragoso Martins, *O Princípio do Primado do Direito Comunitário...*, ob. cit., pp. 105.

limitar-se-ia a esse terreno de atuação. *Cinètheque*¹⁷⁸ constitui um bom exemplo deste entendimento. Neste caso, o Tribunal de Justiça procura que a interpretação dos próprios direitos fundamentais se faça de acordo com a lógica e especificidades da União, bem como com as exigências próprias de um processo de integração económica.¹⁷⁹

A jurisprudência constitucional dos Estados-membros não foi indiferente a esta problemática da proteção dos direitos fundamentais no âmbito das Comunidades Europeias.¹⁸⁰ Foi ao ponto de fazer depender a aceitação do primado do Direito Comunitário sobre os Direitos estaduais, da garantia por parte daquele, de um grau de proteção e salvaguarda dos direitos fundamentais não inferior ao grau conferido pelos sistemas jurídicos nacionais.¹⁸¹ É a posição do Tribunal Constitucional Federal alemão¹⁸² no caso *Solange I*¹⁸³ e *Solange II*¹⁸⁴, *Maastricht*¹⁸⁵ e *Bananenmarktordnung*¹⁸⁶ (caso

¹⁷⁸ Acórdão de 11 de Julho de 1985, Proc. Apensos 60 e 61/84, Col. 1985. Assim, quando não existir uma ligação real do caso concreto com o Direito da União, não compete àquele Tribunal assegurar o respeito pelos Direitos fundamentais. Nesta linha *vide* também um Acórdão de 18 de Dezembro de 1997, Proc. C-309/96, Col. 1997, caso *Annibaldi/Sindaco del Comune di Guidonia and Presidente Regione Lazio*; e mais recente o Despacho de 06 de Outubro de 2005, Proc. C-328/04, caso *Vajnai* em <http://curia.europa.eu/>

¹⁷⁹ Assim analisa Maria Luísa Duarte, *A União Europeia e os Direitos Fundamentais*, Métodos de Proteção, *in*, Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 27 e 28.

¹⁸⁰ Sugere-se a leitura, nesta sede da obra de Patrícia Fragoso Martins, *Da Proclamação à garantia Efetiva dos Direitos Fundamentais*, Em busca do *due process of law* na União Europeia, Principia, 2006, pp. 25-83.

¹⁸¹ Cfr. Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia...*, pp. 176.

¹⁸² Acerca da relação entre o Tribunal de Justiça da União e o Tribunal Constitucional Federal alemão, *vide*, de Trevor C. Hartley, *The European Union Law in a Global Context*, Cambridge, University Press, 2004, pp. 297-314.

¹⁸³ Cfr. Decisão de 29 de Maio de 1974. A versão original em língua alemã com tradução francesa constam da obra de Maria Luísa Duarte/Pedro delgado Alves, *A União Europeia e a Jurisprudência Constitucional dos Estados-membros*, Lisboa, 2006, pp. 21 e segs.

¹⁸⁴ Cfr. Decisão de 22 de Outubro de 1986. A versão original em língua alemã com tradução castelhana constam da obra de Maria Luísa Duarte/Pedro delgado Alves, *A União Europeia e a Jurisprudência Constitucional dos Estados-membros*, Lisboa, 2006, pp. 67 e segs.

¹⁸⁵ Cfr. Decisão de 12 de Outubro de 1993. Uma tradução em língua portuguesa encontra-se na obra de Maria Luísa Duarte/Pedro delgado Alves, *A União Europeia e a Jurisprudência Constitucional dos Estados-membros*, Lisboa, 2006, pp. 283 e segs.

¹⁸⁶ Cfr. a Decisão do 2.º Senado do Tribunal Constitucional Federal de 07 de Junho de 2000. A versão em língua alemã, acompanhada de tradução francesa encontram-se na obra de Maria Luísa Duarte/Pedro delgado Alves, *A União Europeia e a Jurisprudência Constitucional dos Estados-membros*, Lisboa, 2006, pp. 131 e segs. Este acórdão vem introduzir um certo apaziguamento das tensões existentes entre o T.J e o Tribunal de Karlsruhe, muito embora se não possa afirmar que a instabilidade criada, neste domínio, pelo Acórdão

da regulamentação do sector das bananas), e mais recentemente no caso *Lisboa*,¹⁸⁷ bem como, do Tribunal Constitucional Italiano nos casos *Frontini*,¹⁸⁸ *Granital*^{189 190} e *Fragd*.¹⁹¹

Concretizando, o *Bundesverfassungsgericht* em *Solange I*¹⁹² decide que a transferência de poderes para as Comunidades efectuada com base no artigo 24.º da Lei Fundamental de Bona (posteriormente invocará os seus artigos 23.º/1 e 25.º), não podia desembocar na permissão de legislação comunitária violadora da estrutura crucial daquela Lei, pelo que, o Tribunal Constitucional considerava-se competente para apreciar a validade dessa legislação à luz dos direitos fundamentais enquanto (*Solange*¹⁹³) faltasse à ordem jurídica comunitária, um Parlamento democraticamente eleito, com poderes legislativos e um catálogo de direitos fundamentais.

Em *Solange II*¹⁹⁴, no ano de 1986,¹⁹⁵ o Tribunal Constitucional alemão, de novo teve de deparar-se com a questão do primado, desta vez “*suavizando a posição que adoptara no caso Solange I*”¹⁹⁶ Aqui reflete sobre a desnecessidade de fiscalizar a constitucionalidade das normas da União Europeia enquanto o

Maastricht, tenha ficado definitivamente resolvida. Sobre isto deve ler-se Ingolf Pernice, *Les Bananes et les Droits Fondamentaux: La Cour Constitutionnelle Allemande fait le point*, CDE, 2001, pp.437.

¹⁸⁷ Decisão de 30 de Junho de 2009, para consulta em www.bundesverfassungsgericht.de.

¹⁸⁸ Cfr. Acórdão n.º 183, de 27 de Dezembro de 1973. Disponível em www.cortecostituzionale.it.

¹⁸⁹ Cfr. Acórdão n.º 170, de 08 de junho de 1984. Disponível em www.cortecostituzionale.it

¹⁹⁰ Vide a leitura de Jean Paul Jacqué, *Droit Institutionnel de L'Union Européenne*, 4.ªÉd., Dalloz, 2006, pp. 56, n.º 76, acerca destes dois Acórdãos.

¹⁹¹ Cfr. Acórdão n.º 232, de 13 de abril de 1989. Disponível em www.cortecostituzionale.it

¹⁹² Cfr. o análise deste caso no artigo de, E R. Lanier, *Solange, Farewell: The Federal German Constitutional Court and the Recognition of the Court of Justice of the European Communities as Lawful Judge*, 2, Vol. 11, Boston College Int'l & Comparative Law Review. 1(1988), especialmente pp. 2-11, também disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol11/iss1/2>

¹⁹³ *Solange* era a primeira palavra do dispositivo da decisão e significa em alemão, “enquanto,” daí que o Acórdão tenha ficado conhecido como “decisão do enquanto.”

¹⁹⁴ Cfr. novamente a análise de *Solange II* no artigo de, E R. Lanier, *Solange, Farewell: The Federal German Constitutional Court and the Recognition of the Court of Justice of the European Communities as Lawful Judge*, 2, Vol. 11, Boston College Int'l & Comparative Law Review. 1(1988), especialmente pp. 11-29, também disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol11/iss1/2>

¹⁹⁵ Sobre este Acórdão, vide a leitura de Jean Paul Jacqué, *Droit Institutionnel de L'Union Européenne*, 4.ªÉd., Dalloz, 2006, pp. 57, n.º 77.

¹⁹⁶ A expressão é de Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia...*, pp. 176, nota n.º 177.

Tribunal de Justiça assegurasse o respeito dos direitos fundamentais. Na prática, embora não reconheça ao Tribunal de Justiça a qualidade de garante derradeiro dos Tratados, o que é facto é que evitou entrar em confronto com ele, havendo até quem visse aqui um sinal de reconciliação entre os dois.¹⁹⁷

Nos anos que se seguiram, o Tribunal Constitucional alemão foi rejeitando todas as queixas contra atos de Direito Comunitário derivado, com base na violação dos direitos fundamentais sagrados na Lei Fundamental, por considerar que a sua garantia era suficientemente assegurada pelo Tribunal de Justiça. Esta doutrina ficaria definitivamente consolidada no caso *Bananenmarktordnun*, de 2000.

Nesta decisão o *Bundesverfassungsgericht* declarou que a fiscalização por parte das entidades nacionais, da desconformidade de um ato comunitário com os direitos fundamentais, apenas se justificará quando a ordem jurídica comunitária não seja capaz de garantir, nestes casos, um nível de proteção adequado.¹⁹⁸ Recorde-se que actualmente, pelo facto de a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ter o mesmo valor jurídico dos Tratados, nos termos do artigo 6.º/§ 1.º do TUE, “a aplicabilidade do Direito da União implica a aplicabilidade dos direitos fundamentais garantidos pela Carta.”¹⁹⁹

A aceitação condicional do primado viria com o Acórdão *Maastricht*.²⁰⁰

²⁰¹ Só com este caso, se coloca em especial destaque a questão da *Kompetenz-*

¹⁹⁷ Com esta opinião, Patrícia Fragoso Martins, *O Princípio do Primado do Direito da União*, in, *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia*, pp. 80.

¹⁹⁸ Cfr. a já cit. obra de Maria Luísa Duarte/Pedro delgado Alves, *A União Europeia e a Jurisprudência...*, pp. 131 e segs., de onde consta o caso *Bananenmarktordnun*.

¹⁹⁹ Estas são as palavras do Tribunal de Justiça da União Europeia no Acórdão de 26 de Fevereiro de 2013, Proc. n.º C-617/10, Caso *Aklagaren c. Hans A. Fransson*, para consulta em http://curia.europa.eu/juris/document/documentL_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=req&docid=134202&occ=first&dir=&cid=216026 vide em especial o ponto n.º 21 em que para além do que foi dito se afirma ainda: “Uma vez que os direitos fundamentais garantidos pela Carta devem, por conseguinte, ser respeitados quando uma regulamentação nacional se enquadra no âmbito de aplicação do Direito da União, não podem existir situações que estejam abrangidas pelo Direito da União em que os referidos direitos fundamentais não sejam aplicados.”

²⁰⁰ Entre a doutrina favorável a esta decisão encontram-se Matthias Herdegen, *Maastricht and The German Constitutional Court: Constitutional Restraints for an “Ever Closer Union,”* CMLR, 1994, pp. 235 e segs; Mariano Bacigalupo, *La Constitucionalidad del Tratado de la Union Europea em Alemania (La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de Octubre de 1993)*, GJ, 1994, pp. 7 e segs. Num sentido mais crítica encontramos Antonio Lopez Castillo, *De Integracion y Soberania. El Tratado sobre la Union Europea (TUE) ante la ley fundamental alemana (LF) – Comentario de la Sentencia- Maastricht del Tribunal Constitucional Federal (TCF) de*

Kompetenz. Fausto de Quadros viu com agrado a orientação acolhida por este Acórdão sobre a constitucionalidade do Tratado da União Europeia, já que sempre foi do entender que o aprofundamento da integração trazido pelo Acto Único Europeu e pelo Tratado da União Europeia, particularmente o reforço da competência do Parlamento Europeu, não permitia que, na sua substância, aquela posição fosse alterada. E recorda ainda que “(...) a Comunidade não é um Estado, como teria de ser, para ter uma competência geral ou competência das competências.”²⁰²

Regressando ao caso em apreço, vislumbra-se que o Tribunal Constitucional Alemão procura responder à questão de saber quem deve ter a última palavra sobre uma norma comunitária acusada de ser *ultra vires*, isto é, de ter sido emanada para além dos limites de competência da Comunidade. Melhor ainda, quem tem a última palavra no que tange aos limites jurisdicionais entre as competências nacionais e da União Europeia?

Nesta sentença, o Tribunal confirma a decisão tomada em *Solange II*, acrescentando que o Direito Alemão aceita os atos das instituições e órgãos da União mas apenas e na medida em que eles respeitem e salvaguardem os limites previstos nos Tratados, contudo, assume-se competente para anular atos violadores dos princípios da atribuição de competências, da subsidiariedade²⁰³ e da proporcionalidade. Estamos cientes que este caso abriu uma outra fissura entre o Direito da União Europeia e o Direito Alemão – a dos atos *ultra vires*. Note-se que o *BVerfG*, só aceita anular atos da União que excedam manifestamente a atribuição de poderes prevista nos Tratados e que pertençam a áreas que façam parte da identidade constitucional do

12 de Octubre de 1993, REDC, 1994, pp. 207 e segs.; Ainda, J. H. H. Weiler, *The State "uber alles." Demos Telos and the German Maastricht Decision*, Festschrift Everling, Vol. I, in, Due. O. et al. (eds.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden: 1995, pp. 1651 e segs.

²⁰¹ Em sentido muito crítico, Norbert Reich *Judge-made "Europe à la Carte:" Some Remarks on Recent Conflicts between European Law and German Constitutional Law Provoked by the Banana Litigation*, European Journal of International Law, n.º 7, 1996, pp. 103 e segs.

²⁰² Cfr. a obra de Fausto Quadros, *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 40 e 41.

²⁰³ Idem..., especificamente, pp. 30-79. Nesta última página, Fausto de Quadros refere-se à "Europa da subsidiariedade" como sendo "uma construção de todos os povos representados no Tratado da União Europeia e não apenas uma construção de Bruxelas, sobretudo se a subsidiariedade for um instrumento de edificação de um federalismo cooperativo."

Estado alemão. Esta jurisprudência ficou plasmada no caso *Lisboa*, de 2009, no qual aquele Tribunal oportunamente apreciou a constitucionalidade do ato de aprovação do Tratado de Lisboa, posteriormente desenvolvida no recente caso *Honeywell*²⁰⁴ de 2010.²⁰⁵

Em *Frontini*, o Tribunal Constitucional Italiano acredita que o Direito Comunitário possa derrogar certas disposições constitucionais, com exceção das que incluem princípios fundamentais ou direitos inalienáveis das pessoas. Nessa senda, fundamenta o primado no artigo 11.º da Constituição Italiana.

Seguiu-se o caso *Granital* no qual o Tribunal Constitucional Italiano admite que os Tribunais italianos podem não aplicar normas nacionais contrárias a normas comunitárias diretamente aplicáveis.²⁰⁶

Mais tarde em *Fragd*, o mesmo Tribunal Constitucional decide que pode controlar a firmeza das regras individuais de Direito Comunitário com os princípios fundamentais da Constituição italiana, em especial quando estivessem em causa princípios fundamentais de direitos humanos.²⁰⁷ Isto significa que a instância judicial se arrogou pois, como a última autoridade para aferir se o Direito da União Europeia viola ou não os direitos fundamentais e igualmente, para aferir se a repartição de atribuições entre União e Estados-membros foi respeitada.²⁰⁸

As reservas dos Estados-membros ao princípio do primado não se fizeram notar apenas no que concerne aos direitos fundamentais,²⁰⁹ apesar de eles

²⁰⁴ Decisão de 06 de Julho de 2010, disponível em www.bundesverfassungsgericht.de. Aqui o BVerfG admite que o Direito da União Europeia só se pode desenvolver efetivamente se prevalecer sobre o Direito nacional.

²⁰⁵ Para uma análise mais intensa dos casos *Lisboa* e *Honeywell*, vide o comentário de Daniel Thym, *From Ultra-vires-Control to Constitutional-Identity Review: The Lisbon Judgement of Germany Constitutional Court, in, Europe's Constitutional Challenges in the Light of Recent Case Law of the National Constitutional Courts*, ., José Maria Beneyto/Ingolf Pernice (eds.), Vol.8, Nomos, 2011, pp. 31 e segs.

²⁰⁶ Sobre estes Processos, no âmbito desta temática, Cfr. Michel Fromont, *Droit Administratif des États Européens*, Paris, 2006, pp. 85.

²⁰⁷ Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, pp. 505, afirma tratar-se aqui dos chamados "controllo-limiti."

²⁰⁸ Atualmente o Tribunal Constitucional Italiano está num nova fase que teve início em 2008, quando suscitou a primeira questão prejudicial ao abrigo do artigo 267.º do TFUE. A este respeito Cfr. Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, pp. 505, e Antonio Tizzano, *Die Italienische Verfassungsgerichtshof (Corte Costituzionale) und der Gerichtshof der Europäischen Union*, EuGRZ, 2010, pp. 1 e segs.

²⁰⁹ No que concerne aos direitos fundamentais, alguma doutrina levante a questão se saber se a inclusão de um catálogo de Direitos fundamentais nos Tratados em vigor, de que é exemplo a Carta dos Direitos

serem sem dúvida o núcleo duro das Constituições nacionais. Com efeito, as reservas de constitucionalidade elaboradas pelos diferentes Tribunais Constitucionais tendem a ser mais amplas e a incluir os princípios que substanciam a própria ideia de Direito inerente a cada Constituição nacional e que, no caso português, foram identificados com os limites materiais da revisão constitucional.²¹⁰

3. O valor jurídico do Primado:

Percorrido este caminho, a questão que urge colocar nesta altura, é a de saber qual é a consequência jurídica para um ato nacional que viole um ato da União, isto é, qual é a sanção do primado.

Como já tivemos oportunidade de adiantar *supra*, o Tribunal de Justiça em *Simmenthal*, conclui que “*todo o juiz nacional, demandado no quadro da sua competência, tem a obrigação de aplicar integralmente o Direito Comunitário e de proteger os direitos que este confere aos particulares, deixando inaplicável toda a disposição eventualmente contrária da lei nacional, seja anterior ou posterior à regra comunitária. (...) impedir a formação válida de novos atos legislativos nacionais*”, na medida da sua incompatibilidade com o Direito Comunitário. Fica postulada como sanção do primado, a inaplicabilidade do ato estadual e não a nulidade ou inexistência do ato estadual. Ou seja, a sanção a que nos referimos, situa-se no campo da eficácia e não no da validade ou da existência jurídica.²¹¹

O Tribunal recusou a atribuição de um cunho federal ao primado do Direito da União, que teria determinado a nulidade, se não a inexistência jurídica, da norma estadual, conforme consta do artigo 31.º da Constituição

Fundamentais da União Europeia, que desde o Tratado de Lisboa, por força do artigo 6.º do TUE, tem o mesmo valor jurídico que os Tratados, pelo que deve ser considerada direito originário – pode ela própria, designadamente algumas das suas disposições horizontais, implicar dificuldades no reconhecimento do primado. Cfr. a respeito, Jonas Bering Liisberg *Does the Eu Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?*, in, *Common Market Law Review*, 38, 5, 2001, pp. 1171-1199.

²¹⁰ Patrícia Fragoso Martins, *O Princípio do Primado do Direito da União*, in, *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia...*, pp. 87.

²¹¹ Assim ensina o Professor Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia...*, pp. 517

alemã.²¹² Muito embora seja essa a interpretação que deve retirar-se do Acórdão, o que é facto é que a doutrina²¹³ aponta que em *Simmmenthal*, o Tribunal de Justiça dá argumentos para que a sanção fosse mais severa, e rodeasse a nulidade ou a inexistência²¹⁴, no caso em que o ato estadual que contrarie o ato da União seja posterior a esta. No entanto, a questão parecia ter ficado mais clara no já citado Acórdão *IN.CO.GE '90 srl*, de 1998.

Essa construção clássica seria enevoadada pelo Protocolo relativo aos Estatutos do SEBC e do BCE, de 1992, onde se dispôs no seu artigo 14.º/2, que o Tribunal de Justiça pode anular, num recurso de anulação, um ato de Direito nacional que demita um Governador de um Banco Central Nacional.

III. As resistências nacionais ao princípio do primado. O primado do Direito da União e as Constituições estaduais:

É consensual que União Europeia, exerce típicas funções estaduais (legislativa, executiva e judicial), relacionando-se de modo direto e imediato com os particulares, em termos tais, que parece ser lógica a qualificação como constitucional do(s) instrumento(s) jurídico(s) em que se funda, pelas questões que suscita de legitimidade e legitimação democráticas, mas também de repartição de competências com os Estados-membros, por um lado, e em sede de direitos fundamentais e de controlo jurisdicional, por

²¹² Cfr. Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia...*, ainda na pp. 517.

²¹³ Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia...*, ainda na pp. 517, assinala este diferente prisma em *Simmmenthal*.

²¹⁴ A "desaplicação" é um espécie de sanção mínima contra a norma interna (independentemente da eventual demanda ex-artigo 226.º do TCEE da Comissão contra o Estado infrator e da obrigação de fazer desaparecer a infração). A solução imediata do litígio concreto é a exclusão da norma interna como norma aplicável e a seleção da norma comunitária como norma que em substituição resolve o litígio. Ainda que o direito interno não confira a faculdade de exclusão ou inaplicação da norma interna, o Direito Comunitário confere esse poder de excluir a lei nacional e de substituição pela norma comunitária: o juiz não aplicará a lei interna em virtude da sua própria autoridade, quer dizer da autoridade que lhe confere o ordenamento comunitário para garantir a aplicação íntegra do Direito Comunitário. Vide Araceli Mangas Martín/Diego J. Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tercera Edición, Tecnos, 2002. Assim " *La situación en la que se encuentra el Juez nacional ante una norma nacional (anterior o posterior) contraria a la comunitaria, es particularmente delicada porque se ve obligado a considerar como inexistente la norma interna e, incluso, se ve formalmente invitado a desconocer, para asegurar la primacia del Derecho Comunitario, las normas constitucionales que determinan y ala solución de conflictos, y ala extensión de sus propios poderes.*"

outro. Em conexão com o que foi sendo dito, é inegável que é causadora de metamorfoses constitucionais nos Estados-membros.²¹⁵

Como se disse, a perspectiva do Tribunal de Justiça é a do caráter absoluto do primado, o que significa que toda a norma nacional, mesmo que constitucional,²¹⁶ deve ceder passo a uma norma de Direito da União. Os Estados-membros nem sequer poderão alegar dificuldades internas, nem mesmo de cariz institucional para se eximirem ao cumprimento do Direito da União Europeia.²¹⁷ O primado foi assim revestido pelo Tribunal de Justiça “*com as vestes de um rei absolutista*”²¹⁸, em reação provavelmente às teorias nacionais expostas na época.

Como era expectável, esta construção do Tribunal de Justiça foi geradora de um “*mal-estar da Constituição*”,²¹⁹ de uma crise da sua autoridade e do seu monopólio normativo, tendo sido compreendida por alguns juristas como um “*festival de horrores*”,²²⁰ objecto de múltiplas interpretações. Nunca os Tribunais nacionais “*(...) se renderam a um primado puro e simples ou radical do Direito Comunitário, nem renunciaram à defesa, em última análise, dos direitos e dos vectores básicos das correspondentes Constituições.*”

²²¹ A par disto, manifestou-se também o desconhecimento do Direito Comunitário pelos juízes nacionais.²²²

²¹⁵ Tal qualificação é assumida de resto pelo T. J que chegou a definir os Tratados da União como “*carta constitucional de base de uma comunidade de Direito.*” Vide os Acórdãos, *Os verdes/Parlamento*, de 23 de Abril de 1986, Proc. N.º 294/83, Col. 1986, pp. 1339 e outro, *Comissão/BEI*, de 10 de Julho de 2003, Proc. N.º C-15/09, Col. 2003, pp. I-7281, n.º 75.

²¹⁶ Casos *Costa/ENEL* e *Internationale Handelsgesellschaft*, Processos já cit.

²¹⁷ A este respeito surge o Acórdão *Comissão c. Bélgica*, de 06 de Maio de 1980, Rec. 1980, pp. 1473.

²¹⁸ Cfr. as palavras de Antonio Lazari, traduzidas por nós, que constam do artigo, *La Nueva Gramática del Constitucionalismo Judicial Europeo*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, n.º 33, Mayo/Agosto, 2009, CEPC, Madrid, pp. 503.

²¹⁹ Cfr. Nuno Gaioso Ribeiro, intitulado *Constituição Europeia e Constituições nacionais: compatibilidade ou conflito? O caso italiano e a jurisprudência da Corte Costituzionale*, in, *O Direito*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 957.

²²⁰ A expressão é de Miguel Piores Maduro, *A Crise Existencial da Constituição Europeia*, Working Paper 2/99, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 1999, 6, pp. 11, também disponível em www.fd.unl.pt

²²¹ Citando Jorge Miranda/Rui Medeiros, na *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2010, pp. 170; Cfr. também, sobre o assunto, Giuseppe Martinico, *L'Integrazione Silente – La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Jovene, Nápoles, 2009, pp. 171 e ss.

²²² Inês Quadros, na obra, *A Função Subjetiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Almedina, 2006, pp. 25 e 26, refere que aquele desconhecimento se deve a vários

O raciocínio que adoptamos congrega os seguintes pontos fulcrais: - os Tratados constitutivos da União Europeia criaram uma nova ordem jurídica, que envolve as ordens jurídicas dos Estados-membros; as normas jurídicas da atual União Europeia aplicam-se imediatamente nos Estados-membros, vinculam todos os seus órgãos, sem necessidade de mediação de leis internas; alguns atos, tais como, disposições dos Tratados, Diretivas, Decisões cujos destinatários sejam os Estados e Acordos Internacionais que obrigam a União, possuem efeito direto, podendo ser invocados enquanto tais em Tribunal ²²³; a validade daquelas normas jurídicas da União, não pode ser apreciada à luz das noções e regras das ordens jurídicas nacionais, mas apenas à luz do Direito da União Europeia; as normas jurídicas da União têm aplicação uniforme em todos os Estados-membros e a sua incorporação nas respectivas ordens jurídicas nacionais assenta na reciprocidade; as normas jurídicas da União tornam inaplicáveis de pleno direito, as normas contrárias decretadas pelos Estados-membros, previgentes ou subsequentes à sua formação;

Com base neste postulado de congruência estrutural, forma-se uma rede semântica que nos permite afirmar, o princípio do primado do Direito da União sobre o Direito nacional; a garantia de aplicação uniforme do Direito da União cabe ao Tribunal de Justiça através do reenvio prejudicial, a que estão adstritos os Tribunais nacionais; a garantia complementar da execução do Direito da União, reforçada pela possível ação de incumprimento, a propor pela Comissão contra os Estados-membros que violem o princípio do primado. ²²⁴

Esta perspetiva “acabada” do primado, nunca foi aceite de forma incondicional pelos Estados-membros, nem pela jurisprudência, nem pela doutrina. Excepcionando os que admitem – e já admitiam antes da criação

fatores, entre os quais destaca o facto de, o Direito Comunitário ser relativamente recente, daí a pouca familiaridade das entidades nacionais com ele. A acrescer a isto, os novos problemas que este recente Direito acarreta, o facto de os juízes, por conseguinte, nem sempre estarem plenamente informados e esclarecidos do seu conteúdo na hora de aplicarem o Direito Comunitário. Risco tal, que pode ser acentuado, como é descrito pela autora, junto aos Estados que mais recentemente aderiram à União Europeia.

²²³ Assim ensina o Professor Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia...*, pp. 544.

²²⁴ Todos estes importantes pontos são-nos dados por Jorge Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 4.ª Edição, Principia, 2009, pp. 157 e 158.

das Comunidades – o primado do Direito Internacional sobre todo Direito nacional, como é o caso da Holanda e do Luxemburgo, todos os outros mostraram resistências e reservas à aceitação do primado das normas de Direito da União Europeia, especialmente sobre as Constituições, ou pelo menos, sobre um núcleo duro ou primordial de normas constitucionais, nas quais se incluem os direitos fundamentais e a atribuição de poderes à União.²²⁵ Portanto, se no geral “as Constituições nacionais deixam uma margem de desenvolvimento ao Direito Comunitário, uma margem cuja extensão varia de país para país,”²²⁶ essa margem encontra-se confinada a alguns limites.

A primeira dissensão que os Tribunais nacionais,²²⁷ em especial os Constitucionais e os Supremos, têm com o Tribunal de Justiça, prende-se com o próprio fundamento do princípio do primado. A maior parte dos Tribunais nacionais funda a supremacia do Direito da União sobre os Direitos nacionais nas próprias Constituições, designadamente nas chamadas “cláusulas Europa”²²⁸ que permitem a limitação de soberania e a consequente integração do respectivo Estado na União Europeia. Parece compreensível, a partir destas considerações, que os Tribunais Constitucionais sempre se tenham considerado competentes para, em certas circunstâncias, fiscalizarem a constitucionalidade das normas do Direito da União contrárias às Constituições em geral ou a um núcleo essencial destas.

Não obstante a natureza destas reservas ao primado, tem de dizer-se que a convivência entre as duas ordens jurídicas tem sido relativamente pacífica. Há quem note que, mesmo quando os Tribunais nacionais afastam a

²²⁵ Assim dispõe Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, pp. 504.

²²⁶ Cfr. Bruno de Witte, *Droit Communautaire et Valeurs Constitutionnelles Nationales*, Revue Française de Théorie Juridique, n.º 14, 1991, pp. 89. Ainda nesta página 89, Witte afirma que, “(...) é em virtude do próprio texto constitucional e não em virtude do primado inerente aos Tratados Comunitários que a maioria dos Tribunais está disposta a conceder um lugar privilegiado ao Direito Comunitário. Ainda e consequentemente, esse primado permanece sujeito a reservas de constitucionalidade.”

²²⁷ Sobre o que Craig/Búrca apelidam de “*The Second Dimension: Supremacy from The Perspective of the Member States*”, vide a sua obra já cit. *EU Law...*, para se ter uma perspectiva global do primado na óptica dos Estados-membros da União Europeia, pp. 353-377.

²²⁸ Assim as apelida Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, pp. 504. São cláusulas constitucionais que conferem poderes ao Estado para limitar a sua soberania através da concessão de poderes, mais ou menos vastos à União Europeia. Estas cláusulas são múltiplas e variadas. Cfr. por exemplo, o artigo 23.º da *Grundgesetz*, artigo 11.º da Constituição italiana e 55.º da Constituição francesa.

aplicação da norma comunitária com base na sua Constituição, não o fazem com base na regra clara do primado desta última. Fazem-no sob a presunção de que deveriam aplicar a norma comunitária.²²⁹

*Fausto de Quadros*²³⁰ ensina-nos que a posição dos Estados-membros, nomeadamente das suas Constituições nacionais, perante o primado tem de ser encarada, ao longo da História, em duas fases: a fase da confrontação entre a integração e o Direito nacional (ou soberania estadual); e depois, a fase da adaptação do Direito nacional ao Direito da União.²³¹

Na fase a que chama de confrontação, o Professor explica que as Constituições estaduais, para aceitarem o primado do Direito da União, e para lhe darem legitimação constitucional, tiveram necessidade de acolher as limitações de soberania resultantes da sua adesão às Comunidades, por uma de duas vias: - ou incluindo uma cláusula geral de limitação de soberania que envolvesse todo o primado supraconstitucional do Direito da União. (*Fausto de Quadros* dá como exemplo a Grécia,²³² no artigo 28.º/2 e 3); ou incluindo nas Constituições, uma cláusula de autorização ao Parlamento para a delegação de poderes soberanos pelos respectivos Estados nas Comunidades (exemplo disto é o caso alemão, no novo artigo 23.º/1).²³³

Nesta primeira fase, o Tribunal de Justiça como os Tribunais Constitucionais nacionais concluíram que a supremacia do Direito da União sobre os Direitos nacionais “*não devia ir ao ponto de sacrificar direitos fundamentais*”, que em caso de conflito entre um ato da União e um ato estadual, se encontravam melhor protegidos por este último.²³⁴

²²⁹ Neste sentido, Miguel Poiars Maduro, *Contrapunctual law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in, Neil Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 501-537.

²³⁰ Vide a obra já cit., *Direito da União Europeia...*, pp. 518 e 519.

²³¹ Através de uma ou outra destas duas formas, os Estados-membros constitucionalizavam as Comunidades e depois a União, nas suas Constituições, dando suporte constitucional à sua adesão à União e à sua presença nela. O Processo das questões prejudiciais do artigo 267.º TFUE, seria uma ferramenta ao serviço dos Tribunais nacionais. Cfr. sobre isto David Blanchard, *La Constitutionnalisation de L'Union Européenne*, Rennes, 2001, I Parte, pp. 69 e segs.

²³² Referindo-se em especial ao caso grego e irlandês, os quais não trataremos aqui, vide, a ob. cit. de Olivier Dubos, *Les Juridictions Nationales...*, pp. 733, n.º 595-596.

²³³ A este respeito, vide Peter Badura, *Staatsrecht*, 5.ª Ed. Munique, 2012, pp. 460 e segs.

²³⁴ Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia...*, pp. 509.

Na fase da adaptação, os Estados-membros vão adaptando ou adequando as respectivas Constituições à evolução do Direito da União. Este movimento principia em 1992, após a assinatura do Tratado da União Europeia e pode identificar-se em dois métodos: o primeiro consiste na revisão (sucessiva) das Constituições nacionais, por forma a harmonizá-las com o Tratado da União Europeia. Note-se que os Tratados Comunitários e da União, sofreram em menos de dez anos, três revisões.²³⁵

O segundo método traduz-se na “europeização” dos Direitos Constitucionais dos Estados-membros. Esta harmonização tem vindo a abarcar o próprio Direito Constitucional Económico, pelo facto de a União, ter pretendido atingir a União Económica e Monetária, assim como domínios políticos com elevada sensibilidade para a soberania dos Estados.²³⁶

No que respeita à fiscalização constitucional nacional do Direito da União, temos de discernir entre aqueles Estados que têm mecanismos de fiscalização de constitucionalidade e aqueles que não os possuem. Para estes últimos, a possibilidade de conflito entre as Constituições nacionais (formais e materiais) e o “*constitucionalismo europeu*”²³⁷ ocorre apenas no momento de ratificação dos Tratados. O momento da ratificação nacional dos Tratados constitui o único mecanismo de controlo constitucional disponível, pelo que as hipóteses de conflito são drasticamente reduzidas. A situação agrava-se nos Estados com mecanismos de fiscalização da constitucionalidade. Na Holanda²³⁸, por exemplo a possibilidade de conflito é eliminada através da concessão de supraconstitucionalidade às normas da União Europeia. A possibilidade de conflito entre actos ou normas da União e as Constituições dos Estados-

²³⁵ Cfr. Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia...*, pp. 520 e 521.

²³⁶ Seguindo uma vez mais a doutrina de Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia...*, pp. 521 e 522. Veja-se o exemplo constitucional português referido pelo Professor, no que respeita à abolição da extradição, um dos exemplos expressivos da abolição, nas Constituições estaduais, da extradição entre Estados-membros da União.

²³⁷ Cfr. Miguel Poiares Maduro, *A Constituição Plural, Constitucionalismo e União Europeia*, 1.ª Edição, Principia, Cascais, 2006, pp. 23.

²³⁸ Artigos 60.º e 70.º da sua Constituição. Noutros casos, a possibilidade de conflito aumenta consoante a variedade e o tipo de processos de fiscalização disponíveis para apreciar a constitucionalidade de uma qualquer norma jurídica, incluindo normas comunitárias contrárias.

membros é, em grande parte, eliminada ²³⁹ onde não exista possibilidade de fiscalização sucessiva, abstrata ou concreta, da constitucionalidade.

Recorde-se que nos sistemas mais complexos de fiscalização da constitucionalidade, a posição adoptada pelos respectivos Tribunais Constitucionais em relação à apreciação daquela constitucionalidade, parece ser o foco do problema.

Neste local, não iremos tratar pormenorizadamente a jurisprudência dos Tribunais dos Estados-membros da União a respeito do primado, ²⁴⁰ optando apenas por passar em revista os casos mais representativos: caso da Alemanha, ²⁴¹ Itália ²⁴² e França. ^{243 244}

²³⁹ Mas pode ainda existir conflito se, como no caso francês, as propostas legislativas da União Europeia forem submetidas pelo Governo nacional ao Parlamento e, conseqüentemente, se suscitar a questão da fiscalização de constitucionalidade. Cfr. de novo, Poiars Maduro, *A Constituição Plural, Constitucionalismo e União Europeia...*, pp. 23, nota de rodapé n.º 16.

²⁴⁰ Para termos uma visão global sobre esta situação na maioria dos Estados, deve ler-se a obra de Koen Lenaerts/Piet Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, 2.ª Ed., Thomson, Sweet & Maxwell, Robert Bray (Ed.), 2005, pp. 679-703.

²⁴¹ Sobre o caso alemão *vide* também o pertinente artigo de Jacques Ziller, *The German Constitutional Court's Friendliness Towards European Law, On the Judgement of Bundesverfassungsgericht over the Ratification of the Treaty of Lisbon*, *European Public Law*, Vol. 16, 1, March/2010, Wolters Kluwer, pp. 53-73, que passa em revista o caso alemão, assinalando a importância da doutrina *Solange* do Tribunal Constitucional alemão, e da Decisão 2 BvE 2/08 de 30 de Junho de 2009, que pavimentou o caminho para a ratificação do Tratado de Lisboa pelo Presidente da República Federal da Alemanha. Apesar da prudência do *Bundesverfassungsgericht* em relação ao primado, e olhando para o passado, pode ver-se da sua parte bastantes resistências e reservas, o facto é que este Tribunal já percebeu que o primado é uma consequência natural da participação alemã no projeto da integração europeia. No entanto, os direitos fundamentais continuam a ser a matéria mais sensível para ele. O respeito que a União Europeia deve ter pelos Direitos fundamentais dos seus cidadãos, deve ser o suporte desta amizade entre o Tribunal Constitucional Alemão e o Tribunal de justiça, ou seja, a afabilidade daquele para com este, depende do respeito pelas suas tradições constitucionais e pelo princípio da dignidade humana, tão caro à Alemanha.

²⁴² O caso italiano em especial destaque, com Marta Cartabia, *The Italian Constitutional Court and The Relationship between the Italian Legal System and The European Union*, in, *The European Courts & National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, Anne-Marie Slaughter/ Alec Stone Sweet/Joseph H. H. Weiler, Hart Publishing, 1998, pp. 133-146, e ainda nesta colectânea se pode encontrar uma monografia de Francesco P. Ruggeri Laderchi, nas pp. 147-170, onde se aborda mais profundamente o caso italiano, o que não faremos neste relatório.

²⁴³ Na Holanda, Bélgica e Luxemburgo, o caminho encontrado para esta questão foi a assimilação do Direito da União ao Direito Internacional. Na Holanda, prescreve-se constitucionalmente a supremacia do Direito Internacional sobre o Direito nacional (sobre este país, consultámos em especial, Monica Claes/Bruno de Witte, *Report on the Netherlands*, in, *The European Courts & National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, Anne-Marie Slaughter/ Alec Stone Sweet/Joseph H. H. Weiler (Ed.), Hart Publishing, 1998, pp. 171-194); No caso da Bélgica, a jurisprudência proclamou explicitamente a primazia do Direito Comunitário, deduzindo-a simultaneamente do princípio do primado do Direito Internacional e da própria natureza das Comunidades. Leia-se a respeito, de Hervé Bribosia, *Report on Belgium*, in, *The European Courts & National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, Anne-Marie Slaughter/ Alec Stone Sweet/Joseph H. H. Weiler (Ed.), Hart Publishing, 1998, pp. 3-

Na Alemanha²⁴⁵ ²⁴⁶ e em Itália, a tradição dualista levou os órgãos jurisdicionais a recorrer à tese da especificidade para assegurar a superioridade do Direito das Comunidades sobre a lei nacional. Só razões específicas da sua natureza permitiam conferir-lhe um estatuto privilegiado, fazendo-o escapar desta maneira às consequências do dualismo. Esse estatuto resultava da abertura constitucional manifestada nas disposições

37. O Luxemburgo, cuja longa tradição judiciária, desde o séc. XIX, atribuía primazia aos Tratados Internacionais, perfeitamente assente, recorre ao caso *Pagani*, Acórdão do Tribunal Superior de Justiça de 15 de Julho de 1954, para confirmar essa tradição. Toda esta informação pode confirmar-se em Pierre Pescatore, *L'ordre Juridique Communautaire...*, ob. cit., pp. 247 e 248; João Mota de Campos, *A Ordem Constitucional Portuguesa...*, ob. cit., pp. 238-241; Cfr. também Buno de Witte, *Do not Mention the Word: Sovereignty in Two European Countries: Belgium and The Netherlands*, in, Neil Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 351-366. Cfr. ainda a ob. cit. de Olivier Dubos, *Les Juridictions Nationales...*, pp. 733, n.º 593. Sobre o caso irlandês é pertinente ler-se o artigo de Elaine Fahey, *A Constitutional Crisis in the Teacup: The Supremacy of EC Law in Ireland*, *European Public Law*, Vol. 15, 4, December/2009, Wolters Kluwer, pp. 515-531, em que analisa a questão do primado na Irlanda, e a influência neste, da recente Decisão do Supremo Tribunal Irlandês *Minister for Justice, Equality & Law Reform & Commissioner of An Garda Síochana v. Director of Equality Tribunal* (2009), considerando-a uma ameaça à supremacia do Direito da União sobre o Direito irlandês.

²⁴⁴ Não deve esquecer-se que outros Tribunais superiores de outros países tem sido solicitados a pronunciar-se sobre o modo como o Direito interno, nomeadamente o de grau constitucional, se relaciona com o Direito da União. As soluções adoptadas não divergem muito. Sobre a jurisprudência dos Tribunais do Reino Unido (apenas a respeito deste, Olivier Dubos, *Les Juridictions Nationales...*, pp. 737-741, n.º 599-602) e Tribunal Constitucional polaco, vide a obra cit. de Paul Craig/Grainne de Burca, *EU Law...*, pp. 285-293 e segs. Sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional Búlgaro, vide Emilia Drumeva, *Evolutive Attitude of Bulgarian Constitutional Court in the EU Law Space*, in, J. M. Beneyto/Ingolf Pernice (eds.), ob. cit., *Europe's Constitutional...*, 131 e segs. Acerca da jurisprudência do Tribunal Constitucional checo, Cfr. Jiri Zemánek, *The Two Lisbon Judgements of the Czech Constitutional Court*, in, J. M. Beneyto/Ingolf Pernice (eds.), ob. cit., *Europe's Constitutional...*; Ainda, quanto ao Tribunal Constitucional Espanhol, para o qual, o juízo que se faça duma lei posterior contrária ao Tratado não se reconduz a um juízo de inconstitucionalidade, pois crê tratar-se de uma violação indireta da Constituição. Cfr. Maria Consuelo Alonso Garcia, *La Facultad del Juez Ordinario de inaplicar la ley interna posterior contraria al derecho comunitario*, *Revista de Administración Publica*, n.º 138, Setembro-Dezembro, 1995, pp. 220 e 221 e ainda, sobre o caso espanhol, vide em especial a Decisão do Tribunal Constitucional espanhol de 13 de Dezembro de 2004, DTC 1/2001 em <http://hj.tribunalconstitucional.es>. É importante ver acerca do caso espanhol, a ob. cit. de Olivier Dubos, *Les Juridictions Nationales...*, 735-737, n.º 597. E para estudo profundo sobre *El Juez Español y El Derecho Comunitario*, de Ricardo Alonso García, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 19-295.

²⁴⁵ Vide, em especial de Juliane Kokott, Report on Germany, in, *The European Courts & National Courts*, Doctrine and Jurisprudence, Anne-Marie Slaughter/ Alec Stone Sweet/Joseph H. H. Weiler (Ed.), Hart Publishing, 1998, pp. 77-131.

²⁴⁶ Cfr. em especial sobre o caso alemão, vide a ob. cit. de Olivier Dubos, *Les Juridictions Nationales...*, pp. 733, n.º 591 e 592 e ainda, Ranier Arnold, Fundamental Rights in the European Union, in, *The Process of Constitutionalisation of The EU and Related Issues*, Nadezda Sisková (Ed.), Europa Law Publishing, 2008, pp. 29 e 30, bem como, de Jurgen Schwarze, *Deutscher Landesbericht, The Birth of European Constitutional Order*, Jurgen Schwarze (Ed.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, pp. 170-180.

constitucionais que legitimavam a atribuição de competências às instituições da Comunidade.²⁴⁷

O Tribunal Constitucional alemão²⁴⁸ desenvolveu uma teoria que permite um certo grau de controlo constitucional, mas que, concomitantemente, impede conflitos específicos, já que, em regra, não fiscaliza actos jurídicos individuais da União Europeia. “*É uma teoria de controlo constitucional sobre as normas comunitárias que, simultaneamente, acomoda a reivindicação de autoridade feita pelo Direito da União Europeia.*”²⁴⁹

Como tivemos oportunidade de salientar, foi no caso *Solange I*, que o Tribunal Constitucional alemão enfatizou os seus receios perante a pretensão de domínio exclusivo do Direito da União no ordenamento jurídico alemão. A maior apreensão alemã era que a supremacia do Direito da União eliminasse a identidade da Constituição vigente à época, mediante a invasão das estruturas que formam a sua base. Nesse sentido, o catálogo de direitos fundamentais da Lei Fundamental de Bona afirma-se como elemento essencial e irrenunciável da própria estrutura da Constituição vigente.²⁵⁰

Num primeiro momento, ele declarou-se competente para fiscalizar a constitucionalidade do então Direito Comunitário e determinar a sua desaplicação na Alemanha, caso concluísse pela inconstitucionalidade, enquanto a ordem jurídica da U.E não estivesse munida de um catálogo de direitos fundamentais, de origem parlamentar, substancialmente equiparável ao rol de direitos fundamentais da Constituição alemã.^{251 252}

²⁴⁷ Cfr. Robert Kovar, *As relações entre o Direito Comunitário e os Direitos Nacionais*, Trinta Anos de Direito Comunitário, Obra Coletiva, Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, Bruxelas-Luxemburgo, 1984, pp. 120 e segs. Refere que no caso alemão, o fundamento do primado foi encontrado na abertura manifestada pela Constituição, que legitima a atribuição de competências às Comunidades. Com efeito, o artigo 24.º, § 1, da Lei Fundamental dispõe que “*a República Federal pode transferir por lei determinados direitos de soberania a instituições internacionais.*” A Alemanha comprometeu-se a aceitar uma ordem jurídica com uma natureza específica e original que fazia prevalecer sobre o ordenamento jurídico interno.

²⁴⁸ Sobre a posição deste Tribunal deve ler-se também, João Mota de Campos, *Direito Comunitário*, Vol. II, 2.ª Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988.

²⁴⁹ M. Póiares Maduro, *A Constituição Plural...*, pp. 24.

²⁵⁰ Cfr. Carlos Vidal, Alemanha, in, *Justicia Constitucional Y Unión Europea*, Javier Tajadura y Josu de Miguel (coord.), Cuadernos y Debates, 185, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 44 e ss.

²⁵¹ Vide o já cit. Acórdão *Solange I*, BVerfGE, 37, pp. 271 e segs.

Em momento ulterior, o Tribunal Constitucional Federal alemão, depois de o Tribunal de Justiça ter estabelecido os princípios aplicáveis em matéria de proteção dos direitos fundamentais no seio da União, declarou que não exercia a competência que persistia em reivindicar, enquanto a União e, em especial, a jurisprudência do Tribunal de Justiça assegurassem uma proteção eficaz dos direitos fundamentais perante os poderes de autoridade da mesma União, equiparável no essencial à que a Constituição alemã considera imprescindível, e que congrega o conteúdo essencial desses direitos.²⁵³

Em *Solange II*, o Tribunal de Karlsruhe libertou o Direito Comunitário do jugo do Direito Constitucional interno, apesar do aparente retrocesso operado no caso *Maastricht*. *Solange II* dá também oportunidade ao Tribunal Constitucional Federal alemão para qualificar o Tribunal de Justiça como Juiz legal, para, no quadro do reenvio prejudicial, apreciar as questões de validade suscitadas pelas disposições de Direito da União aplicáveis pelos Tribunais dos Estados-membros, responsabilizando-os deste modo pela invocação perante o Tribunal de Justiça, da desconformidade dessas disposições com os valores e princípios comuns à compleição da União e à Constituição nacional.²⁵⁴

Em 1979, foi produzida uma sentença similar protagonizada de novo pelo *Verwaltungsgericht Frankfurt/Main*. Este, depois de ter suscitado uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade entre uma lei de promoção da agricultura e o desenvolvimento agrário, e os correspondentes artigos do então Tratado da Comunidade Europeia que regulam as ajudas estaduais, tendo este decidido pela incompatibilidade de ambas as normas, suscitou posteriormente a inconstitucionalidade perante o *BVerfG*, para que este aclarasse se a interpretação do Tribunal de Justiça

²⁵² Cfr. a leitura da interessante obra de Fausto Quadros, *A Influência da Lei Fundamental de Bona sobre a Constituição Portuguesa*, para saber de que forma a primeira irradiou para a segunda, in, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Gomes Canotilho, Vol. II, pp. 587-600, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

²⁵³ Vide o já cit. caso *Solange II*, BVerfGE, 73, pp. 339 e segs.

²⁵⁴ Sobre esta matéria vide Luis Pais Antunes, *Direito da Concorrência. Os Poderes de investigação da Comissão Europeia e a proteção dos direitos fundamentais*. Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 71 e segs.

seria de aplicar na RFA. ²⁵⁵ em *Vielleicht*, o Tribunal reconhece que os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros e da então Comunidade não estavam isolados e incomunicáveis, mas sim abertos de maneira inevitável a interações de todo o tipo. Acaba por se referir também a questões não tratadas antes, tais como os princípios jurídicos comuns que contribuem para a formação de um *standard* homogéneo, no que toca à proteção dos direitos fundamentais, a cooperação estabelecida através do sistema da questão prejudicial e por fim, a afirmação de objetivos comuns – o aprofundamento da integração, da segurança e igualdade jurídicas, nos que se observa um tom positivo e de cooperação. ²⁵⁶

Anos mais tarde, em duas decisões sobre atos da Organização Internacional Eurocontrol ²⁵⁷, a alta instância alemã relativizaria consideravelmente as suas exigências de homogeneidade estrutural para a proteção dos direitos fundamentais, reconhecendo como suficientes outros sistemas de proteção jurisdicional

No caso *Bananenmarktordnung*, ²⁵⁸ já analisado, o Tribunal Constitucional Federal alemão explicou não ser exigível ao Tribunal de Justiça que este confira uma proteção igual à concedida a cada um dos direitos fundamentais constantes do catálogo da Constituição alemã. Para aceitar fiscalizar a constitucionalidade de uma disposição de Direito da União, o Tribunal Constitucional Federal alemão exige do Tribunal *a quo*, ou do autor da queixa constitucional, que aleguem uma violação dos direitos fundamentais por parte dessa disposição, e a demonstração exaustiva de que

²⁵⁵ Sentença *Vielleicht* de 25 de Julho de 1979, *BVerfG*, 52, 187. aqui nota-se da parte deste Tribunal, uma atitude mais positiva e favorável à integração, clarificando-se que a competência de controlo sobre o direito derivado que se atribuiu em *Solange I*, não se pode tornar extensível ao âmbito do Direito Comunitário originário. Sem dizer expressamente que abandonava a doutrina *Solange I*, deixa uma porta aberta para o futuro, talvez fazendo depender o exercício dessa competência da evolução do sistema de repartição de competências no seio da Comunidade. Esta poderia levar a uma renúncia expressa do controlo sobre o âmbito normativo que, em princípio, deveria estar excluído ao *BVerfG*.

²⁵⁶ Cfr. Carlos Vidal, Alemanha, in, *Justicia Constitucional...*, pp. 57.

²⁵⁷ *BVerfG* 58, 1; *BVerfG* 59, 63.

²⁵⁸ Constance Grewe, na obra, *Le Traité de Paix avec la Cour du Luxembourg: L'Arrêt de la Cour Constitutionnelle Allemande du Juin 2000 Relatif au Règlement du Marché de Banane*, in, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 1, Jan.-Março, 2001, pp. 1-17, considera que o caso *Bananenmarktordnung* é um retorno a *Solange II*, já por nós citado, ainda que o Tribunal a procure justificar com a referência ao Acórdão *Maastricht* também cit. *supra*.

a proteção dos direitos fundamentais considerada imprescindível, deixou genericamente de ser garantida pelo Tribunal de Justiça.

Tal exige do Tribunal *a quo* ou do autor da queixa constitucional, um confronto entre a proteção dos direitos fundamentais garantida a nível nacional com a que é concedida na órbita da União.²⁵⁹ ²⁶⁰ Miguel Poiares Maduro assinala que a posição do Tribunal Constitucional alemão parece ser a de que “(...) *em caso de deteção de um conflito constitucional sistémico, reintroduzirá o exercício do que considera ser a sua jurisdição para fiscalizar a validade de actos das instituições europeias à luz da Constituição alemã.*”²⁶¹

Em 2005, a polémica sentença do *BVerfG* de 18 de Julho²⁶², sobre a lei alemã que traslada para o ordenamento jurídico interno germano, a decisão marco sobre o mandado de detenção europeu, supôs, ao menos, à primeira vista, um duro golpe para a Política de Segurança Comum da União Europeia. Conhecida depois do “Não” francês e holandês ao Tratado Constitucional, foi alvo de muitas críticas²⁶³, por parte da doutrina alemã, principalmente porque o Tribunal afirmou a primazia do Direito constitucional alemão sobre o Direito da União (ancorado ainda no caso *Maastricht*), em vez de estudar as implicações concretas do caso, relacionado com o terrorismo internacional. Tão pouco se preocupou com as consequências desta decisão no processo de integração europeia. Com efeito, não pode deixar de se referir que o fundamento principal da falha não se baseia na negação da eficácia do Direito derivado na Alemanha, mas na incorrecta transposição da norma europeia para o ordenamento alemão.

²⁵⁹ vide a obra já cit. de Maria Luísa Duarte/Pedro delgado Alves, *A União Europeia e a Jurisprudência Constitucional...*, onde constam os três Acórdãos que acabamos de citar nas pp. 51, 109 e 151.

²⁶⁰ Sobre este caso vide a obra de Ulrich Everling, *Will Europe Slip on Bananas? The Bananas Judgement of the Court of Justice and National Courts*, in, *Common Market Law Review*, Vol. 33, n.º 3, Junho/1996, pp. 401-433.

²⁶¹ De novo, deste autor, *A Constituição Plural...*, pp. 25.

²⁶² Cfr. *BVerfG*, 2BvR, 2236/04 de 18/07/2005. Disponível em <http://www.bverfg.de>

²⁶³ Sobre as críticas a esta sentença, deve ler-se novamente, Carlos Vidal, Alemanha, in, *Justicia Constitucional...*, pp. 80-85.

A supremacia do Direito da União foi admitida em Itália,^{264 265} embora após resistências e desvios, originários da abundante jurisprudência comunitária dirigida aos Tribunais italianos,²⁶⁶ a partir do reconhecimento da completa separação e independência da ordem jurídica comunitária e da ordem jurídica interna, assim como da natureza especial das então Comunidades Europeias.²⁶⁷ A primeira intervenção da *Corte Costituzionale*²⁶⁸ sobre a matéria do primado e do conflito de normas remonta a uma Sentença de 24/02/1964, n.º 14, que meses mais tarde seria alvo de muitas críticas pelo Tribunal de Justiça no caso *Costa/ENEL*. Estaria inaugurada a primeira fase da jurisprudência italiana, na contenda do primado.²⁶⁹

²⁶⁴ Vide em pormenor o que diz Olivier Dubos, *Les Juridictions Nationales...*, pp. 741, n.º 605 e 606, a respeito de Itália.

²⁶⁵ Mais especificamente sobre o caso italiano e a jurisprudência da *Corte Costituzionale* vide o interessante artigo de Nuno Gaioso Ribeiro, intitulado *Constituição Europeia e Constituições nacionais: compatibilidade ou conflito? O caso italiano e a jurisprudência da Corte Costituzionale*, in, *O Direito*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 935-966.

²⁶⁶ Cfr. os já cit. Acórdãos *Politi*, *Marimex*, *Leonesio* e *Variola* do Tribunal de Justiça, dirigidos a Itália e os casos *Frontini*, *Granital*, *Fragd* do Tribunal Constitucional Italiano.

²⁶⁷ Cfr. J. Mota de Campos, *Direito Comunitário...*, ob. cit., pp. 304 e 305.

²⁶⁸ O site deste Tribunal é <http://www.cortecostituzionale.it/default.do>, onde se encontra disponível toda a sua jurisprudência. Sobre a jurisprudência constitucional italiana nesta matéria, remetemos para o já foi dito nas notas n.º 54 e 55, nomeadamente para a jurisprudência aí cit.

²⁶⁹ A segunda fase identifica-se com a inconstitucionalidade da norma interna incompatível com o Direito Comunitário. Já influenciada pelo Juiz comunitário, a *Corte Costituzionale* altera a sua orientação na Sentença 27/12/1973, n.º 183, apesar de ainda usar alguns dos argumentos anteriores, assume que as exigências fundamentais da igualdade e de certeza jurídica postulam que as normas comunitárias, devem ter eficácia obrigatória e aplicação direta em todos os Estados-membros, sem necessidade de leis de recepção e desenvolvimento, como atos de força e valor de lei em cada país da Comunidade, de forma a que entrem simultaneamente em vigor e consigam aplicação idêntica e uniforme para todos os destinatários. A Sentença 30/10/1975, n.º 232, serve para aclarar como demonstra o Direito Comunitário a sua eficácia face às normas internas que se lhe opõem. A terceira fase é a fase da inaplicação por parte os juízes ordinários e de todos os operadores de uma norma interna contrária ao Direito Comunitário. A Sentença de 8/06/1984, n.º 170, é usada para corrigir decisivamente a sua primeira postura (vide o seu percurso em Sentenças posteriores de 23/04/1985, n.º 113, e de 11/07/1989, n.º 389 e ainda, a Sentença de 18/04/1991, n.º 168) por último). Ao efectuar esta "abertura", como explica A. Celotto, no artigo, Itália, in, *Justicia Constitucional Y Unión Europea*, Javier Tajadura y Josu de Miguel (coord.), Cuadernos y Debates, 185, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 228, a *Corte Costituzionale* aproveita para precisar que a norma comunitária prevalente não torna inaplicável a norma interna contrária, antes a torna simplesmente "não aplicável" ao caso concreto. Por fim, a quarta fase. Ela constitui o reconhecimento da possibilidade de uma intervenção directa da Corte para eliminar as normas internas conflitantes com o Direito Comunitário. Neste sentido estão as Sentenças de 10/11/1994, n.º 384, de 30/03/1995, n.º 94. A. Celotto, no artigo, Itália, in, *Justicia Constitucional Y Unión Europea...*, pp. 232-238, ainda a propósito do caso italiano, distingue as diversas modalidades de primado das normas comunitárias sobre as normas internas incompatíveis.

Seguindo outro rumo argumentativo também se considera competente para, em casos extremos, fazer prevalecer os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos sobre uma medida de Direito da União, mediante a desaplicação dessa medida no território italiano.²⁷⁰ A postura deste Tribunal é mais agressiva²⁷¹, admitindo a possibilidade de fiscalizar a validade dos actos da União Europeia, caso a caso. Mesmo aqui, curiosamente, os Tribunais nacionais mostram reverência pelo Direito da União, acatando em parte, a supremacia do primado sobre o direito constitucional nacional, apenas fiscalizando os actos da União conflituantes com princípios fundamentais da Constituição e não quando esse conflito se prenda com algumas das normas constitucionais nacionais.²⁷²

O sistema constitucional francês,^{273 274 275} no que tange a este domínio, é caracterizado pela existência de disposições que, aceitando o primado do Direito Internacional, admitem a possibilidade do controlo prévio da conformidade dos Tratados Internacionais ao texto constitucional, tendo-se colocado a dúvida se, na ausência de tal controlo, as cláusulas de um Tratado

²⁷⁰ Cfr. para maiores desenvolvimentos, Nuno Piçarra, *O Tribunal de Justiça como Juiz Legal e o Processo do artigo 177.º do Tratado CEE*, AAFDL, Lisboa, 1991, pp. 27.

²⁷¹ Na mesma linha do *Cour d'Arbitrage belge*. Vide a Sentença 12/94, *Écoles Européennes*, de 3 de Fevereiro de 1994 (Moniteur Belge, 1994), § B. 4-5.

²⁷² Esta atitude respeitosa é provada pelo facto de, mesmo segundo esta doutrina, um ato da União Europeia nunca ter sido invalidado ou declarado inaplicável na ordem jurídica nacional. A posição do Tribunal Constitucional italiano parece aproximar-se do Tribunal Constitucional Federal alemão, na medida em que o seu propósito é a salvaguarda dos princípios basilares da Constituição nacional e a não fiscalização da validade de atos da União Europeia opostos à Constituição no seu conjunto, ou melhor dizendo, a proteção da identidade constitucional nacional.

²⁷³ Recorde-se que em 4 de Fevereiro de 2008, o Parlamento francês aprovou uma reforma constitucional necessária para poder ratificar o Tratado de Lisboa, o que sucedeu em 7 de Fevereiro de 2008. A lei constitucional 2008-103. Note-se que até 1992, a Constituição francesa de 4 de Outubro de 1958 não continha nenhuma disposição relativa à construção europeia. Foi apenas em 1992, por motivo da adesão de França ao Tratado de Maastricht, que a Constituição deste país foi reformada. Outras revisões foram levadas a cabo posteriormente, em 1999, 2003, e 2005.

²⁷⁴ Especificamente sobre as posições do *Conseil Constitutionnel*, *Conseil d'État* e da *Cour de Cassation*, vide François-Xavier Priollaud/David Siritzky, *Le Traité de Lisbonne*, Text et Commentaire article par article des Nouveaux Traités Européens (TUE-TFUE), La Documentation Française, Paris, 2008, pp. 41 e 42.

²⁷⁵ Cfr. o artigo de Jean-François Flauss, em que analisa o caso francês, Rapport Français, in *The Birth of European Constitutional Order*, Jurgen Schwarze (Ed.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, pp. 25-107.

primam necessariamente sobre as disposições contrárias da Constituição francesa.²⁷⁶

Numa fase inicial²⁷⁷, o *Conseil d'État* teve alguma relutância em aceitar o primado (*vide* como exemplo, o Acórdão do Conselho de Estado proferido no caso *Syndicat Générale des Fabricants de Semoules*,²⁷⁸ do Tribunal de Apelação de Paris de 01 de Março de 1968) na sequência da jurisprudência da *Cour de Cassation*,²⁷⁹ no caso *Café Jacques Vabre* de 24 de Maio de 1975 e *Von Kempis-Goldolf* de 15 de Dezembro de 1975,²⁸⁰ e ainda, do caso *Cohen-Bendit*, de 22 de Dezembro de 1978²⁸¹, na qual o primado do Direito da União Europeia foi reconhecido por paralelismo com o primado de Direito Internacional, acabando mesmo por ser anuído no caso *Nicolo* de 20 de Outubro de 1989,^{282 283} no caso *Boisdet* de 29 de Setembro de 1990²⁸⁴ ou

²⁷⁶ Esta questão é dissecada por J. Mota de Campos, *Direito Comunitário*, pp. 335-343.

²⁷⁷ *Vide*, de Jens Plotner, Report on France, in, *The European Courts & National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, Anne-Marie Slaughter/ Alec Stone Sweet/Joseph H. H. Weiler, Hart Publishing, 1998, pp. 41-75, onde se explica bem a recepção do efeito directo e da doutrina do primado nos Tribunais superiores franceses.

²⁷⁸ Este Acórdão representa uma insurreição declarada contra o primado. Cfr. Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, 509, e ainda, o primeiro consta da menção de Craig/Búrca, *EU Law*, ob já cit., pp. 356.

²⁷⁹ Todos os Acórdãos mencionados da *Cour de Cassation* podem ser procurados em http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/

²⁸⁰ Os casos *Café Jacques Vabre* e *Von Kempis-Goldolf* são citados em Mota de Campos, *A Ordem Constitucional...*, pp. 252 e 256 respectivamente e o primeiro deles também em Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, 509 e Patrícia F. Martins, *O Primado...*, pp. 75, nota n.º 205.

²⁸¹ Este caso é igualmente uma revolta explícita contra o primado. Para o seu estudo, em *European Union Law, Cases and Materials*, 2.ª Ed., de Damian Chalmers, Gareth Davies & Giorgio Monti, Cambridge University Press, 2010, pp 287.

²⁸² A decisão do *Conseil d'État* resolveu a questão interposta pelo Sr. Nicolo, que pedia a anulação das eleições para o Parlamento Europeu de 18/06/1989, poe considerar que uma determinada lei francesa era contrária a uma disposição do TCEE. Faz-se referência a este caso *Nicolo* neste documento do Tribunal de Justiça, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-01/1992_2009-01-05_11-26-51_131.pdf e ainda na obra de Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, pp. 509 e Patrícia Fragoço Martins, *O Princípio do Primado...*, pp 76 (nota n.º 209) e 77 (nota n.º 210)

²⁸³ Sobre este caso Cfr. Jean-François Lachaume, *Une Victoire de L'Ordre Juridique Communautaire: L'Arrêt Nicolo Consacrant la Superiorité des Traités sur les Lois Posterieurs*, in, *Revue du Marché Commun*, n.º 337, Maio, 1990, pp. 284-394 e Jacques Dehaussy, *La Superiorité des Normes Internationales sur les Normes Internes: À propôs de L'Arrêt du Conseil d'État du Octobre 1989, Nicolo*, in, *Journal du Droit International*, ano 117, n.º 1, Janeiro-Março, 1990, pp. 5-33.

²⁸⁴ Este caso do *Conseil d'État* é referenciado por Priollaud/Siritzky, *Le Traité de Lisbonne...*, pp. 41, nota n.º 8 e Craig/Búrca, *EU Law*, ob já cit., pp. 356, nota n.º 29.

no caso *SA Rothmans*, de 28 de Fevereiro de 1992.²⁸⁵ Aqui o Tribunal deixa assente que um juízo acerca da conformidade das leis com os Tratados não é um juízo de constitucionalidade. Para o *Conseil d'État* revelou-se tudo uma questão de lei aplicável e não um juízo de validade de uma lei contrária ao Tratado.

Se bem que os artigos 52.º, 53.º e 54.º da Constituição francesa²⁸⁶ estabelecem um procedimento de ratificação pela França dos compromissos internacionais, a complexidade viu-se justificada pela necessidade de estabelecer um controlo das prerrogativas tradicionalmente atribuídas ao poder executivo, por meio da criação em 1958, de um organismo garante da soberania nacional, o Conselho Constitucional.^{287 288}

O artigo 54.º da Constituição francesa²⁸⁹ confere competência exclusiva ao Conselho Constitucional para a fiscalização preventiva dos Tratados, aquando da existência de cláusula contrária à norma constitucional,²⁹⁰ sob forma de controlo direto. O fundamento do primado para os Tribunais franceses reside no artigo 55.º da Constituição francesa,²⁹¹ que prescreve a

²⁸⁵Vide http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-01/1992_2009-01-05_11-26-51_131.pdf. Este Acórdão aparece mencionado em Craig/Búrca, *EU Law*, ob já cit., pp. 356, nota n.º 29.

²⁸⁶ Cfr. a explicação mais detalhada por Ghislaine Alberton, Francia, in, *Justicia Constitucional Y Unión Europea*, Javier Tajadura y Josu de Miguel (coord.), Cuadernos y Debates, 185, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 182-192, incluindo a jurisprudência aí cit. que corrobora o caminho seguido no país, neste domínio.

²⁸⁷ Para conhecer este Conselho e as suas funções, bem como a sua jurisprudência, consultar o seu *site*, (note-se que optámos por consultar a sua versão em castelhano), <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/pagina-de-inicio.16.html>

²⁸⁸ De novo, Ghislaine Alberton, Francia, in, *Justicia Constitucional Y Unión Europea*, Javier Tajadura y Josu de Miguel (coord.), Cuadernos y Debates, 185, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 186 e ss.

²⁸⁹ Analisámos as seguintes Decisões: - Decisão 70-39 de 19 de Junho de 1970, a primeira em que o Conselho aplica o princípio da reciprocidade; - Decisão 92-308 de 9 de Abril de 1992; - Decisão 97-394 de 31 de Dezembro de 1997, em que reitera a mesma fórmula da primeira decisão, agora a propósito do Tratado de Maastricht e Amesterdão, afirmando que só resulta obrigatório para o Estados depois destes apresentarem todos os instrumentos de ratificação; - Decisão 76-71 de 29-30 de Dezembro de 1976, abalaria o Conselho, visto que aqui o mesmo desmente o que havia afirmado na Decisão 70-39, ou seja, adianta que, nenhuma disposição de natureza constitucional autoriza a transferir a totalidade ou parte da soberania nacional a organização alguma.

²⁹⁰ Cfr. Joel Rideau, *Droit Institutionnelle de L'Union et des Communautés Européennes*, Paris, L.G.D.J., 4.ª Ed., 2002, pp. 1056-1061.

²⁹¹ Cfr. a análise do preceito em J. Mota de Campos, *Direito Comunitário*, pp. 340.

prevalência dos Tratados Internacionais sobre o Direito francês. O artigo 55.º subordina assim, a supremacia dos atos internacionais à regularidade da sua ratificação, ratificação da qual não são objecto, os atos comunitários derivados.²⁹² O Direito da União Europeia prevalece sobre o Direito nacional²⁹³ excepto se conflituarem com a identidade constitucional francesa.²⁹⁴

Em 2004 o Conselho Constitucional francês admitiu, explicitamente, o primado do Direito Comunitário derivado – estava em apreço uma Diretiva – sobre a própria Constituição francesa, quando a diretiva não deixa margem de liberdade ao legislador nacional.²⁹⁵ O *Conseil Constitutionnel* declarou-se incompetente para fiscalizar a inconstitucionalidade de uma lei francesa, que se limite a transpor a Diretiva comunitária para o Direito interno, por crer que aquela competência pertence exclusivamente ao Juiz comunitário. Este juízo marca o novo tempo do primado na jurisprudência deste Conselho.²⁹⁶ Recentemente o Conselho Constitucional Francês declarou-se incompetente, no domínio da transposição de Diretivas comunitárias para o Direito nacional, para garantir que nenhuma Diretiva transposta violará qualquer “*regra ou princípio inerente à identidade constitucional da França.*”²⁹⁷

Para arrematar este assunto, não é exagerado dizer-se que a jurisprudência dos Tribunais nacionais, apresenta alguns traços comuns²⁹⁸ que são: a aceitação do primado (em alguns casos, sobre o próprio Direito Constitucional); a sua fundamentação, principalmente nas Constituições dos Estados-membros; a admissão de limites decorrentes da proteção constitucional dos direitos fundamentais (já que, acreditamos, uma União

²⁹² Iguualmente, Ghislaine Albeton, França, in, *Justicia...*, pp. 198-204.

²⁹³ Cfr. Jean-Pierre, Dubois, *La Responsabilité Administrative*, Paris, La Decouverte, pp. 1996, pp. 24.

²⁹⁴ Seguindo Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, pp. 509.

²⁹⁵ Iguualmente no seguimento da obra de Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, pp. 509.

²⁹⁶ Um deambular sobre a jurisprudência dos Tribunais franceses em matéria de primado, pode fazer-se pela obra de Jacqueline Dutheil de la Rochère, *French Conseil Constitutionnel: Recent Developments*, na ob. cit. de J. M. Beneyto/ I. Pernice (eds.), *Europe's Challenges...*, pp. 18 e segs.

²⁹⁷ Vide as Decisões n.º 2006/540 DC de 27 de Julho de 2006 e n.º 2006-543 DC de 30 de Novembro de 2006 e a Decisão n.º 2007-560 DC de 20 de Dezembro de 2007 sobre o Tratado de Lisboa, nas palavras de Priollaud/Sirtzky, *Le Traité de Lisbonne*, pp. 42, “(...) rappelle également que la Constitution reste au sommet de l'ordre juridique interne.” As Decisões estão para consulta em, www.conseil-constitutionnel.fr

²⁹⁸ Seguimos os conteúdos de Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, pp. 510.

Europeia que tem um “*novo constitucionalismo judicial*” não pode consentir a aplicação do princípio do primado *tout court, maxime* em matéria de direitos fundamentais. Deve reconhecer sim, a possibilidade de aplicar disposições nacionais que reconheçam níveis de proteção mais elevados ²⁹⁹) e das competências atribuídas à União; e por fim, a arbitragem do conflito entre o Direito da União e o Direito dos Estados-membros, a caber aos Tribunais nacionais, mormente os Tribunais Constitucionais. ³⁰⁰

IV. O impacto do Direito da União Europeia no Ordenamento Jurídico Português:

Plus aequo, será de avaliar também o caso português. É imprescindível averiguar qual a relação da Constituição Portuguesa com o Direito da União Europeia, saber se o primado do Direito da União Europeia se fundamenta na nossa Constituição, ou no próprio Direito da União, descobrir quais os limites à aceitação do primado, designadamente os resultantes da proteção constitucional dos direitos fundamentais e das competências atribuídas à União Europeia, e por último, aferir quem é o árbitro final de um possível conflito entre o Direito da União e o Direito português.

A versão originária da Constituição da República Portuguesa de 1976 não fazia menção ao Direito das Comunidades Europeias, o que é perfeitamente perceptível visto que Portugal ainda não era seu membro. ³⁰¹ Todas as revisões constitucionais efectuadas em Portugal, da primeira delas em 1982 até à sétima, em 2006, são um manifesto do empenhamento do legislador constituinte em adequar o texto fundamental à evolução do

²⁹⁹ A. Celotto e T. Groppi, *Primaute e Controlimiti nel Progetto di Trattato Costituzionale*, Quaderni Costituzionale, n.º 4, 2004, pp. 870.

³⁰⁰ Para um aprofundamento comparativo, Mattias Wendel *Lisbon Before the Courts: Comparative Perspectives*, in, J. M. Beneyto/Ingolf Pernice (eds.), *ob cit.*, *Europe's Constitutional...*, pp. 65 e segs.

³⁰¹ O seu artigo 8.º limitava-se a regular a recepção do Direito Internacional na ordem jurídica interna. O n.º 1 do preceito dispunha sobre a recepção automática do Direito Internacional geral ou comum e o seu n.º 2 previa a recepção plena do Direito Internacional Convencional, o que ainda hoje se mantém.

processo de integração europeia. Há quem veja nas sucessivas revisões, uma espécie de “obra em construção”.³⁰²

A primeira revisão constitucional surge em 1982, já na perspectiva da adesão de Portugal às Comunidades Europeias (o que aconteceria em 1986³⁰³), conforme a solicitação do Governo português em Março de 1977. Ao artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), foi entretanto aditado um número terceiro que dispunha o seguinte: “*As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre expressamente estabelecido nos respectivos Tratados constitutivos.*” Estávamos diante de uma referência genérica às normas emanadas de organizações internacionais, da qual não constava nenhuma expressão em relação às Comunidades Europeias ou ao seu Direito.

Mais tarde na revisão de 1989, foi retirado deste preceito³⁰⁴ o advérbio “*expressamente,*”³⁰⁵ de modo a tornar possível a invocação do efeito direto das Diretivas, que se não encontrava previsto nos Tratados de modo expreso.³⁰⁶

³⁰² Cfr. Maria Luísa Duarte, *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade*, AAFDL, Lisboa, 2006, pp. 276.

³⁰³ A respeito da adesão de Portugal às Comunidades, António Vitorino, *A Adesão de Portugal às Comunidades Europeias*, Estudos de Direito Público, n.º 3, 1984, pp. 9 e segs., ou Maria Isabel Jalles, *Implications Juridico-constitutionnelles de L’adhésion aux Cmmunautés Européennes – Le Cas du Portugal*, Bruxelas, 1981, e ainda José Luis Cruz Vilaça, *Droit Constitutionnel et Droit Communautaire – Le cas portugais*, Rivista di Diritto Europeo., 1991, pp. 301 e segs.

³⁰⁴ Segundo Fausto de Quadros/Gonçalves Pereira, na obra já cit., *Manual de Direito Internacional...*, pp. 133 e 134, “(...) o artigo 8.º/3 é duplamente imperfeito: por um lado, enquanto prevê diretamente a aplicabilidade direta, nega-a indevidamente às decisões que se dirijam aos sujeitos internos dos Estados-membros; por outro lado, na medida em que está a pensar no primado, recusa-o indevidamente às diretivas e às decisões, que, como atos de Direito derivado, não faz dúvida que prevalecem sobre todo o Direito interno dos Estados-membros, por força da teoria geral do primado do Direito Comunitário, e da mesma forma como os regulamentos.” Mais, “(...) a interpretação conjugada desse preceito com o n.º 2 do mesmo artigo 8.º, quebrava a unidade da ordem jurídica da União, ao definir um regime diferente para, por um lado, a recepção dos Tratados da União, e, por outro lado, o primado do Direito da União derivado ou parte dele.” Cfr. Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia...*, pp. 525. Recorde-se que o referido artigo 8.º/2 da CRP dispõe: “*As normas constantes de Convenções Internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.*”

³⁰⁵ Fausto de Quadros/Gonçalves Pereira, na obra já cit., *Manual de Direito Internacional...*, pp. 132-135, adiante algumas das dificuldades e dúvidas suscitadas pelo artigo 8.º/3 da CRP. Enunciam os Senhores Professores que, partindo do princípio de que é de facto o primado que aí se encontra contemplado, parece que ele não englobaria o Direito Comunitário originário, previsto no artigo 8.º/2.. daqui pode retirar-se a ideia de que no sistema da Constituição, os Tratados comunitários não primam, pelo menos sobre o direito interno de grau constitucional. A segunda delas, é que o artigo 8.º/3 nem sequer atribui primado a todo o Direito

A revisão constitucional de 1992 foi precipitada pelas transformações provocadas pelo Tratado de Maastricht. Foram principalmente as seguintes: introdução de uma cláusula concernente ao exercício em comum dos poderes necessários à construção europeia ³⁰⁷ (artigo 7.º/6 da CRP ^{308 309}); inclusão do n.º 5 do artigo 15.º da CRP, que confere direito de voto e direito de ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu, aos cidadãos dos Estados-membros da União residentes em Portugal; no que toca à participação portuguesa no processo de construção europeia, o poder de acompanhamento e apreciação pela Assembleia da República (artigo 166.º/f – atual 163.º/f da CRP), assim como a obrigação governamental de apresentar em tempo útil, informação referente ao processo de construção da União Europeia (artigo 200.º/i) da CRP – atual 197.º/i da CRP).

derivado. Ele menciona “normas” emanadas dos órgãos comunitários dotadas de aplicabilidade direta e desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos Tratados constitutivos. Ao fim ao cabo só atribui primado na ordem interna ao Regulamento e não a todo o Direito Comunitário. A terceira dificuldade prende-se com a constatação de que o primado de que falamos, só se encontra consagrado naquele preceito de modo indireto, em termos pouco claros, e de difícil interpretação. Acrescentam os autores que, *“tudo se complica ainda mais com a interpretação do artigo 8.º/3, no contexto global da Constituição.”*

³⁰⁶ Sobre este ponto concreto, *vide*, Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, pp. 519-528.

³⁰⁷ Maria Luísa Duarte/Carla Amado Gomes, Portugal, *in*, *Justicia Constitucional Y Unión Europea...*, ob. cit., pp. 265 e 266, consideram esta como a verdadeira “cláusula europeia” da CRP, no sentido que lhe atribuem de cláusula de aceitação de limitações à soberania por causa da construção europeia, que abre a porta constitucional à nova entidade criada pelo Tratado de Maastricht e as suas particulares exigências de integração política e económica.

³⁰⁸ O artigo 7.º/6 após esta revisão, foi encarado por Fausto de Quadros, como incorrendo juridicamente num grave erro, demonstrativo do desconhecimento dos princípios de base que presidem o nascimento do poder político da União. Este é um poder autónomo em relação ao poder dos Estados-membros, nascido da delegação (ou transferência), por estes, dos seus poderes soberanos na União, não do “*exercício comum*” desses poderes. Ora ao abrigo deste exercício jamais a União deteria competências exclusivas porque é impossível elas existirem neste quadro em comum ou em conjunto dos poderes soberanos pela União e pelos Estados. *Vide* obra já cit. do Professor, *Direito da União Europeia...*, pp. 526.

³⁰⁹ *Vide* a obra de Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2003. O Autor vê neste preceito uma autolimitação decisória do Estado, impedindo que em tais domínios (de poderes delegados), ele aprove normas contrárias à normatividade comunitária. Jorge Miranda, *A Constituição Europeia e a Ordem Jurídica Portuguesa*, na Revista Jurídica do Ministério Público, Vol. 6, 25/05/2006, pp. 28, crê “*excessivo enxergar aí um caso de recepção formal indireta dos futuros Tratados modificativos do Direito Comunitário primário, dotados de um valor paraconstitucional ou de uma força hierárquico-normativa idêntica à da Constituição, com a consequente inaplicabilidade de normas constitucionais formais por superveniência de novas normas desses Tratados e vice-versa.*”

A quarta revisão constitucional – a revisão de 1997³¹⁰ – não esteve diretamente relacionada, como se poderia pensar, com o Tratado de Amsterdão, o qual não bulia com as normas constitucionais.³¹¹

O ano de 2001 traria consigo uma quinta revisão constitucional, também extraordinária, que objectivou sobretudo, permitir a ratificação da Convenção de Roma que estabelece o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e adaptar a Constituição Portuguesa às novas exigências do espaço de liberdade, segurança e justiça. Quanto a alterações importantes, destacaremos uma delas: a nova redação do n.º 6 do artigo 7.º, o chamado “*artigo-Europa*”,³¹² onde se dispôs que “*Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica, social e de um espaço de liberdade, segurança e justiça, convencionar o exercício em comum ou em cooperação dos poderes necessários à construção da União Europeia.*”

A sexta revisão constitucional, levada a cabo em 2004, modifica a redação daquele artigo 7.º/6, que passa a ter a seguinte redação: “*Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático e pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica, social e territorial, de um espaço de liberdade, segurança e justiça, e a execução de uma política externa, de segurança e de defesa comuns, convencionar o exercício em comum ou em cooperação ou pelas instituições da União dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia.*”

³¹⁰ Cfr. Jorge Miranda, *O Tratado de Maastricht e a Constituição Portuguesa*, AAVV, A União Europeia na Encruzilhada, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 45 e segs.

³¹¹ Foi incluído um n.º 9 no artigo 112.º, relacionado aos atos normativos, que dispunha que a transposição de Diretivas comunitárias para a nossa ordem jurídica, deveria assumir a forma de lei ou decreto-lei, subtraindo o poder de transposição às regiões autónomas, através de decreto legislativo regional. Esta preposição foi objeto de muita controvérsia. Foi ainda aditada a alínea x) ao artigo 227.º da CRP, que prevê a participação das regiões autónomas no processo de construção europeia. Cfr. a este respeito a obra de Ana Maria Guerra Martins, *A participação das Regiões Autónomas nos assuntos da República*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 110, e segs. Surge acrescentada também, uma nova alínea n) ao artigo 161.º da CRP que consagra o poder da Assembleia da República para se pronunciar, nos termos da lei, sobre as matérias pendentes de decisão em órgãos no âmbito da União Europeia que incidam na esfera da sua competência reservada.

³¹² Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 367.

Entendemos que a nova redação corporiza uma cláusula constitucional que autoriza o exercício em comum dos poderes necessários à construção da União Europeia, mas com limites: - o respeito pelos *princípios fundamentais do Estado de Direito democrático*, o que inclui os direitos fundamentais na sua dimensão substantiva e processual; - a atribuição de poderes aos órgãos da União, com o objectivo de *exercício em comum* (antigo I pilar – método comunitário) *ou em cooperação* (método intergovernamental - antigo II e III pilares da União Europeia), que reveste necessariamente a forma de Tratado Internacional (artigo 161.º/i da CRP). A revisão de 2004 permitiu o alargamento do âmbito de aplicação à mera cooperação e ao exercício exclusivo de poderes por parte das instituições da União. Trata-se de uma legitimação constitucional, de todas as formas de repartição de atribuições entre a União e os Estados-membros.³¹³

Outra alteração que se supunha importante, mas que se revelaria um incómodo foi o aditamento de um n.º 4 ao artigo 8.º da CRP. Este dispõe o seguinte: “*As disposições dos Tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático.*”³¹⁴ A verdade é que esta alteração visava preparar a ordem jurídica constitucional portuguesa

³¹³ Vide, Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, pp. 513.

³¹⁴ Este novo artigo viria a suscitar uma panóplia de posições doutrinárias. Para Freitas do Amaral, em *Manual de Introdução ao Direito*, I, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 567 e segs., o primado do Direito Comunitário, mesmo derivado, sobre todo o Direito interno português, mesmo constitucional ficaria assim expressamente acolhido. Quanto aos “*princípios fundamentais do Estado de Direito democrático*” trata-se de uma declaração política, segundo o autor, de alcance jurídico insignificante, pois todos aqueles *princípios* já enformavam o Direito Comunitário Europeu, quando Portugal ainda era uma ditadura. Mais moderada surge a doutrina de Gomes Canotilho/Vital Moreira, na obra cit. na nota seguinte, pp. 265 e segs., em que se encontram tanto notas de acentuação como de atenuação da ideia de prevalência do Direito da União Europeia. Acentuação por falarem em relativização do carácter derivado do primado e imunidade do Direito da União face ao sistema constitucional de fiscalização. Atenuação por referirem que a aceitação do primado resulta de uma decisão constituinte do povo português e por ser o primado, um primado de aplicação e não um primado constitucional. Quanto à ressalva dos ditos *princípios*, seria uma via típica da interconstitucionalidade ou do constitucionalismo de vários níveis, com a necessária cooperação entre órgãos jurisdicionais europeus e nacionais na interpretação das Constituições nacionais e da “Constituição Europeia”. A norma europeia contrária aos *princípios do Estado de Direito* comportaria uma dupla maldade, violaria os princípios de umas e outra. O Direito da União só prevalece quando não agride os *princípios do Estado de Direito* dos ordenamentos constitucionais dos Estados-membros. Noutro prisma, Miguel Galvão Teles, *Constituições dos Estados e Eficácia do Direito da União e das Comunidades Europeias – em particular sobre o artigo 8.º/4 da Constituição Portuguesa*, in, AA.VV, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento, II, Coimbra Editora, 2006, pp. 308 e segs.

para a entrada em vigor do Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa, para o qual aportaremos adiante, e que integrava no seu corpo, um preceito relativo ao primado (artigo I-6.º do TECE).

Apesar do fracasso deste Tratado, o artigo 8.º/4, persistiu na CRP. O preceito “*localiza a regra de colisão entre o Direito da união e o Direito interno no plano do direito constitucional português, podendo dizer-se que a aceitação do primado da ordem jurídica da União resulta de uma “decisão constituinte” do povo português, formalizada numa lei de revisão nos termos constitucionalmente previstos.*”³¹⁵ Ainda assim, esta norma deve ser interpretada e aplicada no quadro e no espírito do Tratado de Lisboa, por que é certo que configura a norma de referência em matéria de primado do Direito da União sobre o Direito nacional.³¹⁶

O artigo 8.º/4³¹⁷ quer significar que se União respeitar as competências que lhe foram atribuídas, bem como, se forem respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito democrático, as disposições dos Tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das instituições da União Europeia são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União Europeia, ou seja, nos termos definidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Assim sendo, se não houver conflito

³¹⁵ Cfr. J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, Anotação ao artigo 8.º, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 265.

³¹⁶ Além de conter uma cláusula de autorização do exercício comum de poderes soberanos – artigo 7.º/6 – que legitima as possíveis transferências de soberania para a União Europeia, a CRP trata com autonomia a questão do primado de Direito da União, pelo que deixa de ser útil e necessário recorrer ao artigo 8.º/2 e n.º 3, relativos ao Direito Internacional para fundamentar este primado. Isto é, o artigo 8.º/4 da CRP autonomiza a recepção do Direito da União Europeia em relação ao restante Direito Internacional, o que parece adequado visto estarmos perante ordens jurídicas distintas.

³¹⁷ O preceito continua sem esclarecer quem tem competência para aferir se, por um lado, a União respeitou as suas competências e, por outro lado, se os princípios do Estado de Direito democrático foram desrespeitados. Trata-se do problemas já por nós equacionado de saber quem tem a última palavra, O Tribunal Constitucional (e os Tribunais nacionais em geral) ou o Tribunal de Justiça da União Europeia. Para Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, pp. 515, na óptica da CRP, o Tribunal Constitucional português é o último guardião dos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático, bem como terá competência para aferir se os poderes que o Estado português transferiu para a União foram excedidos. Na visão do Direito da União, o seu último guardião é obviamente o Tribunal de Justiça (artigo 19.º TUE), sendo competente para aferir se a União violou os princípios do Estado de Direito democrático, uma vez que ela também neles encontra o seu fundamento, e particularmente, averiguar se as instituições da União exerceram adequadamente os poderes que lhe foram conferidos. Do exposto resulta que, o diálogo entre os Tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça (através do mecanismo das questões prejudiciais) se funda no princípio da cooperação e não num princípio hierárquico.

entre o Direito da União e os princípios constitucionais do Estado de Direito democrático português, é a própria Constituição que impõe a prevalência do Direito da União Europeia. O Direito originário e o Direito derivado da União Europeia prevalecem sobre todas as normas internas, incluindo as constitucionais, as quais não serão aplicáveis. Supremacia esta, que conduz à não aplicação da norma interna.

No entanto, Fausto de Quadros afirma que “*o primado do Direito da União mereceria ser objecto de uma cláusula europeia, ou cláusula de integração autónoma, isto é, uma cláusula geral ou de limitação de soberania, ou de autorização de delegação (ou transferência) de poderes soberanos na União Europeia, ou pelo menos, em abstrato, em entidades supraestaduais.*”³¹⁸ É o que sucede hoje nas Constituições de quase todos os Estados-membros da União Europeia.³¹⁹ O douto Professor propõe algumas alterações ao texto constitucional, a saber, a retirada do n.º 6 do artigo 7.º e o n.º 3 do artigo 8.º ambos da CRP, e também sugere a inclusão de um novo artigo após o atual artigo 8.º, com o n.º 8.º- A^{320 321}

O que é facto é que, o Tribunal Constitucional Português, até hoje nunca se confrontou verdadeiramente com a questão do primado do Direito da União sobre o Direito Português. No entanto, de modo implícito, o Tribunal Constitucional reconheceu no seu Acórdão n.º 184/89 de 01 de

³¹⁸ Cfr. Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia...*, pp. 523.

³¹⁹ Remetemos o estudo comparativo para a obra de Fausto de Quadros, já cit., *Direito da União Europeia...*, pp. 523 e 524, onde o ilustre Professor se debruça sobre a comparação entre as Constituições de alguns Estados-membros em detalhe.

³²⁰ Fausto de Quadros propõe o artigo 8.º- A intitulado União Europeia, com dois números. O primeiro número devia dispor “*O Estado Português consente nas limitações de soberania decorrentes da sua livre adesão e participação na União Europeia.* O número segundo diria “*O Direito da União prevalece sobre o Direito interno nos termos definidos por aquele, desde que daí não resulte ofensa aos direitos fundamentais ou aos fundamentos do regime democrático e do Estado de Direito.*” O mesmo Professor acrescenta ainda que, a referência às condições de reciprocidade, ao princípio da subsidiariedade, à coesão económica e social e ao espaço de liberdade, segurança e justiça, que atualmente constam do artigo 7.º/6, parece na sua óptica, desnecessária, porque a primeira decorre do próprio mecanismo da integração, e a subsidiariedade, a coesão económica e social e o espaço de liberdade, segurança e justiça são impostos pelo TUE. Cfr. a obra deste Professor, já cit. antes, *Direito da União Europeia...*, pp. 528.

³²¹ Fausto de Quadros, na obra cit. em nota anterior, acrescenta que Portugal tem “*um mau sistema constitucional de recepção do Direito da União.*” Também o acompanham nesta opinião, J.-V. Louis/T. Ronse, *L’Ordre Juridique de L’Union Européenne*, Bruxelas, 2005, pp. 382 e D. Blanchard, *Le Constitutionnalisation de L’Union Européenne*, Rennes, 2001, pp. 77.

Fevereiro de 1989,³²² eficácia obrigatória às normas comunitárias. No Acórdão n.º 136/90, de 23 de Maio de 1990,³²³ solicitou-se ao Tribunal Constitucional, o reenvio prejudicial de um recurso de constitucionalidade, a fim de apurar se à época, Tratado da Comunidade Europeia consagraria o princípio do duplo grau de jurisdição.³²⁴ O Tribunal constitucional considerou o reenvio prejudicial, previsto no artigo 177.º do Tratado de Roma (contudo, nunca chegou a ocorrer), embora salientasse que o Tribunal de Justiça tinha uma jurisdição por atribuição e não por natureza. No caso concreto, porém, o Tribunal Constitucional alertou para o facto de só estar em causa a discussão de um problema de inconstitucionalidade.

Assim sendo, acaba por considerar descabida a pretensão do requerente de que, uma alta instância de controlo de constitucionalidade incorporasse, no que tange à dita constitucionalidade, um princípio derivado da ordem jurídica comunitária, a fim de corroborar a inconstitucionalidade de uma norma de direito interno. Isto quer que dizer que, perante a relação de (des)conformidade de uma norma nacional com a Constituição, de nada serviria a pronúncia do Tribunal de Justiça da União.

No Acórdão n.º 326/98 de 5 de Maio³²⁵, estava em causa a compatibilidade com a CRP e com o Direito Comunitário, de uma norma que servia de suporte a uma taxa de comercialização claramente contrária ao

³²² DR, 1.ª Série, n.º 201/86, de 09 de Março de 1989.

³²³ DR, 2.ª Série, n.º 240, de 18 de Outubro de 1991. Sobre este Acórdão e o cit. em nota anterior, *vide*, de Jorge Miranda/Rui Medeiros, a *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 179 e 180. Também se aconselha a leitura de outros Acórdãos do Tribunal Constitucional, pois a questão do primado não deixou de aflorar em um ou outro Acórdão. A verdade é que tal aconteceu colateralmente e sem que este Tribunal, até agora, tenha sido confrontado com a necessidade de decidir esta questão. A respeito *vide* os Acórdãos 326/98, Proc. 25/97 e 621/98, Proc. 320/97, sendo que no primeiro deles, o Tribunal não conheceu da questão da conformidade da norma legal interna com a Diretiva em causa, e ainda, os Acórdãos 277/92, Proc. 447/91, Acórdão 405/93, Proc. 102/93 e 354/97, Proc. 678/96, em que o Tribunal Constitucional recusa a noção de inconstitucionalidade indireta, resultante apenas da inobservância da hierarquia de normas estabelecida ou pressuposta pela CRP. Deve ler-se ainda o Acórdão 570/98, Proc. 233/96, em que o Tribunal se limita a repetir a argumentação por si usada, na questão paralela de saber se a incompatibilidade de uma norma de Direito interno com o Direito Internacional se traduz ou não numa inconstitucionalidade. Todos os Acórdãos para consulta em www.tribunalconstitucional.pt.

³²⁴ Isto em virtude da criação do Tribunal de Primeira Instância em 1989.

³²⁵ Em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

artigo 33.º da Directiva n.º 17/378/CEE, do Conselho de 17 de Maio.³²⁶ A sobreposição surge dada a invocada prevalência do Direito Comunitário sobre o Direito nacional, derivada do artigo 8.º/3 da CRP. O Tribunal Constitucional estabelece uma linha de raciocínio que ainda hoje perfilha, a de que a sobreposição entre inconstitucionalidade e inconformidade com o Direito Comunitário (derivado) não podem ser por si decididas. A mesma doutrina é reiterada na sentença n.º 621/08 de 3 de Novembro, em que resulta clara a sua posição a respeito: “(...) o confronto entre normas de direito interno e normas comunitárias dispõe de um mecanismo jurisdicional específico, o processo de questões prejudiciais, habitualmente designado, reenvio prejudicial (cfr. artigo 177º do Tratado da Comunidade Europeia), da competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. A necessidade de interpretação e aplicação uniforme do Direito Comunitário levou à construção desse importante instrumento de colaboração entre a ordem jurisdicional interna e as instâncias jurisdicionais comunitárias e reservou ao Tribunal das Comunidades o papel de intérprete último da vontade das instituições comunitárias, vertida nas normas de direito derivado. O Tribunal assume ser “(...) de rejeitar a qualificação da incompatibilidade do direito interno com o direito comunitário como uma situação de «inconstitucionalidade» que ao Tribunal Constitucional caiba apreciar.”^{327 328}

As decisões do Tribunal Constitucional que tratam mais detalhadamente da especificidade da construção europeia são as sentenças n.º 531/98 de 29

³²⁶ O artigo 33.º em apreço proíbia os Estados-membros de manter impostos, direitos ou taxas que tivesse natureza de impostos sobre o volume de vendas.

³²⁷ Cfr. considerandos 10 e 11 do mencionado Acórdão, igualmente para consulta no cit. site do Tribunal Constitucional.

³²⁸ No Acórdão 466/03 de 14 de Outubro, face à necessidade de aferir da suposta contrariedade entre o artigo 7.º/1 do D.L. 40/93 de 18 de Fevereiro e alguns artigos do Tratado da Comunidade Europeia, sendo certo que tal contrariedade implicava uma violação do princípio da igualdade, à luz do artigo 13.º/2 da Lei Fundamental, sendo coerente com a doutrina que antes professara nos Acórdãos 326/98 e 621/98, o Tribunal por certo não chegou a conhecer o recurso. Contudo, mostrou uma vez mais a sua corrente de pensamento: - “A LTC eleva, deste modo, o Tribunal Constitucional a intérprete qualificado (cfr. LTC, art. 70º/1/i, 2ª parte, e 72º/4) das questões jurídico-constitucionais (cfr. CRP, art. 221º) e jurídico-internacionais implicadas num processo concreto (cfr., sobretudo, LTC, art. 70º/1/i, 2ª parte) e a «guardião do valor paramétrico do direito internacional convencional» nos casos onde a parametricidade deste direito em relação ao direito interno se revelou justificada através da interpretação/concretização de normas constitucionais e normas internacionais. O processo de verificação consagrado nos art. 70º/1/i e 71º/2 da LTC converte-se, assim, no instrumento processual de concretização das normas constitucionais, em especial do art. 8º da CRP. (...) o TC verifica se uma norma convencional internacional faz parte do direito interno, se ela cria direitos e deveres para os particulares e qualifica essa norma para efeitos de inserção no plano da hierarquia das fontes de direito (cfr. CRP, art. 119º/1/b).”

de Julho de 1998 ³²⁹ e 704/2004 de 17 de Dezembro de 2004 ³³⁰, proferidas no exercício da competência exclusiva de fiscalização preventiva obrigatória da constitucionalidade das propostas de referendo (artigo 115.º/1 da CRP), cuja iniciativa partiu da Assembleia da República no contexto do processo de ratificação, primeiro, do Tratado de Amesterdão e, posteriormente, do Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa.

A doutrina portuguesa também não esteve desatenta ao fenómeno do primado supraconstitucional e como é normal, divide-se. *Fausto de Quadros* considera que a aceitação expressa pela CRP do primado supraconstitucional do Direito da União “*reforçará a coerência interna do próprio texto constitucional*”. ³³¹ O Professor adianta que o Estado português está obrigado, por motivo da sua adesão à União, a dar efetividade ao Direito da União na sua ordem interna, isto é, a aplicá-lo na ordem jurídica portuguesa, nos termos definidos pela teoria do primado que já expusemos. Esta obrigação decorre do dever de cooperação leal para com a União (artigo 4.º/3, § 2 do TUE) e desdobra-se em múltiplas obrigações menores. *Fausto de Quadros* corrobora a ideia de que o Estado português deve rever o sistema de fiscalização da constitucionalidade definido na Constituição, de tal modo que ele não obstrua a aplicação do Direito da União na nossa ordem interna, contando com a ajuda dos Tribunais Constitucionais.

³²⁹ Neste Acórdão, o Tribunal Constitucional apresenta uma interpretação bastante inflexível do artigo 115.º/6 da CRP. O entendimento do Juiz constitucional acerca dos requisitos de clareza e precisão aplicados ao enunciado da questão sujeita a referendo, ignora que ao leitor leigo em matérias jurídicas, não se lhe pode exigir o seu conhecimento profundo. Este é o sentido do voto particular do Conselheiro Vítor Nunes de Almeida. Por outro lado, como sublinha o Conselheiro Paulo Mota Pinto, é dever e objectivo do referendo ilucidar sobre o conteúdo e alcance da questão que formula.

³³⁰ Pela segunda vez, este Tribunal foi requerido para que se pronunciasse sobre a constitucionalidade de uma pergunta que incidiu sobre matéria Europeia. E uma vez mais, adopta uma rígida postura, tal e como refere Jorge Miranda em, *O difícil Referendo sobre a Constituição Europeia*, in, *O Direito*, 137 (2005), IV-V, pp. 1041. A convicção de que seria difícil formular uma questão em referendo clara e precisa, sobre matérias tratadas no Tratado Constitucional, gerou o início de uma revisão constitucional extraordinária que em Agosto de 2005, acrescenta à CRP, um novo artigo, o 295.º, intitulado, *Referendo sobre Tratado Europeu*, que viabiliza a realização de referendos sobre a aprovação dos Tratados a que se refere o artigo 7.º/6 da Constituição, que visem a construção e o aprofundamento da União Europeia.

³³¹ Cfr. *Fausto de Quadros*, na obra já cit., *Direito da União Europeia...*, pp. 533. Realça a “*generosa*” abertura constitucional, em nada menos do que três preceitos: artigos 8.º/1, 16.º/1 e 16.º/2 da CRP. Ainda para Cfr. sobre este tema, uma outra obra do mesmo autor, *A Propriedade Privada no Direito Internacional Público*, Almedina Coimbra, 1998, pp. 535-552 e 564 e segs., em particular pp. 539.

Para Fausto de Quadros e André Gonçalves Pereira, “no puro plano dos princípios, para que o Direito Comunitário vigore na ordem interna de um Estado-membro, e prime sobre o Direito estadual, não é necessário que a Constituição o diga: quando um Estado adere às Comunidades aceita implicitamente a sua ordem jurídica com todas as suas características essenciais, com todos os seus atributos próprios (...) o primado é o primeiro deles. À primeira conclusão se chega pelo reconhecimento da obrigação de os Estados respeitarem o adquirido comunitário, entendido como corolário dos (...) princípios da lealdade comunitária e da boa fé, e que impõe aos Estados que, quando aderem às comunidades, aceitem o Direito Comunitário na sua íntegra, no atual estado da sua evolução, e independentemente da fontes (portanto, incluindo os princípios elaborados por via jurisprudencial, como é o caso do primado).”³³²

A isto, deve somar-se a revogação de todos os atos nacionais contrários a atos da União posteriores, assim como a não produção de novos atos nacionais contrários a atos da União anteriores. Enquanto isso não for feito, não se deve aplicar direito interno desconforme ao Direito da União. Defende além do mais que os Tribunais nacionais “são Tribunais comuns de Direito da União,”³³³ querendo com isto dizer que o Juiz nacional é Juiz da União. Como tal, o Juiz nacional está obrigado a aplicar o Direito da União, impondo a sua conformidade com o Direito português. No seio desta comunitarização,³³⁴ os Tribunais portugueses terão de julgar inaplicáveis as normas internas que conflituem com normas da União.^{335 336}

Gomes Canotilho, por seu turno, fala numa espécie de procedimento constituinte evolutivo europeu, simultaneamente processo constituinte em cada Estado-membro, de tal sorte que o Direito primário dos Tratados – mas não todas as normas comunitárias – acaba por se impor ao Direito

³³² Cfr. o seu *Manual de Direito Internacional...*, pp. 130, embora, mais adiante na pp. 142, admitam que como o Direito da União ainda não é um Direito federal, a sanção para a violação do primado se situa no plano da eficácia, e não no da validade da norma estadual.

³³³ Cfr. a ob. cit. em nota anterior, pp. 535 e 688 e segs.

³³⁴ Cfr. Fausto de Quadros, na obra já cit., *A Nova Dimensão do ...*, pp. 28 e segs.

³³⁵ Cfr. Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia...*, pp. 535; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, ob. cit., pp. 826-828;

³³⁶ Cfr. Fausto de Quadros/Gonçalves Pereira, na obra já cit. *Manual de Direito Internacional...*, pp. 142

Constitucional interno. No entanto, com um limite: ele não pode subverter os princípios constitucionais materialmente irreversíveis.³³⁷ Para o autor, “o *Direito Europeu com primazia de aplicação relativamente a normas constitucionais só pode ser o direito convencional dos Tratados.*” Canotilho nota que o alargamento da tese da primazia de aplicação a todas as normas comunitárias (desde os Tratados até ao Regulamento ou Diretiva), acabaria por “*minar a medula óssea de qualquer Estado de Direito democrático e constitucional.*” Assim, para o constitucionalista, no atual estágio de evolução as normas comunitárias convencionais têm uma posição primária mas não possuem grau constitucional.³³⁸

Contudo, na Constituição da República Portuguesa Anotada, obra que partilha, em co-autoria com *Vital Moreira*, é-nos referido que “(...) a *primazia do Direito da União Europeia traduz-se na sua imunidade face ao sistema constitucional de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade reforçada.*”³³⁹ Segundo os dois Professores, a norma do artigo 8.º/4 da CRP implica uma derrogação das normas constitucionais de garantia da Constituição, relativamente ao Direito Comunitário, não se aplicando para o efeito, a norma do artigo 277.º/1 da CRP, segundo a qual “*são inconstitucionais as normas que infringem o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.*”

Outra questão pertinente que *Gomes Canotilho* e *Vital Moreira* suscitam é a que tem de ver com as normas de direito interno destinadas a levar a cabo o Direito da União, como sejam as normas de transposição de Directivas. Na medida em que se trate de uma competência vinculada (apesar de comportar alguma margem de discricionariedade legislativa), então parece que também essas normas internas se tornam “(...) *ímmunes ao escrutínio do sistema constitucional de garantia da constitucionalidade e da legalidade.*”³⁴⁰ De outro modo, o alcance do primado do Direito da União ficaria frustrado visto que este Direito ver-se-ia preterido no que toca à sua plena aplicação na ordem interna por incompatibilidade com a Constituição.

³³⁷ Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, ob. cit., pp. 171.

³³⁸ Vide esta posição do autor, na íntegra em *Direito Constitucional*, ob. cit., pp. 827.

³³⁹ Cfr. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.º Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 270.

³⁴⁰ *Idem...*, pp. 271.

Uma visão mais radical sobre o assunto é a de *Eduardo Correia Baptista*, que considera que não se pode contornar o regime do Direito Comunitário e os factos resultantes do seu “*implacável sistema de garantias*”. Para este autor é “*algo penoso*” ter de o reconhecer, mas a existir uma norma nula internamente (ou ineficaz por revogação), esta norma será constitucional por contrariar a norma comunitária e não o inverso. E como refere, as normas nulas não vinculam os Tribunais.³⁴¹

Posição peculiar é a de *Miguel Galvão Teles*, para quem a circunstância de a Constituição Portuguesa consignar limites à aplicabilidade interna do Direito da União e das Comunidades, nos termos definidos por este Direito, implica que aquela se arroga a competência para decidir sobre o Direito aplicável na ordem interna. O artigo 8.º/4 CRP, não significa capitulação da CRP ao Direito da União. O autor considera que existe, sim, reconhecimento de uma pretensão do Direito da União a ser internamente aplicável, sem limitação oposta pelos direitos nacionais. Mas, se essa pretensão fosse, como tal, reconhecida, a Constituição Portuguesa não poderia, como faz, impor-lhe limite.

Este limite pressupõe que a Constituição Portuguesa se considere competente para acolher ou não as pretensões do Direito Comunitário, e também que a circunstância do respeito das competências normativas da União represente um requisito autónomo, imposto pelo Direito português, de aplicabilidade na ordem interna, do Direito da União. Constata-se que, ao verificar se as competências foram ou não respeitadas, o Tribunal que o fizer não estará a aplicar Direito Comunitário, mas a aplicar a título prévio, o artigo 8.º/4 da CRP, isto é Direito nacional.³⁴²

Jorge Miranda/Rui Medeiros, concordam com a posição anterior. Desde logo, porque encaram o artigo 8.º/4 da nossa Constituição, como significando a competência das competências do Estado português. Esta competência das competências equivale ao princípio da soberania ou da independência

³⁴¹ Cfr. a obra de E. Correia Baptista *Direito Internacional Público*, Vol. I, Lex, Lisboa, 1998, pp. 51.

³⁴² Cfr. M. Galvão Teles, *Constituições dos Estados e Eficácia do Direito da União e das Comunidades Europeias – em particular sobre o artigo 8.º/4 da Constituição Portuguesa*, in, AA.VV, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 313.

nacional e, por outro lado, entre os princípios do Estado de Direito democrático não pode deixar de se contar a constitucionalidade. Não pode negar-se a exigência estrutural de uma interpretação e uma aplicação uniformes do Direito da União na esfera jurídica de todos os seus Estados-membros, derivadas da sua igualdade e do princípio da lealdade comunitária.

343

Jorge Miranda afirma que “uma coisa vem a ser, porém, a conveniência ou a necessidade de adequação da ordem jurídica interna, incluindo a Constituição, à ordem jurídica comunitária; outra coisa, proclamar um princípio de primado de normas provenientes das instituições comunitárias sobre as normas constitucionais. Afirmar tal primado é logicamente absurdo. Tais normas decorrem da competência de órgãos criados por um Tratado (aqui o Tratado da União Europeia), o qual tem de ser aprovado e ratificado nos diversos Estados-partes, com observância das respectivas Constituições (daí as prévias revisões constitucionais efetuadas em alguns Estados-membros para evitar quaisquer discrepâncias). Ora como poderiam as normas de Direito Comunitário derivado valer mais do que as normas constitucionais?” O Professor observa aí “uma contradição insanável com os alicerces democráticos da União,” visto que considera a Constituição, expressão máxima da vontade popular, manifestada em assembleia constituinte ou por referendo. E deixa as questões ou melhor, as dúvidas: “Como conceber (...) que a ela se sobreponha uma norma sem base democrática imediata?(...) Como conceber um primado verdadeiro e próprio de normas de origem burocrática e técnica sobre as normas diretamente assentes na legitimidade democrática?”

O entendimento por *Blanco de Morais* nesta sede, é o da supremacia da Constituição antes da revisão de 2004. Para este autor, o regime constitucional vigente até 2004 não amparava a tese da derrogação parcial da CRP pelo Tratado da Comunidade Europeia, por falta de norma habilitante e a prova disso é que, para que a mesma pudesse prosperar, foi necessária a realização da Revisão Constitucional de 2004, e por meio dela, a introdução do artigo 8.º/4, para criar condições para que essa “derrogação” se tornasse

³⁴³ Cfr. destes dois autores, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 174.

possível à luz de um critério de repartição de competências entre o Estado e a União, previsto na nova redação dada ao artigo 7.º/6.³⁴⁴

Paulo Otero, por seu lado, defende a supraconstitucionalidade de certas normas de Direito Comunitário, tomando como exemplo aquelas que integram a Constituição Económica Europeia, uma vez que o desenvolvimento de uma normatividade informal e não oficial ter-se-ia auto-justificado em termos de prevalecer sobre a Constituição económica portuguesa.³⁴⁵ Este Professor argumenta que o artigo 8.º/4 da CRP quer dizer que, salvaguardando o respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático, a aplicação interna do Direito (primário e secundário) da União Europeia, desde que traduza o exercício das respectivas competências, é feita “*nos termos definidos pelo Direito da União,*” admitindo que subjaz aqui uma verdadeira cláusula de devolução ou “cheque em branco”,³⁴⁶ assegurando que “*Portugal reconhece, por força da sua Constituição, que a vigência interna de todo o Direito da União, é feita nos termos definidos por esse mesmo ordenamento: o artigo 8.º/4 da CRP traduz, nesse sentido, a expressão abdicativa do Estado Português em definir o modo de aplicação interna do Direito da União Europeia.*”³⁴⁷

Maria Luísa Duarte/ Carla Amado Gomes, afirmam que o vaticínio mais consistente sobre a futura relação entre a Constituição Portuguesa e o Direito da União Europeia afasta a probabilidade séria, dizem, de antinomias

³⁴⁴ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *A Sindicabilidade do Direito da União pelo Tribunal Constitucional Português*, Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Vol. I, FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 230 e 231; e ainda, Cfr. uma outra obra deste autor, *Justiça Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 505 e segs.

³⁴⁵ Cfr. Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 615 e segs. Defende aliás a existência de “*um verdadeiro poder constituinte informal de fonte comunitária que, apesar de ainda assente numa base de auto-vinculativa, dita hoje, de forma política silenciosa, o conteúdo das opções fundamentais de cada Estado-membro em matérias de índole económica e social, desvalorizando e subalternizando o texto das respectivas Constituições formais e envolvendo a exigência de uma interpretação evolutiva ou mesmo de uma modificação dos seus preceitos em conformidade com a dinâmica comunitária.*” Cfr. pp. 581 da cit. obra.

³⁴⁶ Paulo Otero em *Direito Constitucional Português*, Vol. I, Identidade Constitucional, Almedina, 2010, pp. 134 afirma que isto levanta dúvidas sobre a validade deste aspecto da Lei Constitucional n.º 1/2004 de 24 de Julho, embora não deixando de reconhecer que o Estado continua a ter a favor da sua soberania, o limite da exigência de respeito pelos direitos fundamentais do Estado de Direito democrático e os inerentes poderes de controlo dos Tribunais portugueses, reservando Portugal, implicitamente no artigo 8.º/4, o poder de fiscalizar essa aplicação. Aponta a revisão constitucional como *ultimum remedium* tendente a recuperar a soberania.

³⁴⁷ Cfr. Paulo Otero, *Direito Constitucional Português*, ob. cit., pp. 133.

declaradas e insanáveis, tendo em conta a função preventiva e correctiva da jurisprudência constitucional e comunitária, definidas, ambas, “(...) no quadro de um regime de co-tutela dos valores fundamentais de Direito e da União de Direito.”³⁴⁸

Para *Diogo Freitas do Amaral*, o primado do Direito Comunitário (mesmo derivado) sobre todo o Direito português, ainda que de grau constitucional fica com o artigo 8.º/4 da CRP expressamente acolhido.³⁴⁹ Quanto à salvaguarda feita pelo artigo 8.º/4 em relação ao “(...) respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático” trata-se de “(...) uma declaração política para acalmar os nacionalistas mais ansiosos, mas cujo alcance político é insignificante”, já que estes princípios, todos eles já integravam o Direito Comunitário, “(...) quando Portugal ainda era uma ditadura”.³⁵⁰

Outros autores, preferem procurar soluções de equilíbrio e harmonização entre aquelas duas ordens jurídicas,³⁵¹ postulando mais uma relação de poder entre o Tribunal de Justiça e os Tribunais nacionais assente na cooperação, do que uma relação de supremacia-subordinação.³⁵² Temos

³⁴⁸ O artigo de ambas autoras, *O Tribunal Constitucional Português e a Garantia de aplicação do Direito da União Europeia*, in, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Vol.I, Almedina, 2010, pp. 721 e 722.

³⁴⁹ Cfr. a sua obra, *Manual de Introdução ao Direito*, I, Coimbra, 2004, pp. 567 e ss.

³⁵⁰ Assim é explicada a posição de Freitas do Amaral, na *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, de Jorge Miranda/Rui Medeiros, já antes cit., pp. 172.

³⁵¹ A CRP quer quando admite a possibilidade de Portugal *convencionar o exercício em comum, em cooperação pelas instituições da União dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia*, quer quando se refere às *disposições dos Tratados que regem a União Europeia e às normas emanadas das suas instituições*, assume a existência de uma dualidade de ordenamentos coexistentes e interpenetrados, mas independentes na sua legitimidade e atos constitutivos. Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *As Leis Reforçadas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 374 e J. Miranda/R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, cit. pp. 158.

³⁵² Cfr. Miguel Póiares Maduro, *O Superavit Democrático Europeu*, *Análise Social*, XXXVI, n.º 158-159, 2001, pp. 144 e segs; Francisco Lucas Pires, *O Fator Comunitário no desenvolvimento Constitucional Português*, in, Os Vinte Anos da Constituição de 1976, Obra Coletiva, Coimbra, 2000, pp. 228; no mesmo sentido crítico, entendendo a relação entre as duas ordens jurídicas em causa como relações mais interativas que hierárquicas, Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 423. Maria Luísa Duarte na obra, *O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição*, in, AA.VV., Estudos em Homenagem ao Professor Doutor João de Castro Mendes, Lisboa, 1993, pp. 704. acrescenta que o princípio da repartição material de competências concretizado nas cláusulas implícitas ou explícitas de limitação de soberania é suficiente para justificar a não fiscalização da constitucionalidade das normas comunitárias, salvo naqueles casos em que se trate de garantir o núcleo essencial da Constituição, incapaz, por natureza de integrar o

presente que a construção teórica do primado parte muitas vezes da perspectiva dual das relações entre o Direito da União Europeia e o Direito dos Estados-membros baseada no monismo/dualismo.³⁵³

Mais do que nunca, é necessária uma complementaridade entre o Direito da União Europeia e do Direito dos Estados-membros. Por um lado, a base axiológica de ambas as ordens jurídicas é idêntica (artigo 2.º do TUE) e por outro lado, o âmbito de aplicação das normas é de um modo geral, diverso. Para se evitar possíveis conflitos entre as duas ordens jurídicas tem-se assistido, a título preventivo, à aferição da constitucionalidade das futuras normas a introduzir nos Tratados, sendo certo que nos casos em que se afere da incompatibilidade entre futuras normas da União e as normas constitucionais, se tem procedido a revisões constitucionais prévias à entrada em vigor de certas normas.³⁵⁴

Após o Tratado de Lisboa, resulta claro que a União deve respeitar a identidade nacional dos Estados-membros,³⁵⁵ refletida nas estruturas políticas e constitucionais essenciais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia regional e local (artigo 4.º/2 do TUE). A União deve participar na busca da harmonia entre o seu Direito e o Direito dos seus membros. Daí que a abordagem mais apropriada neste momento seja uma

âmbito da delegação de competências pacticiamente definido. Assume de resto que, dar à norma comunitária valor supraconstitucional seria insuperavelmente contraditório com a própria ideia de Constituição. Também deve ler-se Nuno Piçarra, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como Juiz Legal e o Processo do art. 177.º do Tratado CE.*, Lisboa: AAFDL, 1991, que explica que a esta visão monista, pode contrapor-se a ideia de repartição material de competências, à competência das competências dos Estados são subtraídas, por vontade destes, competências fundamentalmente económicas *lato sensu*. Este princípio de repartição concretizado nas cláusulas implícitas ou explícitas de limitação de soberania é suficiente, para alguns autores como M. Luísa Duarte, *vide* a sua ob. cit., *A Teoria dos Poderes Implícitos...*, pp. 689, observa que a relação entre o Direito Comunitário e os Direitos nacionais se constrói com base nos princípios da atribuição de competências e da colaboração ou complementaridade funcional de ordenamentos autónomos e distintos.

³⁵³ Sobre a colocação deste problema teórico e a sua explicação *vide* a obra de Fausto de Quadros/Gonçalves Pereira, na obra já cit. *Manual de Direito Internacional...*, pp. 81-92. Os autores apesar de constarem o declínio desta querela, assumem a adesão à concepção monista com primado do Direito Internacional, entendida esta como inseparável da própria natureza do Direito Internacional. Em especial, pp. 92.

³⁵⁴ Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, pp. 516.

³⁵⁵ Cfr Silvio Gambino, *Identità Costituzionali nazionali e Primauté Eurounitaria*, Quad.Cost, 2012, pp. 533 e segs.

abordagem pluralista³⁵⁶ e interativa,³⁵⁷ que abra alas ao diálogo entre o Tribunal de Justiça, e os Tribunais Constitucionais, através do reenvio prejudicial, com o objectivo de alcançar uma interpretação comum.³⁵⁸

No estádio atual da evolução das relações entre o Direito da União e o Direito dos Estados-membros, não é possível inequivocamente responder à questão de saber se o primado se fundamenta no Direito da União Europeia ou no Direito Constitucional dos Estados-membros, assim como também não é transparente a questão de saber quem é o último árbitro do conflito entre estas duas ordens jurídicas – se o Tribunal de Justiça, se os Tribunais Constitucionais. Tudo dependerá da ordem jurídica em que nos colocarmos.³⁵⁹ Deve pois, aprofundar-se, o sistema de cooperação entre os órgãos jurisdicionais europeus e os órgãos jurisdicionais nacionais na interpretação dos preceitos constitucionais. Quanto ao Direito da União, o princípio básico é o de que, caberá ao Tribunal de Justiça, e apenas a este, a competência para interpretar definitiva e vinculisticamente o Direito da União.

Gomes Canotilho/Vital Moreira pressagiam a existência de casos, em que não se possa considerar a colisão entre princípios constitucionais (da ordem constitucional europeia e da ordem constitucional portuguesa), como uma simples questão prévia a colocar perante o Tribunal de Justiça da União. Nesta medida, a questão prévia deve obrigar o Tribunal de Justiça a munir-se de pareceres por parte dos órgãos jurisdicionais a quem cabe a última palavra em sede de interpretação das disposições constitucionais nacionais. A solução adiantada coloca problemas processuais e de competência, a resolver, no

³⁵⁶ Rui Medeiros, *in*, *Internacionalismo Defensivo e Compromisso Europeu na Constituição Portuguesa*, Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 666 e 657, respetivamente, considera que o “*pluralismo constitucional*” representa um *by-pass* no debate entre monismo e dualismo e “interpreta esse pluralismo como querendo significar que “*a fragmentação constitui um problema que não deve ser resolvido através de uma hierarquia institucional ou normativa. Isto obriga concomitantemente a reconhecer, no contexto europeu que Estados-membros e União Europeia devem ser vistos como distintos sites constitucionais, não havendo um ponto de Arquimedes a partir do qual seja possível aferir a legitimidade de diferentes e potencialmente conflituantes pretensões de validade.*” E acrescenta, citando Neil Walker, na obra, *The Idea of Constitutional Pluralism*, *in*, *Modern Law Review* 65 (2002), pp. 322, que relação entre a ordem jurídica estadual e a ordem europeia “*is now horizontal rather than vertical – heterarchical rather than hierarchical.*”

³⁵⁷ Cfr. igualmente a ob. cit. em nota anterior, pp. 516.

³⁵⁸ Cfr. Miguel Pinares Maduro, *Who is the Final Arbitrer of Constitutionality in Europe?*, CMLR, 1999, pp. 135 e segs.

³⁵⁹ Continuando a seguir Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, pp. 517.

domínio europeu e ao nível dos ordenamentos nacionais. É o que estes autores apelidam de via típica de “*interconstitucionalidade*” ou de “*constitucionalismo de vários níveis*”³⁶⁰, que na actualidade começa a ter expressão.

Para rematar, dir-se-á que as Constituições dos Estados-membros se aplicam, em pleno, a todas as matérias, que não foram transferidas para a União, sendo óbvio que nelas reside o fundamento da integração para os Estados fundadores bem como, o fundamento da própria adesão de um Estado à União Europeia. O Estado, por isso mesmo, deve sempre adequar a sua Constituição aos compromissos que contraiu interna e externamente. Nos domínios que ficaram reservados à União, o Estado não deve poder invocar as suas normas constitucionais para se eximir ao cumprimento das normas da União válidas.

O desafio futuro passa pelo vislumbre deste quadro plural, em que as ordens constitucionais, nacionais ou transnacionais, contêm traços hierárquicos, mas também características pluralistas e, por conseguinte, pluralismo e hierarquia não devem ser encarados como realidades adversárias.³⁶¹ “*O controlo da Constituição portuguesa sobre o Direito Comunitário restringe-se à sua compatibilidade sistémica. Enquanto esta estiver salvaguardada, ambos os ordenamentos devem respeitar aquilo que poderíamos designar de respectivas auto-determinações normativas.*”³⁶²

V. O dilema constitucional europeu. Visita guiada ao artigo I-6.º do malgrado Tratado Constitucional:

“(...) com ou sem constituição política, a federalização far-se-á sempre mais através da organização de um espaço de civilização do que na

³⁶⁰ Cfr. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.º Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 269.

³⁶¹ Cfr. Joseph Weiler, *Prologue: Global and Pluralist Constitutionalism – some doubts, in, The Worlds of European Constitutionalism*, Gráinne de Búrca/Joseph Weiler (Ed.), University Press, Cambridge, 2012, pp. 14 e 15.

³⁶² Afirmações de Miguel Poiães Maduro, *O Discurso Jurídico Português sobre o Constitucionalismo Europeu – O Estado da Arte*, in, Estudos de Direito Europeu, Congressos da FIDE, 1.ª Ed., Príncipeia, Cascais, 2009, pp. 546.

*perseguição de um definido projeto de convergência normativa, esperado na geração de um outrem estadual”*³⁶³

*“Uma Constituição Europeia, fruto do exercício de um poder constituinte criador, dos povos europeus, tornaria finalmente clara a atribuição, pelos cidadãos europeus, de um mandato democrático à União Europeia.”*³⁶⁴ O Tratado Constitucional procedia a uma aproximação formal determinante entre o Direito da União e o Direito Constitucional estadual clássico,³⁶⁵ e este facto, pô-lo a descoberto, em relação às inúmeras críticas dogmático-jurídicas³⁶⁶ que a partir de então despontaram. A hipotética entrada em vigor do Tratado Constitucional³⁶⁷ e concretamente do seu artigo I-6.^º³⁶⁸ coloca a questão de saber se este poria fim à *“pluralidade de textos supremos”*³⁶⁹ que tem

³⁶³ Cfr. Francisco Lucas Pires, *A Caminho de uma Constituição Política Europeia?*, *Análise Social*, Vol. XXVII (118-119), 1992 (4.^a-5.^º), pp. 237.

³⁶⁴ Assim sugere, Marta Rebelo, *Constituição e legitimidade Social da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 87, conclusão n.º 12.

³⁶⁵ Sean Van Raepenbusch, *La Réform Institutionnelle du Traité de Lisbonne*, *Cahiers de Droit Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2008, cit., pp. 43.

³⁶⁶ Sobre os dilemas da constitucionalização, vide Paul Magnette, *Questions sur la Constitution Européenne*, in *La Constitution de l'Europe*, Paul Magnette (Ed.), Deuxieme Edition, Institut d' Etudes Europeennes, Bruxelles, 2002, pp. 15-18.

³⁶⁷ O *Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa*, foi assinado em Roma a 29 de Outubro de 2004, pelos Chefes de Estado e de Governo, o qual representou o culminar de um processo, cujo início remonta ao Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europeia, assinado igualmente naquela cidade em 25 de Março de 1957. Ao longo de 2005 foram efetuados referendos ao TECE, dois dos quais foram no sentido da ratificação (Luxemburgo e Espanha) e outros dois negativos (França e Holanda). Entretanto, decorriam os processos de ratificação de outros Estados-membros, sendo que no outono de 2006, 16 dos então 25 Estados-membros, já tinham ratificado o TECE. No entanto, na sequência dos resultados negativos do referendo na França e na Holanda, 7 Estados-membros (República Checa, Dinamarca, Irlanda, Polónia, Portugal, Suécia e Reino Unido) suspenderam os seus processos de ratificação. Cfr. Ana M. Martins, na ob. cit., *Manual de...*, pp. 153-167, sobre os antecedentes do TECE, seu fracasso, e refundação da União com o Tratado de Lisboa, em pormenor, bem como outro seu artigo doutrinal, *O Sistema Institucional da União na Constituição Europeia – Na óptica da democracia, da eficácia, da transparência, da coerência e da simplificação*, in, *O Direito*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 633-658. Ainda, Cfr. Miguel Galvão Teles, *Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa* in, *O Direito*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 887-897; Maria José Rangel de Mesquita, *Forças e Fraquezas do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: cinco breves tópicos de reflexão*, in, *O Direito*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 807-836.

³⁶⁸ Que dispõe assim, *“A Constituição e o Direito adoptado pelas instituições da União, no exercício das competências que lhe são atribuídas, primam sobre o Direito dos Estados-membros.”*

³⁶⁹ A expressão é de Bruno de Witte, *Community Law and The National Constitutional Values, Legal Issues of European Integration*, 1991, pp. 22.

caracterizado a União Europeia. Por outras palavras, trata-se de saber se a entrada em vigor do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (TECE), ou Tratado Constitucional poria fim ao “*atual sistema policêntrico da fiscalização da constitucionalidade do Direito da União, tornando caducas as jurisprudências nacionais já referidas e substituindo o diálogo entre o Tribunal de Justiça e os Tribunais Constitucionais nacionais por diktats do primeiro no que toca à validade e aplicabilidade daquele Direito.*”³⁷⁰ De certa forma, se o Tratado Constitucional tivesse sido aprovado teria significado a superação das resistências à deriva federal da União Europeia.³⁷¹

O artigo I-6.º do Tratado constitucional, que versa sobre o primado do Direito da União, pode ser interpretado como implicando a subalternização não só da legislação ordinária dos Estados como das próprias Constituições nacionais. Aquele artigo é explícito e abrangente sobre a hierarquia das normas. É que, sem se fazer qualquer reserva, o primado é apresentado impondo-se ao conjunto do ordenamento jurídico nacional, incluindo ao seu Direito Constitucional.³⁷²

Recorde-se que, mesmo na ausência de um preceito como o do artigo I-6.º do TECE, o Tribunal de Justiça tem-se considerado exclusivamente competente para invalidar atos de Direito derivado da União que padecem de quaisquer dos vícios sancionados pelo correspondente ordenamento, incluindo o carácter *ultra vires*³⁷³ desses atos. O Tribunal de Justiça, para o efeito, fundamenta-se no facto de o problema se remeter a uma questão de interpretação dos Tratados em que se funda, e de o então artigo 220.º do TCE, o incumbir de garantir “*o respeito do Direito na interpretação e aplicação do presente Tratado.*”

³⁷⁰ Cfr. Freitas do Amaral/N. Piçarra, *O Tratado de...*, ob. cit., pp. 33.

³⁷¹ Para compreender melhor os obstáculos à evolução federal da União Europeia, vide de Jean-Louis Clergerie/Véronique Faure-Tronche, *Le Système Juridique de l'Union Européenne*, Collection Mise au Point, Ellipses, Paris, 2004, pp. 41-64.

³⁷² Seguimos António López Pina, *Europa, un Proyecto Irrenunciable*, La Constitución para Europa desde la teoría constitucional, Dykinson, 2004, pp. 48-51.

³⁷³ Cfr. a este respeito o Acórdão de 22 de Outubro de 1987, do T.J., *Foto-Frost*, Proc. 314/85, Col. 1987, pp. 4199 e segs.

Os Tratados em que se funda a União têm as mais profundas ressonâncias nas identidades constitucionais dos Estados-membros. *Fausto de Quadros* ensina que a identidade nacional de cada Estado engloba três componentes: ³⁷⁴ a política, que se esgota na já mencionada *Kompetenz-Kompetenz* (a competência das competências);³⁷⁵ a componente jurídica, sinónimo que a integração europeia respeita a especificidade dos Direitos nacionais, a tal ponto que o princípio da subsidiariedade impõe a obrigação de demonstração da necessidade do Direito Comunitário em face da existência dos Direitos estaduais ³⁷⁶ e por fim, a componente cultural que autoriza o Estado a preservar a sua identidade cultural. O seu respeito encontra-se hoje expressamente garantido pelo artigo 4.º/2 e 3.º/3 do TUE, cabendo à Constituição de cada Estado definir e enformar a identidade nacional. Para *Fausto de Quadros*, a Constituição Europeia não excluiria nem desprezaria a Constituição nacional, bem pelo contrário, dela se esperaria colaboração, no sentido de construir a identidade nacional que a União deseja preservar. ³⁷⁷

A entrada em vigor do mencionado artigo I-6.º do TECE, ³⁷⁸ em nada alteraria o que dissemos antes. ³⁷⁹ As Constituições dos Estados-membros

³⁷⁴ Cfr. a obra deste Professor, *Constituição Europeia e Constituições Nacionais – Subsídios para a metodologia do debate em torno do Tratado Constitucional Europeu*, in, *O Direito*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 689.

³⁷⁵ Isto é, o poder do Estado para definir a sua própria organização política e administrativa, sem no entanto, a poder usar para impedir o cumprimento, por si ou pelas entidades intra-estaduais, dos compromissos assumidos por força da adesão à União.

³⁷⁶ Vide o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, anexo ao Tratado de Lisboa.

³⁷⁷ Cfr. de novo, *Constituição Europeia e Constituições Nacionais...*, pp. 689. O Professor adiciona o conceito de “europeização das Constituições nacionais” e através dela, “europeização dos próprios Direitos Constitucionais dos Estados-membros.” Deste fenómeno de “europeização” resultaria, na sua óptica, a absorção pelo Direito da União, dos contributos essenciais das Constituições nacionais para o seu próprio núcleo. Foi verdadeiramente o que tem vindo a acontecer desde o Tratado de Maastricht culminando com o Tratado de Lisboa. O seu artigo 6.º/1, ao atribuir à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o mesmo valor jurídico que os Tratados, mostra que esta integração, dará com certeza a possibilidade de, se for o caso, as Constituições dos Estados-membros, por conferirem um nível de protecção mais elevado que a própria Carta, serem absorvidas pelo Direito da União, nesta sede. O artigo 6.º/3 TUE é também muito elucidativo quando preconiza que, do Direito da União fazem parte, os direitos fundamentais tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros. Cfr. pp. 690 e 691, da ob. cit.

³⁷⁸ Apesar da apontada “*imprudência semântica*” do seu texto, decalcado das Constituições dos Estados Federais (sendo óbvio que os Estados-membros da União, conservam a raiz dos seus poderes soberanos), a norma não poderia pôr em causa o diálogo jurisdicional no seio da União. Ficava claro no seu escopo, que apenas poderá ter a “*pretensão de primado*” o Direito adoptado pelas instituições da União no “*exercício das*

continuariam a integrar “em rede”³⁸⁰ e em “fertilização cruzada com a Constituição da União”³⁸¹ a pluralidade de “textos supremos.” Este artigo da Constituição Europeia, alicerçando-se num largo consenso,³⁸² codificaria em definitivo o princípio do primado, de forma bastante inequívoca. Se tivesse sido ratificado por todos os Estados-membros, entrando em vigor, o artigo I-6.º do TECE atestaria a aceitação expressa, por todos eles, a nível político, de um princípio de fonte jurisprudencial, com o sentido e alcance fixados neste contexto, e nada para além disso, isto é, reduzindo consideravelmente a margem de manobra das instâncias nacionais no controlo da constitucionalidade.³⁸³ Tal como dispõe a Declaração n.º 1, anexa à Ata Final do TECE, “A Conferência constata que o artigo I-6.º reflete a jurisprudência existente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal de Primeira Instância.”

Não havia dúvidas que o TECE consagrava expressivamente e expressamente o princípio do primado do Direito da União sobre os Direitos dos Estados-membros. A despeito disto, o preceito despontaria as mais variadas interpretações, por causa de “(...) um certo laconismo aliado à relativa

competências que lhe são atribuídas” pelo ato fundador. Cfr. Freitas do Amaral/N. Piçarra, *O Tratado de...*, ob. cit., pp. 37.

³⁷⁹ Paulo de Pitta e Cunha, na obra, *A Constituição Europeia, Um olhar crítico sobre o Projeto*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 64 e 65, defendeu a retirada daquele artigo do TECE, ou ao menos, que fosse objeto de nova redação, dizia na altura. Isto porque considerava que “sendo o primado um dos traços fundamentais das linhas supranacionais que inspiram o regime da Comunidade e da União Europeia, entra-se em terreno movediço ao considerar a sua extensão ao nível constitucional. Ao imperativo lógico da primazia contrapõe-se a renitência dos Estados em aceitar a inferiorização das normas situadas no topo da hierarquia constitucional nacional.”

³⁸⁰ Cfr. Freitas do Amaral/N. Piçarra, *O Tratado de...*, ob. cit., pp. 35.

³⁸¹ Esta expressão/conceito, como lhe quisermos chamar foi usada no contexto do Direito da União por Maria Luísa Duarte, *Direito Administrativo da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 23 e também Rui Moura Ramos, *Da Livre Circulação de Pessoas à Cidadania Europeia*, in, *50 anos do Tratado de Roma: 1957-2007*, Âncora Editora, e Universidade Nova de Lisboa, 1.ª Ed., 2008, Marta Tavares de Almeida/Nuno Piçarra (coord.), pp. 72.

³⁸² Fausto de Quadros, na ob. cit. *Constituição Europeia e Constituições Nacionais...*, pp. 691 e 692, recorda que aquele artigo do TECE, não foi objeto de qualquer contestação por parte dos membros da Convenção que preparou o Tratado, assim como, esse artigo e a Declaração n.º 1 que o completa, não foram sequer discutidos aquando da ratificação do Tratado pelos Estados-membros, nem mesmo nos dois onde o referendo sobre o Tratado deu um resultado negativo. Acrescenta que a solução encontrada para o primado resultou da colaboração entre o T.J e os Tribunais Constitucionais nacionais, em especial o alemão, e seguidamente o italiano.

³⁸³ Sobre isto, Cfr. Ana Maria Guerra Martins, *O Projeto de Constituição Europeia. Contribuição para o debate sobre o Futuro da União Europeia*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2004, pp. 64 e 65.

*ambiguidade dos seus termos (...),”*³⁸⁴ das mais amplas³⁸⁵ às mais restritas, consoante se quisesse conferir ao primado uma maior ou menor amplitude.

Dos trabalhos da Convenção sobre o Futuro da Europa, bem como da CIG 2003/2004, parecia claro que o objectivo do artigo I-6.º do TECE não era o de inovar, mas o de conceder dignidade constitucional à jurisprudência comunitária em matéria de primado, pelo que, uma eventual interpretação restrita daquele preceito conduziria a um retrocesso relativamente ao já sólido acervo jurisprudencial, e por outro lado, não deveria permitir avanços muito significativos.³⁸⁶

A eventual entrada em vigor do TECE e em particular do seu artigo I-5.º,³⁸⁷ respeitante às relações entre a União e os Estados-membros, acentuaria a necessidade do aumento do diálogo entre o Tribunal de Justiça e os Tribunais Constitucionais,³⁸⁸ especialmente preocupados com os direitos fundamentais e sensíveis à questão da repartição de competências entre a União e os seus membros, que se colocam a propósito dos atos jurídicos adoptados por aquela.

Portanto, a ressalva na teoria do primado, da maior protecção dos direitos fundamentais, da parte das Constituições estaduais, é resultado, precisamente da cooperação e do diálogo entre a jurisprudência comunitária e a jurisprudência constitucional nacional, que constava do TECE, na forma

³⁸⁴ Cfr. também de Ana Maria Guerra Martins, a ob. já cit., *Manual de Direito da...* pp. 503.

³⁸⁵ Aqui a expressão “*Direito adoptado pelos órgãos da União*” abarcaria todo e qualquer ato ou norma da União, quer fizesse parte de um ato legislativo ou não legislativo. Uma interpretação mais restrita não desembocaria neste entendimento visto que poderia justificar a exclusão do primado, quando estivessem em causa atos não legislativos. Por outro lado, a expressão “*primam sobre o Direito dos Estados-membros*” poderia ser interpretada como abrangendo todo o Direito dos Estados-membros, incluindo o seu próprio Direito Constitucional, isto numa interpretação mais lata, ou numa interpretação mais restrita, excluindo totalmente, ou em certas circunstâncias as Constituições estaduais.

³⁸⁶ Cfr. de novo Ana Maria Guerra Martins, a ob. já cit., *Manual de Direito da...* pp. 503.

³⁸⁷ Em especial o artigo 5.º, n.º1 dispõe: “*A União respeita a igualdade dos Estados-membros perante a Constituição, bem como a respectiva identidade nacional, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional.*” O n.º 2 do mesmo preceito estipula: “*Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes da Constituição.*”

³⁸⁸ Cfr. Freitas do Amaral/N. Piçarra, *O Tratado de...*, ob. cit., pp. 37.

como ele codificou o espólio jurisprudencial dos Tribunais da União (artigo I-6.º e Declaração n.º 1 da Ata Final anexa ao TECE). Isto espelha bem que, nesta matéria, a Constituição Europeia (se tivesse entrado em vigor) e as Constituições estaduais se completavam e harmonizavam.³⁸⁹

Conclui-se que o surgimento de uma Constituição Europeia não conduz à aniquilação ou subalternização das Constituições nacionais. A relação entre a primeira e as segundas é *“uma relação de diálogo, de complementaridade, nalguns casos de interpenetração, sem prejuízo do adquirido comunitário sobre as relações entre uma e outras em caso de conflito.”*³⁹⁰ Este diálogo e complementaridade são *“reflexos do diálogo entre integração e soberania,”* entre *“poder integrado e interestadualidade representada pela legitimidade dos Estados no processo de integração europeia”*. É essa *“bivalência”* que *“faz progredir a integração Europeia.”*^{391 392}

O malogrado Tratado Constitucional,³⁹³ que, *“alterando a diferença específica na forma, acabava por apontar enganosamente para uma alteração, também na substância, do princípio do primado do Direito da União Europeia sobre o Direito dos Estados-membros”* vai distinguir-se, como veremos

³⁸⁹ Cfr. uma vez mais a doutrina de Fausto de Quadros, *Constituição Europeia e Constituições Nacionais ...*, pp. 692.

³⁹⁰ Cfr. de Fausto de Quadros, a mesma obra cit. em nota anterior, pp. 696. O Professor chegou a afirmar que *“(...) a Constituição Europeia conta com as Constituições nacionais para enriquecer o seu próprio conteúdo e portanto, o acervo da ordem jurídica da União (...), não existindo uma relação de exclusão recíproca entre a Constituição Europeia e as Constituições dos Estados-membros.”*

³⁹¹ Ainda, seguindo Fausto de Quadros, *Constituição Europeia e Constituições Nacionais ...*, pp. 697.

³⁹² No mesmo sentido, Rui Manuel Moura Ramos, *Constituição Europeia e Constituição da República Portuguesa*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 1243 e 1244.

³⁹³ António Vitorino, *Constituição Europeia, Constituição Completa ou Incompleta*, in, Revista de Estudos Europeus, A Constituição Europeia e Portugal, Ano I, n.º 2, 2007, pp. 179-184, explica que o que se passou a seguir ao referendo francês e holandês é a prova de que a rejeição do TECE foi baseada num sentimento de crise instalado na União Europeia. Aponta como causas profundas da crise de confiança na União, fundamentalmente: os possíveis alargamentos, em especial quanto à Turquia, muito impopular; depois, o mau estar dos cidadãos da União em relação às elites governantes e às classes políticas em geral; a terceira razão, prende-se, para o autor, com o medo da globalização e com a fragilidade do modelo social europeu face ao desafio que se coloca à Europa no seu posicionamento ante as grandes potências em ascensão, tais como a Índia ou a China. Termina o raciocínio dizendo que em sua opinião, esta crise de confiança resume-se à constatação pelos cidadãos da União de que o modelo de prosperidade económica e sustentabilidade social do passado, deixou de funcionar atualmente.

oportunamente, do Tratado de Lisboa, que lhe presta um fio condutor, uma perpetuidade.

A verdade é que este relacionamento contínuo entre a União Europeia, na pessoa das suas instituições e os seus Estados-membros tem logrado o desenvolvimento da evolução constitucional da própria União. Por isso, parece legítimo o reconhecimento da natureza e autoridade constitucional da União Europeia, embora tal não implique e exija o reconhecimento da sua supremacia constitucional sobre as constituições nacionais. Por outras palavras, consideramos possível reconhecer o primado supraconstitucional do Direito da União sem com isso aceitar uma caracterização constitucional da União.³⁹⁴ Acima de tudo, dá condições para garantir um futuro em que a integração seja ainda mais profunda, e intenso seja também o respeito que é devido aos direitos fundamentais dos cidadãos da União Europeia.

VI. O primado supraconstitucional após o Tratado de Lisboa: avanço ou retrocesso?

Antes de partirmos para o Tratado de Lisboa,³⁹⁵ é importante esclarecer que a jurisprudência mencionada ao longo deste trabalho foi concebida sob a

³⁹⁴ Em Portugal, Fausto de Quadros desde cedo adoptou esta posição, separando a questão do primado constitucional da questão da soberania e poder constituinte. Para o autor, como já oportunamente referimos, o primado é absoluto, independente do critério constitucional dos Estados-membros sobre a relevância do Direito Internacional Público no seu ordenamento jurídico. No entanto, não olvida que este primado é resultante de uma mera delegação de poderes soberanos por parte dos Estados, que podem sempre reclamar esses poderes (retomando-os!). Nesta perspectiva, os Estados-membros são as únicas fontes de poder constituinte e o único poder realmente soberano. Opinião doutrinária que subscrevemos na íntegra: o primado constitucional como um produto da soberania nacional e não do constitucionalismo europeu. Do Professor *vide* as obras, *Direito da União...*, pp. 412 e *Direito Comunitário I – Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 50 e segs. Já Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 826, e Ana Maria G. Martins, *A Natureza Jurídica...* ob cit. pp. 596 entre outros, vão ao ponto de caracterizar como constitucionais, os processos que têm lugar na União Europeia, chegando mesmo ao reconhecimento de que tais processos compreendem o exercício de um poder constituinte. Mais ambígua é a posição de Carla Amado Gomes, na obra, *A Natureza Constitucional do Tratado da União Europeia*, Relatório de Mestrado, 1995/96, pp. 27-64.

³⁹⁵ Segundo Paulo de Pitta e Cunha, *O Referendo Irlandês e a Recusa do Tratado de Lisboa*, Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Vol. IV, Edição da FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, "(...) o Tratado de Lisboa não deixará de acarretar o pecado original de ter sido celebrado quase à socapa e com omissão da consulta aos cidadãos, realizada e prometida na anterior tentativa em numerosos Estados-membros", isto a propósito das vicissitudes da sua ratificação, designadamente no que respeita à primeira delas, o voto negativo do referendo irlandês. Situação ultrapassada posteriormente, em 2009, com um segundo referendo, desta feita com voto largamente positivo. O último obstáculo veio da República

égide das Comunidades Europeias e do Direito Comunitário,³⁹⁶ tendo-se aplicado, após a criação da União Europeia pelo Tratado de Maastricht, essencialmente, ao antigo primeiro pilar. A questão de saber se essa jurisprudência se deveria aplicar ao segundo e terceiro pilares provocou alguma inquietação na doutrina. A verdade é que o Tribunal de Justiça nunca teve oportunidade de se pronunciar clara e inequivocamente sobre isto, de forma que se manteve em aberto, a questão de saber se o Tratado da União Europeia, tal como o Tratado da Comunidade Europeia, criou uma ordem jurídica específica cujas normas deveriam prevalecer sobre as normas nacionais em caso de conflito. O desaparecimento da Comunidade Europeia, à qual sucedeu a União Europeia, como estrutura unitária (artigo 1.º, § 3.º TUE), após o Tratado de Lisboa, permite apreciar a questão de saber se aquela jurisprudência se aplica atualmente a todo o Direito da União Europeia.

Se em relação ao terceiro pilar, se pode dizer que o Tratado de Lisboa, ao estender o domínio da integração às matérias da cooperação policial e judiciária em matéria penal, resolveu pelo menos parte destas dúvidas, no que concerne ao segundo pilar, as dúvidas levantadas por alguma doutrina³⁹⁷ podem colher fundamento, isto tudo porque, apesar de formalmente abolida, como segundo pilar da União, a política externa e de segurança comum mantém substancialmente autonomia no quadro das demais políticas da União.

Contudo, quanto a nós, a resposta deve ser positiva. Os mesmos argumentos que inspiraram a decisão do Tribunal de Justiça em *Costa/ENEL* podem transportar-se para os pilares intergovernamentais, hoje apenas a política externa e de segurança comum, e que a necessidade de se asseverar a

Checa, que só ratificaria o Tratado de Lisboa em 2009, porque exigia uma garantia idêntica à conferida pelo Protocolo n.º 30, relativo à aplicação da CDFUE à Polónia e ao Reino Unido. Essa exigência foi atendida com a anexação de um projeto de protocolo sobre a aplicação da carta a este país, às Conclusões do Conselho Europeu, de 29 e 30 de Outubro de 2009.

³⁹⁶ Neste domínio *vide* um excelente artigo de David Siritzky, *Des Communautés Européennes à Six à L'Union Européenne à Vingt-sept*, in, *L'Union Européenne, Édition Traité de Lisbonne*, Jacques Ziller (direction), La Documentation Française, Paris, 2008, pp. 5-12, onde se percebe que se começa pelo "primado" da economia para se evoluir para uma unidade política, apesar de alguns "deficits" persistentes.

³⁹⁷ Danny Nicol, *Democracy, Supremacy and the "Intergovernmental" Pillars of The European Union*, in, *Public Law*, 2, April/2009, Sweet & Maxwell, pp. 218-227.

consistência na aplicação do Direito da União se aplica nesta sede, com a mesma força do que no tradicional pilar comunitário.³⁹⁸

O Tratado de Lisboa³⁹⁹ assinado em 13 de Dezembro de 2007, teve a sua génese no mandato aprovado pelo Conselho Europeu em 23 de Junho de 2007, sob a Presidência alemã, destinado à Conferência Intergovernamental (CIG), mandatada para elaborar um Tratado Reformador para introduzir no TUE e no TCE as inovações resultantes da CIG 2004. O novo Tratado teve como encargo a integração no TUE e no TCE, da substância do Tratado Constitucional antes rejeitado, fazendo-o “reencarnar naqueles”.⁴⁰⁰ No fundo, trata-se de um novo Tratado, “ressuscitador da Constituição Europeia.”^{401 402}

Com o Tratado de Lisboa, inaugura-se uma nova União Europeia,⁴⁰³ cuja estrutura unitária, sucede às então Comunidades Europeias e aos pilares intergovernamentais⁴⁰⁴ (artigo 1.º TUE)⁴⁰⁵ e passa a deter personalidade jurídica expressamente atribuída pelo Tratado (artigo 47.º do TUE). “O

³⁹⁸ Neste sentido, Paul Craig/G.Búrca, ob. cit., *EU Law...*, pp. 352, invocando designadamente a aplicação do princípio da interpretação conforme e da cooperação leal no também já por nós referido caso *Pupino*, Acórdão de 2005, no domínio do então terceiro pilar; ainda, Cfr. Koen Lenaerts/T. Corthaut, *The Role of the Primacy in Invoking Norms of EU Law*, in, *European Law Review*, 31, 3, 2006, Sweet & Maxwell, pp. 287-315.

³⁹⁹ Vide atentamente a ob. já cit. de Priollaud/Siritzky, *Le Traité de Lisbonne...*, na íntegra, para compreender as alterações trazidas pelo novo Tratado.

⁴⁰⁰ Cfr. Freitas do Amaral/Piçarra, ob. cit., *O Tratado de Lisboa...*, pp. 43.

⁴⁰¹ A expressão é de Paulo Pitta e Cunha, *O Tratado de Lisboa. Génese, conteúdo e efeitos*, Instituto Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008, pp. 35. O autor acrescenta que no processo europeu, se trata de um caso único de aproveitamento praticamente integral das disposições do Tratado rejeitado. pp. 71.

⁴⁰² Sobre o programa “comunitário de Lisboa”, *La Stratégie de Lisbonne: quel bilan?*, in, *L’Union Européenne, Édition Traité de Lisbonne*, Jacques Ziller (direction), La Documentation Française, Paris, 2008, pp. 159-171, de Yves Bertoncini.

⁴⁰³ Para uma apreciação geral sobre a União depois deste novo Tratado, vide, Maria José Rangel de Mesquita, *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2010.

⁴⁰⁴ As Comunidades Europeias e os pilares intergovernamentais desaparecem tendo sido diluídos na União Europeia, deixando de fazer qualquer sentido estudar os vários domínios de atuação da União por referência à sua pertença a casa um dos pilares.

⁴⁰⁵ Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa, “anotação ao artigo 1.º do TUE”, in, *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, Manuel Lopes Porto/Gonçalo Anastácio (coord.), Coimbra, Almedina, 2012. Pp. 23-26.

*Tratado de Lisboa é um Tratado materialmente constitucional (...) Mas não é “o” Tratado Constitucional (...)”*⁴⁰⁶

Para Paulo de Pitta e Cunha, “no *Tratado de Lisboa é sensível a acentuação dos aspectos supranacionais ou federais da integração.*”⁴⁰⁷ Em primeiro lugar, refere o papel do Parlamento Europeu, figura de proa no elenco institucional, em segundo lugar, denota o alargamento do número de casos em que o Conselho delibera por maioria qualificada, na maior parte das vezes, através do processo legislativo ordinário (continuador da co-decisão), em cujo desenrolar o Parlamento adquire relevo, cabendo-lhe um lugar inicial na adopção da posição em primeira leitura, nos termos do artigo 294.º do TFUE.

Em terceiro lugar, produz-se a fusão dos três pilares, numa única visão da União Europeia. Contudo, a unificação formal da União,⁴⁰⁸ não correspondeu a uma unificação de todos os procedimentos de decisão,⁴⁰⁹ do sistema de fontes, nem do sistema de controlo jurisdicional dos Tribunais da União.⁴¹⁰ Mantêm-se no entanto, diferenças consideráveis entre as matérias que antes integravam as Comunidades Europeias e as áreas que anteriormente faziam parte dos pilares intergovernamentais,⁴¹¹ sendo certo que, o antigo terceiro pilar padece de menos desvios do que o antigo segundo. São muitos os fragmentos da precedente estrutura tripartida, a

⁴⁰⁶ Cfr. António Vitorino, A “*Casa Europeia*” de Lisboa, R.I, 25, Março/2010, Tinta da China Edições, pp. 15. Anota que no plano político, mesmo que 80 por cento, ou até mais, do defuncto Tratado Constitucional tenham sido retomados no Tratado de Lisboa, a diferença de enquadramento dos Tratados de 2004 e de 2009 está carregada de significado e de implicações.

⁴⁰⁷ Cfr. a sua recente obra, *Sombras sobre a Integração Europeia*, FDUL/Voimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 279.

⁴⁰⁸ Sobre a estrutura da nova União Europeia, Jean-Claude Piris, *The Lisbon Treaty – A Legal and Political Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 6 e segs.

⁴⁰⁹ Para uma visita geral ao sistema orgânico e institucional da União, vide de Fausto de Quadros, *Avaliação Global do Sistema Orgânico e Institucional da União Europeia após o Tratado de Lisboa*, in, *Tratado de Lisboa*, Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 33-45.

⁴¹⁰ Sobre as reformas institucionais pós-Lisboa, vide atentamente, Jean-Paul Jacqué, *Les Réformes Institutionnelles Introduites par Le Traité de Lisbonne*, in, *Le Traité de Lisbonne, Reconfiguration ou Déconstitutionnalisation de L’Union Européenne?*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 57-73.

⁴¹¹ Cfr. Ramses A. Wessel, *The Constitutional Unity of European Union: The Increasing Irrelevance of the Pillar Structure?*, in, *European Constitutionalism Beyond Lisbon*, Jan Wouters, Luc Verhey, Philipp Kiiver (eds.), Intersentia, Oxford/Portland, 2009, pp. 283-304.

qual, ainda encontra respaldo nos Tratados. Trata-se da instituição de regimes jurídicos distintos consoante as matérias. (a par do regime geral previsto nos Tratados, subsistem regimes específicos em relação a algumas matérias, com especial ênfase para a política externa e de segurança comum, antigo segundo pilar ⁴¹²). ⁴¹³

Depois, é criada a figura do Alto Representante para os Negócios Estrangeiros e Segurança, instituindo-se ainda um serviço de acção externa, coordenado precisamente por aquele órgão, que é também Presidente permanente do Conselho de Ministros dos Negócios Estrangeiros e Vice-Presidente da Comissão. É instituído um Presidente estável, desempenhando em *full time* ⁴¹⁴ as suas funções, eleito por maioria qualificada pelo Conselho Europeu, sendo o seu mandato de dois anos e meio, renovável.

A estratégia seguida pelas instituições da União para levar a cabo o processo de integração europeia, apesar do fracasso do TECE, foi a de declarar abertamente o abandono do Tratado Constitucional e modificar as previsões mais problemáticas da proposta anterior. Isto significou, evidentemente “*atenuações ao federalismo.*” ⁴¹⁵

Se por um lado, se exclui uma retórica constitucional e federal, ao mesmo tempo que se banem as previsões relativas aos símbolos da União e ao primado de Direito da União, por outro, usam-se de maneira intensiva Protocolos e Declarações finais para conceder exonerações sobre as previsões mais incómodas e árduas. ⁴¹⁶ Ainda assim, o fundamento das inovações sugeridas pelo Tratado Constitucional, persistem, a nível geral inalteradas, ou melhor dizendo, surgem submetidas a ajustes secundários. ⁴¹⁷ Em lugar de

⁴¹² Sobre esta matéria especificamente, Cfr. Deirdre M. Curtin/Ige F. Dekker, *The European Union from Maastricht to Lisbon: Institutional and Legal Unity out of Shadows*, in, Paul Craig/Gráinne de Búrca, *The Evolution of EU Law*, 2.ª Ed., Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 155 e segs.

⁴¹³ Seguimos Ana M. Guerra Martins, *Manual de Direito...*, ob. cit. pp. 174.

⁴¹⁴ A expressão é de Paulo de Pitta e Cunha, *Sombras sobre a Integração...*, pp. 280.

⁴¹⁵ *Idem...*, pp. 281.

⁴¹⁶ Existe quem deduza deste uso e abuso, um novo paradigma de constitucionalismo assimétrico. Cfr. A. Cantaro/F. Losurdo, *L'Integrazione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in, A. Lucarelli/A. Patroni Grifi, *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona, Nuovi Studi sulla Costituzione Europea*, ESI, Nápoles, 2010, pp. 75-80.

⁴¹⁷ Em tal sentido se situam as observações de J. Ziller, *IL Nuovo Trattato Europeo: un viaggio a Lilliput?*, in, F. Bassanini/G. Tiberi, *Le Nuove Istituzione Europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp.

um novo Tratado unitário, opta-se pela técnica das emendas ao Tratado Constitucional e desta forma surgirá também o binómio Tratado da União Europeia – o Tratado da Comunidade Europeia que se substitui pelo binómio Tratado da União Europeia - Tratado de Funcionamento da União Europeia.⁴¹⁸

O mandato CIG/2007 é muito elucidativo no que concerne à osmose operada:^{419 420} o artigo I-6.º do Tratado constitucional não será retomado, o princípio do primado não terá, como nunca teve, menção expressa nos Tratados, constando apenas de uma Declaração anexa a eles, além de um Parecer do Serviço Jurídico do Conselho (doc.580/07) anexado à ata final da Conferência; aqueles Tratados não terão carácter constitucional e portanto,

489-494, quando recorda que *“quase todas as inovações respeitantes aos Tratados vigentes, contidas no Tratado Constitucional, vêm consideradas no Tratado modificado, adicionando poucas coisas: alguns artigos novos produzem mais difícil a aplicação de uma ou de outra modificação, ou atrasam a sua entrada em vigor em alguns anos. Há também algumas cláusulas que compensam estas perdas com alguma inovação complementar, útil para a União Europeia.”* – (tradução nossa).

⁴¹⁸ Cfr. as premissas a que chega Fausto Vecchio, na sua Tese de Doutoramento em Direito – Ciências Jurídico-Políticas, intitulada *Primacía del Derecho Europeo y Salvaguarda de Las Identidades Constitucionales, Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, Directores – Francisco Balaguer Callejón/Vasco Pereira da Silva, Universidade de Granada/Universidade de Lisboa, Ano académico-2011/2012, pp. 109 e 110. Nota que *“de igual forma, basándose en la estructura normativa del nuevo sistema supranacional y con la finalidad de redimensionar el ámbito constitucional de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, las disposiciones contenidas en el documento, tras ser sometidas a un restyling que (con la importante excepción del art. 52.º de la Carta de los Derechos Fundamentales) excluyó todo tipo de referencia a los términos ley e constitución, no fueron incorporadas a los Tratados pero adquieren valor jurídico primario através de la disposición contenida en el primer apartado del art. 6.º de la nueva formulación del Tratado de la Unión Europea.”*

⁴¹⁹ O que pode ler-se no artigo I.3 do Mandato CIG/2007, pp. 3, para consulta em <http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/07/st11/st11218.pt07.pdf> é que *“o TUE e o Tratado sobre o Funcionamento da União não terão carácter constitucional.”* Esta mudança de trajectória reflectir-se-ia *“(…) na terminologia utilizada em todos os textos dos Tratados: não será usado o termo “Constituição”, o “Ministro dos Negócios Estrangeiros da União” será designado Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança, serão abandonadas as denominações “lei” e “lei-quadro”, e manter-se-ão as actuais denominações “regulamentos”, “directivas” e “decisões”. De igual modo, nenhum artigo dos Tratados alterados fará alusão aos símbolos da UE, como a bandeira, o hino e o lema.”*

⁴²⁰ Cfr. a nota de rodapé n.º 1, pp. 3 do mandato referido *supra*, para consulta em <http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/07/st11/st11218.pt07.pdf> Descreve-se que *“no tocante ao primado do direito da UE, a CIG aprovará uma Declaração remetendo para a actual jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE.”* Sobre o primado consta ainda uma Declaração em nota, a dispor o seguinte: *“enquanto que o artigo sobre o primado do direito da União não será reproduzido no TUE, a CIG acordará na seguinte declaração: “A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, os Tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência (...)”*

muda também, em todos os seus textos, a terminologia constitucional que antes tinha sido proposta, bem como, a alusão aos símbolos da União Europeia, também antes alvitrados.

O Tratado de Lisboa assume uma orientação diferente,⁴²¹ por comparação ao TECE, no que ao primado diz respeito. Por exigência de alguns Estados,⁴²² a menção ao primado desaparece do texto dos Tratados.

*Fausto Quadros afirma que “em boa verdade, preocupava esses Estados o facto de o artigo I-6.º do Tratado Constitucional ter a mesma redação do artigo 24.º da Lei Fundamental de Bona, o que entendiam eles, parecia dar ao primado do Direito da União, um carácter federal.”*⁴²³ Por essa razão o dito artigo do TECE não foi mantido no TUE e TFUE. Acabou por ficar anexo à ata final da CIG/2007 e, portanto, ao Tratado de Lisboa, a Declaração n.º 17 sobre o primado, que a seguir se reproduz: *“A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o Direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre os Direitos dos Estados-membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência.”*

Além disso, a Conferência decidiu anexar à ata final dos Tratados um parecer do Serviço Jurídico do Conselho sobre o primado do Direito da União constante do documento 11197/07(JUR 260), de 22 de Junho de 2007, do qual consta o seguinte: *“Decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o primado do Direito Comunitário é um princípio fundamental desse mesmo direito. Segundo o Tribunal, este princípio é inerente à natureza específica da Comunidade Europeia. Quando foi proferido o primeiro acórdão desta jurisprudência constante (acórdão de 15 de julho de 1964 no processo 6/64, Costa*

⁴²¹ Sob um olhar generalista acerca do primado após “Lisboa”, Frédérique Michéa, *Le Primauté du Droit de L’Union à la Lumière du Traité de Lisbonne*, RMCUE, 2008, pp. 446 e segs.; Stanislaw Biernat, *The Status of the Principle of Primacy in the Lisbon Treaty Architecture*, na ob. Já cit. de J. M. Beneyto/I. Pernice (eds.), *Europe’s Constitutional...*, pp. 281 e segs.

⁴²² D. Freitas Amaral/N. Piçarra, *O Tratado de Lisboa...*, ob. cit. pp. 46, afirma que a causa da omissão desta menção assentou a vontade política de privar o Tratado de Lisboa de carácter constitucional. Tal foi requerido de modo expresso pelos governos britânico e holandeses. Nesta esteira, como bem assinalam aqueles autores, a Presidência alemã, através de um documento datado de 17 de Abril de 2007, pediu parecer aos governos dos Estados-membros sobre a proposta, entre outras, de não incluir no TUE nem no TCE um artigo retomando o princípio do primado.

⁴²³ Cfr. Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia...*, pp. 537.

contra ENEL),⁴²⁴ o Tratado não fazia referência ao primado. Assim continua a ser atualmente. O facto de o princípio do primado ser inscrito no futuro Tratado em nada prejudica a existência do princípio nem a atual jurisprudência do Tribunal de Justiça”

A compreensão desta Declaração implica que recordemos a Convenção sobre o Futuro da Europa, na qual o princípio da primazia do Direito Comunitário gerou tanta polémica. Com efeito, o texto aprovado por esta Convenção continha uma norma, o artigo I-10.º/1, segundo a qual a Constituição e o Direito adoptado pelos órgãos da União, no exercício das competências que lhe eram atribuídas primariam sobre o Direito dos Estados-membros. O n.º 2 do mesmo preceito previa que os Estados-membros deviam tomar todas as medidas gerais ou específicas necessárias para garantir a execução das obrigações decorrentes da Constituição ou resultantes dos atos das instituições da União. Apesar da polémica referenciada e das dúvidas em torno da redação do preceito, a CIG 2003/2004 acabou por introduzir o princípio do primado no TECE, mas com adaptações de forma. O n.º 2 do preceito foi deslocado para o artigo I-5 n.º 2, relativo à relações entre a União e os Estados-membros, tendo o restante texto transitado para o artigo I-6.º do TECE, a que já aludimos *supra*. Além disso, o mesmo artigo I-6.º foi acompanhado de uma Declaração através da qual a Conferência constatava que aquele refletia a jurisprudência existente do Tribunal de Justiça e do Tribunal e do Tribunal de Primeira Instância.

A consagração expressa do primado no TECE não poderia nunca ser encarada como aceitação do princípio federal *Bundesrecht bricht Landesrecht*, desde já porque se não tolerava a competência do Tribunal de Justiça para anular o Direito nacional contrário ao Direito da União.⁴²⁵ O facto é que a consagração expressa do primado no TECE motivou a desconfiança em relação a este Tratado Constitucional, pelo que do mandato CIG/2007

⁴²⁴ “Resulta (...) que ao Direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto em juízo um texto interno, qualquer que seja, sem que perca a sua natureza comunitária e sem que sejam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade.”

⁴²⁵ Cfr. Ana Maria Martins, ob. cit. *Manual de Direito...*, pp. 503.

constava a certeza da sua não reprodução no TUE, devendo em alternativa, a referência ao primado constar de uma Declaração da Conferência, o que veio a suceder rigorosamente.

A comparação entre a solução do TECE e a que decorre do Tratado de Lisboa no que tange ao primado, poderia dar-nos a percepção de que este sairia fragilizado e enfraquecido após *Lisboa*.⁴²⁶ Vejamos: o texto da Declaração n.º 17 pretende nas palavras de *Fausto Quadros* “*ser a soma do artigo I-6.º do Tratado Constitucional e da Declaração n.º 1 anexa àquele Tratado*”⁴²⁷ completada pelo parecer do Serviço Jurídico do Conselho,⁴²⁸ que desenvolve o texto do corpo da Declaração e que esta incorpora nela. Para o ilustre Professor, “*(...) a Declaração n.º 17 mantém, na sua substância, o conteúdo do artigo I.6 do Tratado Constitucional e da Declaração n.º 1 anexa àquele Tratado.*”⁴²⁹

No fundo, a partir do momento em que a referência ao primado deixou o texto do Tratado rumo a uma Declaração e esta não faz, no plano jurídico, parte integrante do Tratado,⁴³⁰ surge um problema, que é o de saber qual é o valor jurídico da Declaração n.º 17 e portanto, qual é a força jurídica que o Tratado de Lisboa quis imprimir à consagração do primado.

Priollaud e Siritzky referem a propósito da Declaração n.º 17 que, “*(...) certains États membres ont préféré le supprimer afin d’éviter d’accréditer l’idée que le traité de Lisbonne contribuerait à mettre en place un super État fédéral.*” Chegando mesmo a admitir que “*Cette déclaration confirme, de manière relativement*

⁴²⁶ É isso que defende Bruno de Witte, *Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order*, in, Paul Craig/Gráinne de Búrca, *The Evolution of EU Law*, 2.ª Ed., Oxford, University Press, 2011, pp. 345.

⁴²⁷ Cfr. a obra já cit. do autor, *Direito da União Europeia...*, pp. 538.

⁴²⁸ A indicação expressa constante da Declaração n.º 17 de que o referido parecer jurídico do Conselho sobre o primado é anexado à Ata Final assinada juntamente com o Tratado de Lisboa, destina-se a assegurar-lhe um valor jurídico idêntico ao deste Tratado, na visão de Jacques Ziller, *Il Trattato Modificativo del 2007: sostanza salvata e forma cambiata del Trattato Costituzionale del 2004*, Quaderni Costituzionali, 2007, Ano XXVII, n.º 4, 2007, Rivista Italiana di Diritto Costituzionale, pp. 885.

⁴²⁹ Cfr. a obra já cit. de Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia...*, pp. 538.

⁴³⁰ Fausto de Quadros na obra já cit., *Direito da União Europeia...*, pp. 538, ensina que o artigo 51.º do TUE prescreve que apenas os Protocolos fazem parte integrante do Tratado e, das sessenta e cinco Declarações anexas à Ata Final da CIG de 2007, só aquela que contém a CDFUE tem o mesmo valor jurídico que o Tratado, por força do artigo 6.º/1 do TUE.

*discrète, le principe de primauté du droit de l'Union sur le droit interne des États membres.”*⁴³¹

Há de reconhecer-se que a Declaração n.º 17 é um texto jurídico e não apenas uma declaração política. Embora não seja parte integrante do Tratado é de assinalar que ela foi aprovada por todos os Estados-membros da CIG, de forma pacífica, não se erguendo quaisquer divergências interpretativas.⁴³² Deste modo, da Declaração resulta que foi intenção dos Estados-membros dar carácter obrigatório ao princípio do primado nos Tratados e que eles também reconhecem que “(...) *nesta matéria os Tratados não inovam porque, (...) limitam-se a codificar a jurisprudência já afirmada e consolidada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.*”⁴³³

Segundo o entendimento de *Fausto de Quadros* a referida “*Declaração não cria nada de novo para o Direito da União*”⁴³⁴ começando por dizer que a Conferência “*lembra*” o que já existe na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União.

A solução de compromisso encontrada foi a anexação à Ata Final da CIG que aprovou o Tratado de Lisboa, da Declaração n.º 17 juntamente com o parecer do Serviço Jurídico do Conselho de 22 de Junho de 2007. Este último reforça e desenvolve o argumento, também por nós perfilhado, de que se limitaria a codificar o Direito já concebido por via jurisprudencial.

Há quem considere que a solução do primado no pós-*Lisboa* tem o mesmo objectivo que o artigo I-6.º do Tratado Constitucional^{435 436} – codificar o Direito já formado por força da jurisprudência do Tribunal de

⁴³¹ Ob. já cit. dos autores, *Le Traité de Lisbonne...*, pp. 40.

⁴³² Acerca da interpretação dos Tratados deve recorrer-se ao artigo 31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, sendo do mesmo extraível, o princípio da boa fé que subjaz à interpretação de qualquer Tratado. Levando-se em consideração, para o efeito, entre o mais, o seu contexto e que este inclui qualquer acordo ou qualquer instrumento celebrado pelas partes no momento da conclusão do Tratado, que tenha relação com este, e que, como tal, haja sido aceite pelas partes.

⁴³³ Seguindo a doutrina de Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia...*, pp. 540.

⁴³⁴ Cfr. a obra já cit. do autor, *Direito da União Europeia...*, pp. 539.

⁴³⁵ Cfr. Freitas do Amaral/Piçarra, ob. cit., *O Tratado de Lisboa...*, pp. 46.

⁴³⁶ Isto é, o reconhecimento oficial, por todos os Estados-membros, da vigência do próprio princípio nos termos da jurisprudência do T.J, órgão independente daqueles.

Justiça da União Europeia - tendo ela a seu favor, em relação àquele artigo, a circunstância de o seu teor literal não ser decalcado de nenhuma constituição federal, antes remetendo para a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça e mantendo-se assim em linha de continuidade com o “*caminho muito próprio*”⁴³⁷ da União Europeia.

O princípio do primado *supra* enunciado terá de ser interpretado e aplicado em concordância prática, quer com o novo artigo 4.º/1 do TUE,⁴³⁸ na redação pós-*Lisboa*, onde se retoma o disposto no artigo I-5.º/1 do TECE, quer com o igualmente citado, artigo 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

Também na versão pós-*Lisboa*, o princípio do primado é encarado numa óptica dinâmica, que admite limites constitucionais nacionais resultantes das identidades dos Estados-membros,⁴³⁹ e do nível de proteção dos direitos fundamentais.⁴⁴⁰ Com o Tratado de Lisboa, no que confina aos direitos fundamentais, prevaleceu o método comunitário do aperfeiçoamento gradual e pragmático dos meios jurídicos adequados à garantia do nível mais

⁴³⁷ Cfr. Freitas do Amaral/Piçarra, ob. cit., *O Tratado de Lisboa...*, pp. 46.

⁴³⁸ Fausto de Quadros, no comentário que faz a este artigo 4.º do Tratado de Lisboa, in, *Tratado de Lisboa, anotado e comentado*, Manuel Lopes Porto/Gonçalo Anastácio (coord.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 33-35. O Professor afirma que o referido artigo 4.º/1 em conjugação com o artigo 5.º, 1.ª parte, para o qual remete, consagra o princípio da especialidade (que o artigo 5.º/2 repete), e dá cobertura ao princípio da subsidiariedade. Pelo princípio da especialidade a União só terá atribuições que, de modo expresso ou implícito, lhe forem atribuídas pelos Tratados. Todas as outras competirão aos Estados-membros. O mesmo Professor conclui que o artigo 4.º/1 do TUE, em consonância com o artigo 5.º/2 está a retirar a natureza estadual à União. Desde logo, com base nestes artigos, ser incorreto, no plano jurídico, conceber-se a União como um Estado. A importância do artigo 4.º/2 releva aqui, no que tange à obrigação que impende sobre a União de respeitar os Estados-membros. O n.º 3 deste artigo releva igualmente para o caso. Eleva a cooperação leal entre a União e os Estados, a princípio constitucional da União. Este desdobra-se em três obrigações: respeito e assistência recíproca entre Estado-membros e União; a obrigação de adopção de todas as medidas necessárias à execução do Direito da União; e ainda, a obrigação para os Estados-membros de ajudarem a União a cumprir os seus objetivos. Tudo isto, salvaguardando a boa fé e o respeito pelo adquirido da União.

⁴³⁹ Sobre a tensão entre a identidade Europeia e as identidades nacionais, vide Franz C. Mayer, *European Identities and The EU – The ties that bind the peoples of Europe*, em www.whi-berlin.de.

⁴⁴⁰ Vide *Droit Communautaire des droits fondamentaux*, Frédéric Sudre (dir.)/Romain Tinière, 2.ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2007. Passa em revista alguns dos principais Acórdãos do T.J, em que se colocam questões ligadas a um princípio geral de respeito pelos direitos fundamentais, alguns deles já por nós analisados, Cfr. pp. 19-260. Em especial, de notar os casos jurisprudenciais em que se apresentam limites e restrições ao exercício dos direitos fundamentais, Cfr. pp 28-240, alguns deles a que também aludimos antes.

elevado de proteção.⁴⁴¹ Estes elementos são a base da necessidade do diálogo especial entre os Tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça da União.

Para que fique esclarecido “(...) do Tratado resulta, nomeadamente, que o primado do Direito da União cederá passo à norma nacional sempre que esta garanta melhor os direitos fundamentais, e os demais fundamentos do regime democrático e do Estado de Direito. Isso resulta da interpretação conjugada da citada Declaração n.º 17 com a cláusula horizontal contida no artigo 53.º da Carta (segundo o qual os direitos fundamentais reconhecidos pelas Constituições dos Estados-membros nunca poderão ser restringidos por nenhuma disposição sobre direitos fundamentais constante da Carta) e com o artigo 2.º do TUE que enuncia os valores da União.”⁴⁴²

Usando as palavras de Priollaud e Siritzky, “(...) Il est indispensable pour que le droit de l’Union produise les mêmes effets dans tout les États membres, sans être paralysé par des normes internes contraires. (...) la primauté vaut à l’égard de l’ensemble du droit national, y compris ses normes les plus élevées, c’est-à-dire constitutionnelles.”⁴⁴³

No que ao nosso Direito Constitucional respeita, o problema do seu relacionamento com o Direito da União, surge hoje apaziguado pelo novo artigo 8.º/4 da Constituição da República Portuguesa, (apesar das imprecisões de redação a que já aludimos antes), que ao que parece, reporta diretamente para a Declaração n.º 17: aí lê-se “(...) nos termos definidos pelo Direito da União (...).” Esta Declaração por não fazer parte integrante do Direito dos Tratados, não deixa de ser Direito da União.⁴⁴⁴

A ideia de um princípio de amizade das Constituições nacionais ao Direito da União não é destituída de sentido: “(...) a questão do primado do Direito da União sobre o Direito Constitucional dos Estados-membros só se colocará

⁴⁴¹ Seguindo a posição de Maria Luísa Duarte, *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, Aspectos Centrais, Nuno Piçarra (coord.), Vários autores, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 98. A Professora realça ainda, de extrema importância, a perspectiva do Juiz da União adoptar sobre o âmbito de proteção dos direitos e o estatuto dos particulares no funcionamento das vias de Direito.

⁴⁴² Cfr. Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia...*, pp. 540.

⁴⁴³ Cfr. ob. já cit. dos autores, *Le Traité de Lisbonne...*, pp. 41.

⁴⁴⁴ Cfr. Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia...*, ob. cit., pp. 540.

em situações limite e, como tal, relativamente raras.”⁴⁴⁵ O Tribunal de Justiça tem sido adepto do diálogo com os Tribunais nacionais, precisamente por encontrar nos valores comuns, veiculados pela ordem jurídica da União, padrão que pauta ambas as ordens jurídicas em relação. Para além disso, “(...) *tem procurado que o diálogo com eles não se faça por via exclusivamente jurisprudencial, mas assuma também uma dimensão mais propriamente diplomática, através de encontros diretos entre os Juizes, com o objectivo de reforçar a cooperação e gerir a conflitualidade latente.*”⁴⁴⁶

O primado “desenhado nesta tela” exclui naturalmente, a hipótese deste princípio poder acarretar a preterição de algum princípio estruturante fundamental e distintivo das Constituições dos Estados-membros, que por esse motivo deverá ter-se como incorporado na Constituição da própria União Europeia, nos termos do artigo 6.º/1 e n.º 2 do TUE. O eventual afastamento de um preceito constitucional que não integre um princípio fundamental, por força de uma disposição de Direito da União, tem de ser encarado como resultado do desenvolvimento e progresso do próprio processo de integração europeia,⁴⁴⁷ que, chegado a esta fase impõe por parte dos Estados-membros alguns esforços.⁴⁴⁸

A reter, a ideia de que o ordenamento constitucional da União Europeia⁴⁴⁹ deve ser concebido como abarcando ambas as reivindicações de “*autoridade final*”⁴⁵⁰ na problemática do primado: a sua própria e a do

⁴⁴⁵ Cfr. Ana Maria Guerra Martins, *Manual de Direito...*, pp. 517.

⁴⁴⁶ Cfr. D. Freitas Amaral/N. Piçarra, *O Tratado de Lisboa...*, ob. cit. pp. 49 e 50, e em especial, a nota n.º 93, citando Laurent Scheek/Luca Barani, *Quel rôle pour La Cour de Justice en tant que moteur de la construction européenne?*, in, Paul Magnette e Anne Weyembergh (coord.), *L'Union Européenne: la fin d'une crise*, Université Libre de Bruxelles, 2008, pp. 177 e segs, *maxime*, 180 e 181.

⁴⁴⁷ Sobre os desafios integracionistas nos primórdios, Paulo de Pitta e Cunha, *O desafio da Integração Europeia*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1980.

⁴⁴⁸ Será, nas palavras de Freitas Amaral/Piçarra, *O Tratado...*, pp. 50, “*um custo incontornável desse processo, seguramente em troca de benefícios muito superiores.*”

⁴⁴⁹ Cfr. M. Poiães Maduro, *A Constituição Plural. Constitucionalismo e União Europeia*, Principia, Cascais, 2006, pp. 352. O autor assume na pp. 49 que não é certo que os Tribunais Constitucionais aceitem abdicar da sua pretensão de serem eles mesmos autoridade final em troca da participação numa instância superior ao T.J., sobre a qual não possuiriam um controlo efetivo.

⁴⁵⁰ Entendam-se estas reivindicações das autoridades jurisdicionais finais da União e dos Estados-membros, como sendo a reivindicação da *Kompetenz-Kompetenz*, isto é, competência para determinar quem

Direito Constitucional dos Estados-membros. O “estado de abertura” em que permanece esta questão é inerente à própria natureza da União. Os Tribunais nacionais e os Tribunais da União através do “diálogo de juizes”⁴⁵¹ têm, no geral, sabido cooperar em vez de se digladiarem para assumir aquela autoridade.

Contrariamente aos Protocolos e anexos do Tratado, as Declarações da natureza da que consta do Tratado de Lisboa não possuem efeitos jurídicos vinculativos.⁴⁵² Estas Declarações, repetimos, não integram formalmente os Tratados, pelo que não estão sujeitas a ratificação e, conseqüentemente, não podem entrar em vigor nos ordenamentos jurídicos nacionais e comunitário.⁴⁵³ Tanto é que, por causa disto, nem o Tribunal de Justiça, nem os Tribunais nacionais podem invocar este princípio contido na Declaração, pois aquele não pode, só por si, restringir, excluir ou modificar os efeitos jurídicos de normas nacionais contrárias ao Direito da União Europeia.

Este “expediente” sobre o primado adotado pelo Tratado de Lisboa pode ser visto como uma opção “paradoxal”⁴⁵⁴ ou como uma “solução atípica,”⁴⁵⁵ mas o que é inteiramente verdade é que o conteúdo do primado é resultante da jurisprudência do Tribunal de Justiça. É esta a sua “progenitora”. E não olvidemos, que o Tribunal de Justiça afirmou a supremacia absoluta do primado de Direito da União.

Ora, considerando a elevada sensibilidade política deste tema, uma Declaração destas, pode ser vista como consentânea com a heterogeneidade e atipicidade da própria União Europeia, mas também podemos dela retirar, um entendimento positivo, isto é, o conteúdo normativo do primado sai

é competente para definir o regime jurídico do Direito da União no universo jurídico de cada Estado-membro, assim é explanado por Miguel Galvão Teles, ob. cit., *Constituições dos Estados...*, pp. 329.

⁴⁵¹ A expressão é de Maria Luísa Duarte, *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, ob. cit., pp. 98.

⁴⁵² Seguindo Denys Simon, *Le Système Juridique Communautaire*, 3.^a Ed., Puf, Paris, 2001, pp. 303.

⁴⁵³ Cfr. A. G. Toth, *The Legal Status os Declarations annexed to The Single European Act*, CMLR, 1986, pp. 09 e 10.

⁴⁵⁴ Cfr. Francisco Paes Marques, *O Primado do Direito da União Europeia: Do Acórdão Costa c. Enel ao Tratado de Lisboa*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Vol.I, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 208 e 209.

⁴⁵⁵ Cfr. D. Freitas Amaral/N. Piçarra, *O Tratado de Lisboa...*, ob. cit. pp. 50.

fortalecido pela sua explicitação ao nível dos Tratados.⁴⁵⁶ Existe até quem desvalorize a sua positivação afirmando que na nova solução de *Lisboa*, o primado sai pela porta mas entra pela janela.⁴⁵⁷

É nossa convicção que o que realmente importa é que o primado está hoje plenamente sedimentado e endurecido na “consciência” e prática jurídicas dos Estados-membros da União, ao ponto de, não ser indispensável a sua positivação no texto dos Tratados, para que ele seja plenamente respeitado. Também não nos parece que a verdadeira segurança jurídica, tão cara à “nossa” família romano-germânica, fique eventualmente diminuída pela solução adoptada. Toda a história da sua construção jurisprudencial demonstra e prova que apesar da sua não positivação, ou até, das naturais resistências que ainda suscita, ele tem sido largamente acolhido e sobretudo, praticado.

A Declaração n.º 17 efectuada pelos Estados-membros, não equivale a uma resignação destes à consagração jurídico-positiva do primado. No entanto, não devemos esquecer que há quem veja nesta solução *pós-Lisboa* acerca do primado “um grave retrocesso.”⁴⁵⁸ Antes, poderá ser, num futuro não muito longínquo, o germinar da conversão de um princípio de *soft law* em *hard law*.⁴⁵⁹

O próprio artigo 4.º/2 e n.º 3 do TUE, indicia, ainda que aparentemente, a vontade normativa de formalizar um sistema de relações entre os ordenamentos em apreço, pondo a salvo os princípios nacionais, nos quais se sustenta a identidade constitucional do ordenamento, e que, prescindindo de

⁴⁵⁶ Não sendo alterado na sua diferença específica, formal e substancial, em relação ao princípio do primado consagrado nas Constituições federais. Neste sentido, Freitas Amaral/N. Piçarra, *O Tratado de Lisboa...*, ob. cit. pp. 51, qualificam a este respeito o Tratado de Lisboa, como perfilhando uma “evolução na continuidade”, já que, vai em sentido contrário ao TECE que segundo os autores, “(...) alterando a diferença específica na forma, acabava por apontar enganosamente para uma alteração, também na substância do princípio do primado (...).”

⁴⁵⁷ O. Pollicino/V. Sciarabba, *La Carta di Niza Oggi, tra Sdoganamento Giurisprudenziale e Trattato di Lisbona*, in, *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2008, 1, pp. 101-124.

⁴⁵⁸ Assim é afirmado por Lúcia Millán Moro, *El Ordenamiento Jurídico Comunitario: Del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa*, in, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 36, año 14, Mayo/Agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 405.

⁴⁵⁹ Cfr. sobre esta questão em aberto, Ana M. G. Martins, *A Natureza Jurídica...*, ob. cit., pp. 500 e segs., Francisco Paes Marques, *O Primado do Direito...*, pp. 209.

uma lógica hierárquica, parece estar inspirada numa “*ideia dinâmica do contralimite identitário*”⁴⁶⁰, segundo a qual, em caso de contraste entre os sistemas de proteção dos direitos fundamentais, prevalece a norma que garanta melhor os direitos individuais.⁴⁶¹

Concluimos, citando E. Neframi: “(...) *la non-inscription du principe de primauté dans le traité de Lisbonne n’affecte pas son existence, car le principe découle, comme les Etats membres le constatent dans leur déclaration, de la nature particulière de l’Union. Or, cette particularité s’exprime dans l’article 4 TUE selon le traité de Lisbonne, qui consacre le respect de l’identité nationale et le principe d’effectivité, lequel comprend la primauté normative, tout en ouvrant la voie vers la primauté structurelle. Si la primauté normative ne suffit pas pour résoudre le conflit constitutionnel, en raison de la pluralité des ordres juridiques, le principe d’effectivité conduit à une primauté structurelle relative, dans le sens de l’encadrement du juge national lors de l’exécution du droit de l’Union encadrement qui n’anéantit pas son autonomie. Ainsi, le juge national est incité à adapter les normes procédurales nationales aux exigences de l’effectivité du droit de l’Union. Cette coopération entre les juges favorise l’acceptation de la primauté normative par le juge national. Il paraît ainsi intéressant de ne pas inscrire dans les traités la seule primauté normative, mais de laisser la possibilité au principe d’effectivité, déjà inscrit car découlant du devoir de loyauté, d’apaiser les conflits des normes à travers l’encadrement procédural du juge national. Le principe d’effectivité, régulateur du rapport des ordres, pourrait ainsi mieux servir la résolution du conflit des normes.*”⁴⁶²

VII. Consequências da violação do princípio do primado:

A responsabilidade dos poderes públicos pelos danos resultantes da sua actuação na esfera dos particulares constitui, actualmente, uma exigência fundamental do Estado de Direito e, por maioria de razão, de toda a União

⁴⁶⁰ Fausto Vecchio, na sua dissertação de doutoramento já cit., pp. 127.

⁴⁶¹ A. Cellotto, *La Primauté nel Trattato di Lisbona*, in, www.giustamm.it

⁴⁶² Cfr. Eleftheria Neframi, *À Propos du Principe de Primauté*, in, *Le Traité de Lisbonne, Reconfiguration ou Déconstitutionnalisation de L’Union Européenne?*, E. Bosset/ C. Chevalier-Govers/V. Edjaharian/ C. Schneider (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 221

que se quer de Direito como a União Europeia. A responsabilidade civil do Estado por violação do Direito da União inscreve-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça, da qual resulta um avigoramento dos poderes dos Juizes nacionais perante as autoridades do Estado encarregues de assegurar, no exercício das respectivas competências, a aplicação do direito da União Europeia.

Em especial, ocorre um robustecimento dos poderes do Juiz nacional perante o legislador nacional, não só porque pode decidir a sua responsabilidade perante os particulares lesados por alguma ação ou omissão que lhe seja imputável e que se afigure desconforme com o Direito da União, mas também porque, ao fazê-lo, fá-lo (ou deve fazê-lo) por autoridade própria, baseado numa competência fundada directamente no Direito da União, e fá-lo (ou deve fazê-lo) em aplicação de um direito processual nacional revisto à luz do Direito da União, afastando a sua aplicação se preciso for, caso exista desconformidade com os padrões de efectividade fixados pelo Direito da União Europeia.⁴⁶³

Para Miguel Poiares Maduro esta área é um *“bom exemplo de uma área onde o Direito Comunitário pode exigir dos Tribunais nacionais que imponham ao legislador nacional a obrigação que altera o equilíbrio de poderes estabelecido na ordem constitucional desse Estado.”*⁴⁶⁴ o Juiz nacional vai paulatinamente dispor de novas competências, fundadas directamente na ordem jurídica da União, competências que lhe conferem um papel mais determinante na construção do Direito e que lhe permitem ir para além do Direito interno. E este limite só é ultrapassado legitimamente para melhor garantir o respeito pelo Direito da União. O próprio legislador nacional deixa de lado o monopólio da criação do Direito nacional passando a ser um aplicador do Direito da União.

Não é demais reforçar a ideia de que os tribunais nacionais desempenham um papel muito importante na aplicação do Direito da União.

⁴⁶³ Seguimos Sophie Perez Fernandes, *A Responsabilidade Civil do Estado-Legislador por Violação do Direito da União Europeia*, Principia, 2013, pp. 70.

⁴⁶⁴ Cfr. *O discurso jurídico português sobre o constitucionalismo europeu e o estado da arte*, in, *Estudos de Direito Europeu*, Congressos da FIDE – Relatórios Portugueses – 1990-2008, Associação Portuguesa de Direito Europeu (coord.), Principia, Cascais, 2009, pp. 541.

O princípio da responsabilidade civil do Estado por violação do Direito da União increve-se na vasta jurisprudência do Tribunal de Justiça preocupada em garantir, por meio da eliminação de todas as consequências negativas decorrentes da violação do Direito da União imputável a um Estado-membro, a aplicação homogênea deste Direito, assegurando sobretudo a proteção efectiva dos direitos aos particulares pela ordem jurídica da União.

Por força do princípio da aplicação descentralizada do Direito da União pelos Estados-membros, os Tribunais nacionais ⁴⁶⁵ são Tribunais comuns do contencioso da União, ou se quisermos, os “*tribunais comunitários de Direito comum*.” ⁴⁶⁶ A jurisdição do Juiz nacional naquela aplicação é geral, por oposição à do Tribunal de Justiça da União que tem uma competência por atribuição (artigo 8.º/2 do TUE).

Assim, o Juiz nacional “(…) *assegura na ordem interna, a plena efetividade do Direito da União, integrando portanto, o Direito da União dentro do bloco de legalidade que enforma o conjunto global da ordem jurídica nacional, e que lhe cabe a ele, juiz nacional, respeitar e aplicar*” ⁴⁶⁷ mesmo contra o Direito interno. Isto implica, obviamente respeito pelas características próprias do sistema jurídico da União, a começar pela uniformidade e pelo seu primado sobre os Direitos estaduais.

Existe na ordem doméstica dos Estados, segundo *Fausto de Quadros* “(…) *um direito fundamental, reconhecido pelo Direito da União aos sujeitos de Direito interno, à garantia judicial efetiva, segundo a qual, eles têm direito à aplicação plena e eficaz do Direito da União pelos respectivos Tribunais nacionais.*”

⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ Cfr. a interessante obra de Pierre Pescatore, *La Interpretación del Derecho Comunitario por el Juez Nacional*, RIE, Vol. 23, n.º 1, 1996, pp. 07-32.

⁴⁶⁶ Conforme defendeu a doutrina: Cfr. a dissertação de Ami Barav, *La Fonction Communautaire du Juge National*, Estrasburgo, 1983; Denys Simon, *Les Fondaments de L'autonomie du Droit Communautaire*, Colóquio Bordéus: Droit International et Droit Communautaire, perspectives actuelles, Paris, 2000, SFPDI, pp. 242; Fausto de Quadros, ob. supra cit., *A nova Dimensão do Direito Administrativo...*, pp. 42 e 43 e F. Quadros/A. Martins, *Contencioso...*, ob. cit., pp. 2-23. Posteriormente a esta posição haveria de aderir os Tribunais da União. A título de exemplo veja-se o Acórdão *Tetra Pak*, de 10/07/1990, do Tribunal de Primeira Instância, Proc. n.º T-51/89, Col., pp. II-309 e segs.

⁴⁶⁷ Cfr. Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia...*, pp. 689.

⁴⁶⁸ Cfr. Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia...*, pp. 689, acrescentando a isto a ideia de que a recusa dessa garantia judicial efetiva é sindicável pelos tribunais Constitucionais nacionais, também na medida em

Chegados a este ponto, nada será mais importante do que questionar-nos sobre as consequências da violação do princípio do primado. Este, de nada valeria se não fosse acompanhado de um controlo institucional e jurisdicional efetivo.⁴⁶⁹

O princípio da responsabilidade dos Estados-membros por violação do Direito da União,⁴⁷⁰ resultante, inclusivamente de atos legislativos ou da sua omissão, e de atos de poder judicial, não nasceu com a letra dos Tratados institutivos das Comunidades, antes, tem a sua origem na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que consubstancia “*um bom exemplo da gradual e progressiva construção do Direito Comunitário por via jurisprudencial*,”

que a garantia da aplicação do Direito da União na ordem interna, se inclui na tutela jurisdicional efetiva que a generalidade dos sistemas constitucionais fornece aos seus cidadãos como Direito Fundamental. Neste sentido, *vide* a já referida obra de Inês Quadros, *A Função Subjetiva...*, 129 e segs. e Takis Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford EC Law Library, 1999, pp. 290 e segs.

⁴⁶⁹ Fausto de Quadros, na sua obra já por nós cit., *Direito da União...*, pp. 698-707, distingue o controlo da aplicação levada a cabo ao nível da União do controlo da aplicação realizada pelos Estados-membros. No primeiro deles, distingue ainda, um controlo efetuado pela própria União e um controlo pelos Estados-membros. O controlo efetuado pela União é um triplo controlo: político, nos termos dos artigos 14.º/1, 2.ª frase do TUE, artigo 24.º/§ 2.º e 4.º do TFUE, 11.º/1 e 4.º do TUE, controlo misto (porque abarca uma natureza simultaneamente jurídica e política) nos termos do artigo 24.º/§ 3 e 228.º do TFUE, e ainda, o puramente jurídico, que se exerce, antes de mais, por meio das garantias contenciosas que os Tratados preveem no âmbito do contencioso da União Europeia, nos termos dos artigos 263.º- 267.º e 277.º do TFUE. O controlo exercido pelos Estados-membros é essencialmente jurídico, como confirma o artigo 291.º/3 do TFUE, mas eles têm a possibilidade de exercer um controlo político, através dos seus parlamentos nacionais (vide a respeito os Protocolos n.º 1 e 2 anexos ao Tratado de Lisboa). Por outro lado, centrando-se no controlo da aplicação realizada pelos Estados-membros, o ilustre Professor destrinça o que é realizado pela União e que tem lugar por cinco meios distintos (fiscalização da Comissão, através do artigo 7.º TUE, o poder sancionatório concedido aos órgãos da União, o processo de incumprimento plasmado nos artigos 258.º- 261.º do TFUE e o mecanismo das questões prejudiciais, constante no artigo 267.º/b do TFUE) do que é realizado pelos Estados-membros (este controlo nacional resume-se à fiscalização política pelos já mencionados Parlamentos nacionais, à fiscalização da inconstitucionalidade atípica das normas e dos atos do Direito interno, desconformes com o Direito da União, e ao contencioso administrativo quando se não colocar o problema anterior de inconstitucionalidade, ou enquanto, não se puder efetivar diretamente a fiscalização daquela mesma inconstitucionalidade, ainda, adiciona o efeito direto das normas e atos da União e para finalizar, a efetivação da responsabilidade civil extracontratual do Estado por incumprimento do Direito da União).

⁴⁷⁰ Nesta matéria realça-se a importância da seguinte doutrina, no seu estudo: Fausto de Quadros, *Introdução, in, Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, 2.ª Ed., Coimbra, 2004, pp. 31-36, Fausto de Quadros (coord.); ainda deste autor, *vide, Incumprimento (em Direito Comunitário)*, in, Dicionário Jurídico da Administração Pública, Vol. V, Lisboa, 1993, pp. 204-212 e *A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – problemas gerais – in*, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça (Ed.), *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, trabalhos preparatórios da Reforma*, Lisboa, 2001, pp. 53 e segs; F.Quadros/A.Martins, *Contencioso...*, ob. cit., pp. 280 e 281; Ana M. Martins, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 433 e 452-453; Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro, *Da responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário*, Almedina, Coimbra, 1996; Maria José Rangel de Mesquita, *Âmbito e pressupostos da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional*, Revista do CEJ, 2009, pp. 265 e segs., entre outros autores que não teremos oportunidade de estudar neste âmbito.

numa área importante do Direito Público, inclusive (mas não só) do Direito Administrativo.”⁴⁷¹

Esta responsabilidade é julgada pelos Tribunais nacionais do Estado incumpridor mas em conformidade com critérios de Direito da União. Com efeito, a responsabilização dos Estados-membros não está expressamente prevista no Direito originário da União, mas o Tribunal de Justiça considerou que a sua responsabilização é inerente ao sistema do Tratado,⁴⁷² e que o direito à reparação “*tem diretamente o seu fundamento no Direito Comunitário.*”⁴⁷³ Desde 1976, precisamente com o Acórdão *Russo/AIMA*,⁴⁷⁴ que o Tribunal de Justiça se começou a interessar pela matéria da responsabilidade do Estado por violação do Direito da União. Aqui, a propósito de possível prejuízo causado a um produtor individual, devido à intervenção de um Estado-membro, em violação do Direito da União, afirma categoricamente que “*(...) compete ao Estado assumir as consequências, em relação à pessoa lesada, no quadro das disposições do Direito nacional relativas à responsabilidade do Estado.*”⁴⁷⁵ Já em 1982, o caso *Waterkeyn*⁴⁷⁶ traria um importante esclarecimento nesta matéria. Os direitos dos particulares, na visão do Tribunal de Justiça, provêm directamente das disposições comunitárias sem que, para a protecção dos seus direitos, haja prévia necessidade de verificação do incumprimento.

Antes de tudo, os Estados-membros têm como dever executar o Direito da União Europeia, adoptando as medidas necessárias e eliminando as consequências jurídicas da sua violação. Entendeu o Tribunal de Justiça que a responsabilização dos Estados pelos danos inflingidos a particulares por

⁴⁷¹ Cfr. Fausto de Quadros, *Responsabilidade dos poderes públicos no direito comunitário: responsabilidade extracontratual da comunidade europeia e responsabilidade dos Estados por incumprimento de Direito Comunitário*, s/l.: s.n., s.d., Sep. de: 3.º Colóquio hispano-luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18, Octubre, 1997, pp. 137.

⁴⁷² Acórdão *Francovich* de 19 de Novembro de 1991, Proc. n.º C-6-9/90, e C-9/90, Rec. 1991, pp. I-5414, n.º 35.

⁴⁷³ *Idem*, pp. I-5414, n.º 41.

⁴⁷⁴ Caso de 22 de Janeiro de 1976, Proc. 60/70, Rec. 1976, pp. 45 e ss. Disponível em www.curia.eu

⁴⁷⁵ *Idem*..., alínea c), pp. 57 com tradução nossa.

⁴⁷⁶ Acórdão de 14/12/1982, Proc. 314/81 a 316/81 e 83/82, Rec.

violação de Direito da União é um corolário da plena execução e eficácia das normas comunitárias.

Do princípio do primado pode e deve retirar-se a regra da supressão ou a reparação das consequências de um ato nacional contrário ao Direito da União. De acordo com ela, as autoridades nacionais devem “apagar” as consequências financeiras eventuais de todo o ato nacional declarado contrário ao direito da União, isto é, devem proceder à repetição do indevido.⁴⁷⁷ As autoridades nacionais por obrigação reembolsar todas as somas percebidas em aplicação de um texto reconhecido como não conforme ao Direito da União. Assim dispõe os Acórdão do Tribunal de Justiça, *Rewe Zentrale*,⁴⁷⁸ e *Comet*,⁴⁷⁹ já *supra* citados.

Maria José Rangel de Mesquita menciona que “(...) a era pré-Francovich caracterizava-se essencialmente pela existência de uma relação directa entre o acórdão por incumprimento e a ação de responsabilidade nos tribunais nacionais – na medida em que aquele, independentemente da função do Estado que esteja na origem do incumprimento, pode servir de base para a ação de responsabilidade – e pelo imperativo de reparação das consequências do incumprimento, estabelecidos, em especial, nos casos *Humblot*, *Comissão c. Bélgica*, *Comissão c. Itália*, *Russo e Foster*, e outros que a reiteraram.”⁴⁸⁰

*Francovich*⁴⁸¹ representa um “ponto de não retorno”⁴⁸², para a evolução da temática da responsabilidade do Estado (e não só do legislador)⁴⁸³, mas

⁴⁷⁷ Cfr. Ana Maria Guerra Martins, *Manual de Direito...*, pp. 500.

⁴⁷⁸ Acórdão de 16 de Dezembro de 1976, Proc. n.º 33/76, Rec. 1976, pp. 1989.

⁴⁷⁹ Acórdão de 16 de Dezembro de 1976, Proc. n.º 45/76, Rec. 1976, pp. 2043.

⁴⁸⁰ Cfr. a obra da autora, *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, Lições, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 159.

⁴⁸¹ Acórdão de 19 de Novembro de 1991, Proc. n.º C-6-9/90, e C-9/90, Rec. 1991, pp. I-5357 e segs. Aqui o Tribunal determinou que mesmo quando as normas de diretivas não são susceptíveis de produzir diretamente os seus efeitos sem um ato nacional de transposição (efeito direto vertical), caso se verifique que o resultado estabelecido pela diretiva inclui a atribuição de direitos aos particulares, que o conteúdo desses direitos pode ser identificado com base nas disposições da diretiva e que existe nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas visadas. o Estado deve ser responsabilizado civilmente pelos danos daí emergentes.

⁴⁸² Esta ideia é firmada por Diogo Freitas do Amaral/Rui Medeiros, *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão de Medidas Legislativas – o caso Aquaparque*, in, Revista de Direito e Estudos Sociais, Agosto-Dezembro, 2000. Ano XLI (XIV da 2.ª série) n.ºs 3 e 4, pp. 333.

também um passo em frente para o progresso evolutivo do Direito da União e da sua relação amistosa com os Direitos nacionais. No epicentro deste avanço, destaca-se evidentemente, o protagonismo do Juiz nacional, na qualidade de *Juiz funcionalmente europeu*.⁴⁸⁴

Este Acórdão é uma referência na matéria, já que promove a alteração dos “(...) quadros clássicos da responsabilização do Estado por incumprimento ou violação do Direito Comunitário.”⁴⁸⁵ Em *Francovich* pode ler-se: “a plena eficácia das normas comunitárias seria posta em causa e a proteção dos direitos que elas reconhecem seria enfraquecida se os particulares não tiveram a possibilidade de obter a reparação quando os seus direitos são lesados por uma violação do direito comunitário imputável a um Estado-membro. O direito à indemnização encontra diretamente o seu fundamento no direito comunitário.”

Indo mais longe, o Tribunal de Justiça especificou quais os requisitos de que dependia a efetivação da mesma. São eles: o resultado prescrito pela diretiva comportar a atribuição de direitos aos particulares, o conteúdo destes direitos poder ser identificado com base nas disposições da diretiva e a existência de umnexo de causalidade entre a violação (manifesta) da obrigação que incumbe ao Estado e o dano sofrido pelas pessoas lesadas.⁴⁸⁶

⁴⁸⁷ O Tribunal responde afirmativamente à questão se saber se um particular podia exigir perante os Tribunais nacionais de cada Estado-membro, uma indemnização por danos causados por violação do Direito Comunitário, sem

⁴⁸³ Vide entre nós a evolução da jurisprudência dos anos 50 aos anos 80, na obra coordenada por Fausto de Quadros, *Responsabilidade Civil extracontratual da Administração Pública*, Quadro Décadas de Jurisprudência sobre a Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública: Dos anos 50 aos anos 80, por Maria José Rangel de Mesquita, José Luís Moreira da Silva, Luís Barbosa Rodrigues e António Dias Garcia, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 277-339.

⁴⁸⁴ Sophie Perez Fernandes, *A Responsabilidade Civil...*, pp. 171.

⁴⁸⁵ A expressão é de Fausto de Quadros, *A Europeização do Contencioso Administrativo*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento, Edição FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 392.

⁴⁸⁶ *Francovich*, pp. 5414. N.º 30-40.

⁴⁸⁷ Apesar de o Acórdão incidir especificamente sobre a responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário pelo Estado-legislador, não deixam aqui de lançar-se as bases para vários outros Acórdãos que, no fundo, se limitaram a retirar corolários dos princípios e requisitos aqui estabelecidos, aplicando-os a outros casos de responsabilidade do Estado-legislador, mas também do Estado-juiz e do Estado-administrador.

existir de ante mão uma declaração de incumprimento pelo Tribunal de Justiça, no domínio de uma ação por incumprimento.⁴⁸⁸

Esta jurisprudência deixa também fixados os princípios da equivalência da proteção jurisdicional e da efetividade mínima,⁴⁸⁹ ao determinar que as condições de atribuição da indemnização por violação do Direito da União, não podem ser menos favoráveis que as de atribuição de indemnização fundada em violação de Direito interno, e que as regras processuais ou de efetivação da mesma não podem tornar a obtenção da reparação excessivamente difícil ou praticamente impossível.⁴⁹⁰

Neste caso o Tribunal de Justiça fixa inequivocamente as bases do regime de responsabilidade do Estado pela violação do Direito da União⁴⁹¹, por isso alguns consideram que se deu “o passo de gigante”⁴⁹², há muito aguardado, e que viria a ser confirmado e polido em *Brasserie du Pêcheur e Factortame*.^{493 494} O Tribunal de Justiça esclareceu que, estando em causa uma violação imputável ao legislador nacional atuando num domínio onde este dispõe de um amplo poder de apreciação para efectuar escolhas normativas, os particulares lesados têm direito à reparação desde que, a regra

⁴⁸⁸ Outras pertinentes conclusões foram adoptadas, e têm sido objeto de debate doutrinário. Vide Fausto de Quadros, na ob. cit., *Responsabilidade dos poderes públicos no direito comunitário...*, pp. 148.

⁴⁸⁹ D. Simon, *Le Système...*, ob. cit, pp. 426.

⁴⁹⁰ Cfr. Maria José Rangel de Mesquita, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 37.

⁴⁹¹ Acerca da influência indelével que o Tribunal de Justiça exerceu nesta matéria, Cfr. Guilherme de Fonseca/Miguel Bettencourt da Câmara, *A Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1.ª Edição, 2013, pp. 39-42.

⁴⁹² Cfr. Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual dos Estados-Membros pela violação do Direito Comunitário. Delimitação e Aperfeiçoamento Progressivo*, in, *Temas da Integração*, Vol. 5, n.º 9, 2000, pp. 70. Ainda para analisar na íntegra, uma outra obra da autora, *Da Responsabilidade do Estado por Violação do Direito Comunitário*, Almedina, Coimbra, 1996.

⁴⁹³ Caso de 5/05/96, Proc. 48/93, nos processos apensos C-46/93 e C-48/93. Disponível em www.curia.eu.

⁴⁹⁴ Neste caso o Tribunal aduz inequivocamente quais as razões que legitimam a sua intervenção nesta matéria tão sensível, como é a da responsabilidade do Estado perante os particulares: 1.º - na ausência de disposições comunitárias expressas, o problema da discussão é assumido como uma questão de interpretação do Tratado da Comunidade Europeia (ex-artigo 164.º TCE - Cfr. *Brasserie du Pêcheur*, cit., n.º 25 e 26); 2.º - um dos métodos de interpretação geralmente aceite é o do recurso aos princípios gerais comuns aos Estados-membros (ex-artigo 215.º TCE, Cfr. *Brasserie du Pêcheur*, cit., n.º 27 a 29); 3.º - em diversas ordens jurídicas internas, o regime jurídico da responsabilidade do Estado foi predominantemente estabelecido por via jurisprudencial (é o caso da Irlanda e França. Cfr. *Brasserie du Pêcheur*, cit., § 30).

de Direito da União tenha por objecto conferir-lhes direitos, que a violação seja suficientemente caracterizada e que exista um nexo de causalidade direto entre essa violação e o prejuízo sofrido pelos particulares.

A responsabilidade em apreço foi construída a partir dos princípios gerais comuns aos Direitos dos Estados-membros. Neste enquadramento, o Tribunal de Justiça afirma mesmo que “(...) *as condições de efectivação da responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares em virtude da violação do direito comunitário não devem, caso não existam razões específicas, diferir das que regulam a responsabilidade da Comunidade em circunstâncias equiparáveis. Com efeito, a proteção dos direitos que os particulares retiram do direito comunitário não pode variar e função da natureza nacional ou comunitária da autoridade que está na origem do prejuízo.*”⁴⁹⁵

Se *Francovich* respeitou à responsabilidade de um Estado-membro por incumprimento decorrente de uma omissão do poder legislativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça teve igualmente oportunidade de apreciar a questão da responsabilidade dos Estados-membros por incumprimento imputável às demais funções do Estado.⁴⁹⁶ Com efeito, o Tribunal em causa afirma com clareza que a responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares se subjaz a qualquer hipótese de violação do Direito Comunitário cometida por um Estado-membro, independentemente do órgão deste último, cuja ação ou omissão tenha originado o incumprimento.⁴⁹⁷ Apesar de *Francovich* discorrer sobre a responsabilidade do Estado por violação de Direito Comunitário pelo Estado-Legislador, foi através dele, que se lançaram os alicerces para outros Acórdãos posteriores que, no essencial, retirariam dele, importantes corolários dos princípios e quesitos aí estabelecidos, aplicando-os a outros casos de responsabilidade do

⁴⁹⁵ Cfr. *Brasserie du Pêcheur*, caso já cit., § 42.

⁴⁹⁶ Cfr. o mais à frente cit. Acórdão *Hedley Lomas*, quanto ao poder executivo.

⁴⁹⁷ Cfr. *Brasserie du Pêcheur*, cit., n.º 32. Idêntico princípio é afirmado em sede de processo por incumprimento estadual no caso *Comissão c. Bélgica*, Proc. n.º 77/69, Rec., pp. 237, n.º 15 e Col. 1969-1970, pp. 335.

Estado-Legislador, mas também do Estado-Juiz ⁴⁹⁸ e do Estado-Administrador. ⁴⁹⁹

“É que, tendo os Estados o dever de aplicar o Direito da União como sua fonte interna e com as suas próprias características (por exemplo, o primado, a aplicabilidade direta e o efeito direto) todos os poderes do Estado vão participar nessa aplicação: concretamente, o poder legislativo, o poder administrativo e o poder judicial. “ ⁵⁰⁰ Estamos perante um dever comunitário da parte dos Estados e dos seus poderes de aplicar o Direito da União, isto é, um dever que se fundamenta no Direito da União, e perante uma execução comunitária do Direito da União pelos Estados-membros – o que expressa um desdobramento funcional dos poderes estaduais enquanto atuam simultaneamente, mas com características separadas e distintas, como executores do Direito interno, por um lado, e do Direito Comunitário, por outro. ⁵⁰¹

A era Francovich e pós-Francovich “(...) caracteriza-se basicamente pelo desenho, pela afirmação e pelo desenvolvimento progressivo do princípio da responsabilidade dos Estados por incumprimento enquanto princípio comunitário conformador do Direito nacional, material e processual da responsabilidade pública.” ⁵⁰² Seguir-se-iam muitos outros ⁵⁰³ ⁵⁰⁴ que solidificam aquela

⁴⁹⁸ Fausto de Quadros, na ob. cit., *A Europeização do Contencioso...*, dedica um item à clarificação da substância da responsabilidade extracontratual do Estado por ato do poder judicial, pp. 392-396. Afirma que, do Direito Constitucional, a europeização passou para todos os poderes do Estado. Refere ainda o fenómeno da europeização das Constituições estaduais ou mesmo da europeização dos Direitos Constitucionais nacionais, como consequência do envolvimento no processo de integração europeia, gerador de muitas inovações trazidas pelo Tratado da União Europeia nas versões de Maastricht, Amesterdão, Nice e recentemente Lisboa. O mesmo Professor cita o estudo de Peter Haberle, *Derecho Constitucional Común Europeo*, Separata da Revista de Estudos Políticos, n.º 79, Madrid, Janeiro-Março/1993, pela sua atualidade. Louvando igualmente o contributo de Haberle, vide, Francisco Balaguer Callejón, *La Contribución de Peter Haberle a la Construcción del Derecho Constitucional Europeo*, ReDCE, Ano 7, 13, Enero/Junio/2010, pp. 189-208, para consulta em <http://www.ugr.es/~redce/REDCE13pdf/07FBalaguer.pdf>

⁴⁹⁹ Para uma maior compreensão da distinção entre estes diversos domínios da responsabilidade estadual, vide, Heloísa Oliveira, *Jurisprudência Comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – influência, omissão e desconformidade*, Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Edição FDUL, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 622-636.

⁵⁰⁰ Cfr. as palavras de Fausto de Quadros, na ob. cit., *A Europeização do Contencioso...*, pp. 390.

⁵⁰¹ Idem..., pp. 390, assim como as notas n.º 6 e 7.

⁵⁰² Cfr. de novo Maria José R. de Mesquita, *Introdução ao Contencioso da União Europeia...*, pp. 159-160.

responsabilidade. Para além do já citado, *Brasserie du Pêcheur*,⁵⁰⁵ podem apontar-se, os Acórdãos, *El Corte Inglés*,⁵⁰⁶ *British Telecommunications*,⁵⁰⁷ *Hedley Lomas*,⁵⁰⁸ *Comateb*,⁵⁰⁹ *Eunice Sutton*,⁵¹⁰ *Bonifaci*,⁵¹¹ ou *Palmisani*,⁵¹²

⁵⁰³ Fazendo uma súmula à jurisprudência posterior do Tribunal de Justiça, vide, Carla Amado Gomes, *O Livro das Ilusões: A Responsabilidade do Estado por Violação do Direito Comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*, in, Revista do Centro de Estudos Judiciários, 1.º Semestre, 2009 – n.º 11, pp. 296 e segs.

⁵⁰⁴ Da análise generalista desta jurisprudência posterior, vislumbramos que o T.J considerou que nos casos em que os Estados-membros disponham de uma certa margem de apreciação, a sua responsabilidade deve ser apreciada em diferentes condições das que regem a responsabilidade dos órgãos comunitários, pelo que existirá um direito à reparação dos danos resultantes do incumprimento estadual quando estejam preenchidas três condições: a regra de Direito Comunitário violada seja suficientemente caracterizada, exista um nexo de causalidade direto entre tal violação (manifesta) e o prejuízo sofrido pelos particulares. Para o T.J uma violação é suficientemente caracterizada quando um Estado-membro tenha violado de forma manifesta e grave, no exercício da sua competência normativa, os limites impostos ao exercício da sua competência. Vide *Brasserie du Pêcheur*, *Factortame* Cfr. n.º 55, *British Telecommunications*, Cfr. n.º 42. Em *Hedley Lomas* afirma-se mesmo que a simples infração ao Direito Comunitário pode ser suficiente para provar a existência de uma violação grave e manifesta quando inexistirem escolhas normativas ou inexistir/existir uma margem de discricionariedade reduzida, Cfr. n.º 28.

⁵⁰⁵ Acórdão de 05 de Março de 1996, Proc. n.º C-46/93 e C-48/93, Col. 1996, pp. I-1029 e segs. Neste caso o T.J decidiu, de forma inequívoca, que a possibilidade que os particulares têm de invocar normas diretamente aplicáveis, perante os órgãos jurisdicionais nacionais, só constitui uma garantia mínima e não chega para assegurar por si só a aplicação plena e completa do então Direito da União, ao abrigo do princípio da eficácia plena das normas comunitárias. Ou seja, a possibilidade de invocar o efeito direto de determinadas normas nem sempre será suficiente para proteger os direitos atribuídos pelo Direito Comunitário aos particulares. Com este argumento o T.J desenvolve a sua argumentação no sentido de a responsabilização dos Estados ser uma consequência necessária da efetiva proteção dos direitos dos particulares no ordenamento jurídico da União. O Tribunal estabelece que o critério da violação grave e manifesta (ou violação suficientemente caracterizada pelo Direito Comunitário) por um Estado-membro, no exercício da função legislativa dependerá do poder de apreciação de que o mesmo dispõe. O grau de clareza e precisão da regra violada e o âmbito da margem de apreciação que a regra violada deixa ao legislador serão elementos fundamentais para determinar a existência de violação do atual Direito da União. Quanto maior for a margem de apreciação deixada pelo legislador comunitário ao legislador nacional, menor a probabilidade de a atuação deste ser ilícita e violar o Direito Comunitário. Com esta argumentação o Tribunal constrói uma argumentação que vai no sentido da responsabilização dos Estados ser consequência necessária da efetiva proteção dos direitos dos particulares, no ordenamento jurídico da União.

⁵⁰⁶ Acórdão de 07 de Março de 1996, Proc. n.º C-192/94, Col., pp. I-1281 e segs.

⁵⁰⁷ Acórdão de 26 de Março de 1996, Proc. n.º C-392/93, Col. 1996, pp. I-1631 e segs.

⁵⁰⁸ Acórdão de 23 de Maio de 1996, Proc. n.º C-5/94, Col. 1996, pp. I-2553 e segs. Neste Caso, o T.J decidiu que as considerações tecidas em *Franovich* e *Brasserie du Pêcheur*, eram plenamente aplicáveis à responsabilidade por violação do Direito Comunitário pela função administrativa.

⁵⁰⁹ Acórdão de 14 de Janeiro de 1997, Proc. n.º C-192 a 218/95, pp. I165 e segs.

⁵¹⁰ Acórdão de 22 de Abril de 1997, Proc. n.º C-66/95, Col. 1997, I-2163 e segs.

⁵¹¹ Acórdão de 10 de Julho de 1997, Proc. n.º 94/95 e C-95/95, Col. 1997, pp. I-3969 e segs.

⁵¹² Acórdão de 10 de Julho de 1997, Proc. n.º C-261/95, Col. 1997, pp. I-4025 e segs. Aqui o Tribunal de Justiça admite que o Direito Comunitário não se opõe a que um Estado-membro imponha, para a propositura de qualquer ação destinada à reparação do prejuízo sofrido em razão da transposição tardia de uma diretiva, um prazo de preclusão de um ano, contado a partir da transposição para a sua ordem interna, na condição de

ou mais recentemente, *Andersson*⁵¹³ e *Charalampos Dounias*⁵¹⁴, entre outros que não poderemos analisar nesta sede.

Hedley Lomas foi a primeira decisão do Tribunal de Justiça da União relativa à responsabilidade de um Estado-membro por violação do Direito Comunitário pela Administração. O Estado-administrador é tratado pelo Direito da União como uma unidade, isto é, independentemente das regras internas de distribuição de competências ou de exercício das suas diversas funções. Assim, estando todas as funções do Estado submetidas ao então Direito Comunitário, por força do princípio do primado, será devida a reparação dos danos causados na sequência da sua violação pelo Estado-membro, no exercício de qualquer das suas funções.⁵¹⁵

Os meios processuais destinados a assegurar a salvaguarda dos direitos de que os particulares gozam em virtude do Direito da União, não devem ser menos favoráveis do que os que dizem respeito a processos similares de natureza interna, nem devem ser conduzidos de maneira a tornar impossível o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União. Este conceito fica claro o Acórdão *San Giorgio*.⁵¹⁶ Além disso, os Estados-membros devem controlar ou se quisermos supervisionar a aplicação das regras da União e sancionar o seu desrespeito com “*sanções efetivas, dissuasivas e proporcionais comparáveis às que se aplicam às violações do Direito nacional de natureza e de importância equivalente.*”⁵¹⁷ Aqui as referências são os casos *Amsterdam Bulb*,⁵¹⁸ *Deutsche Milchkontor*,⁵¹⁹ *Comissão c. Grécia*,⁵²⁰ e o caso *Hansen*.⁵²¹ Tal dever decorre, do já mencionado artigo 4.º/3 do TUE.

esta modalidade processual não ser menos favorável do que as relativas a ações similares de natureza interna. Cfr. ponto n.º 40 do mesmo Caso.

⁵¹³ De 15/06/1999, Proc. C-321/97, Col., pp. I-3551.

⁵¹⁴ De 03702/2000, Proc. C-228/98, Col. pp. I-623 a I-627.

⁵¹⁵ Cfr. Heloísa Oliveira, *Jurisprudência Comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade ...*, pp. 622 e 623.

⁵¹⁶ Acórdão 09 de Novembro de 1983, Proc. n.º 199/82, Rec. 1983, pp. 3595.

⁵¹⁷ Cfr. Ana Maria Guerra Martins, *Manual de Direito...*, pp. 500 e 501.

⁵¹⁸ Acórdão de 02 de Fevereiro de 1977, Proc. n.º 50/76, Rec. 1977, pp. 137.

⁵¹⁹ Acórdão de 21 de Setembro de 1983, Proc. n.º 205 a 215/82, Rec. 1983, pp. 2664.

⁵²⁰ Acórdão de 21 de Setembro de 1989, Proc. n.º 68/88, Rec. 1989, pp. 2695.

⁵²¹ Acórdão de 10 de Julho de 1990, Proc. n.º 326/88, Rec. 1990, pp. 2911.

O caso *Kobler*⁵²² defronta-se com o dilema de saber se a anterior jurisprudência do Tribunal de Justiça, por nós referida - que lança as bases do regime comunitário aplicável, neste domínio, em especial quanto ao Estado-Legislador - também seria aplicável, com as devidas adaptações, aos atos praticados pelos órgãos nacionais incumpridores do recente Direito da União. O Tribunal pondera os diversos interesses envolvidos e em confronto, designadamente a exigência da certeza do Direito e a autoridade do caso julgado, assim como o princípio da independência do poder judicial e a respectiva autoridade no quadro da ordem jurídico-constitucional interna. Condescende que a responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário (não colocação de uma questão prejudicial de interpretação⁵²³), por uma decisão judicial apenas subsistirá “(...) no caso excepcional de o Juiz ter violado de modo manifesto o Direito aplicável.”⁵²⁴

A violação da obrigação de suscitar uma questão prejudicial será relevante para determinar a responsabilidade do Estado, apenas no caso de erro interpretativo do Tribunal nacional, decorrente do facto de não ter colocado a dita questão prejudicial ter revestido carácter grave e manifesto.⁵²⁵

Mais recentemente, no Acórdão *Traghetti del Mediterraneo*⁵²⁶ o Tribunal de Justiça da União, partindo da doutrina trilhada em *Kobler*⁵²⁷, inova no que

⁵²² Acórdão de 30 de Novembro de 2003, Proc. n.º C-224/01, Col., pp. I-10239 e segs. Neste caso a violação centra-se na não colocação de uma questão prejudicial, sendo a mesma obrigatória. Numa questão prejudicial em que estava em causa o Supremo Tribunal Administrativo Federal da Áustria, o T.J decidiu que um Estado-membro é responsável pelos danos causados a um particular por violação do Direito da União imputável a um Tribunal nacional que julge em última instância, desde que essa violação, para além de reunir os requisitos definidos em *Franovich*, tenha carácter manifesto (ponto n.º 55), vide em especial os pontos 59, 100, 104 e segs e 120 e segs.

⁵²³ Este incumprimento não gera por si só a responsabilidade do Estado em causa e o correspondente direito ao ressarcimento dos danos. É necessário para o efeito considerar outros elementos (não taxativos e que não implicam a sua verificação cumulativa) tais como o grau de clareza e precisão da norma comunitária, o eventual carácter desculpável ou não do erro de Direito cometido e o seu carácter voluntário, ou simplesmente a existência de um comportamento de um órgão comunitário que tenha favorecido ou não o erro. Cfr. igualmente o caso *Kobler*, ponto n.º 55, 122 e n.º 13.

⁵²⁴ Cfr. Acórdão cit. em nota anterior, ponto n.º 53, *in fine*.

⁵²⁵ Acórdão cit. em nota anterior, para ver de novo os pontos n.ºs 53-56.

⁵²⁶ Caso de 13 de Junho de 2006, Proc. C-173/03, Col., pp. 5177 e segs. Neste Acórdão, o centro da discussão reporta-se à especial natureza do poder jurisdicional, e refletiu sobre a possibilidade de responsabilidade do juiz por erros na interpretação de normas jurídicas, de factos e de provas, sendo certo que este é sempre confrontado com diferentes orientações, teses e posições ao nível da interpretação do Direito.

louva à responsabilidade do poder judicial, quando decide que o Estado responde por uma infração ao Direito da União, por parte de um órgão jurisdicional que decida em última instância, quando essa infração resulte de uma interpretação de normas jurídicas ou de apreciação dos factos e das provas efectuadas por esse órgão jurisdicional.⁵²⁸ Mas não se fica por isto: o Estado responde por essa infração “(...) *mesmo se o juiz não tiver atuado com dolo ou culpa grave mas desde que tenha agido com manifesta ignorância do direito aplicável.*”⁵²⁹ Isto significa que a responsabilização do Estado por atos do Juiz, quando a ignorância por este, do Direito aplicável, não se fica a dever só a culpa grave ou dolo. O Tribunal terá de precisar em casos futuros, até onde quer ir neste alargamento da responsabilidade do Estado-Juiz.⁵³⁰

O Direito da União impõe que os Tribunais nacionais, ao julgarem uma ação de responsabilidade civil extracontratual interposta por um determinado Estado-membro, por ações ou omissões do seu poder judicial que violem o Direito da União, apliquem este e não o respectivo Direito nacional que colida com o Direito da União.⁵³¹

A autonomia processual e institucional dos Estados-membros permite-lhes determinar, na ausência de disposições comunitárias, e de acordo com o direito interno, quais as condições de forma e de fundo, e quais os órgãos jurisdicionais competentes destinados a assegurar os direitos que a ordem jurídica da União Europeia confere aos particulares. Como a proteção jurisdicional que os Direitos nacionais concedem aos particulares não é perfeita, o Tribunal de Justiça teve a inclinação de impor alguns limites à autonomia processual dos Estados, enquadrando-os em duas exigências fundamentais: o exercício de um direito concedido pela legislação da União Europeia não pode estar submetido a condições mais rigorosas do que o

⁵²⁷ Mantendo-se a restrição da violação suficientemente caracterizada e seu caráter manifesto.

⁵²⁸ Assim ensina Fausto de Quadros, na sua obra já por nós cit., *Direito da União...*, pp. 705.

⁵²⁹ Cfr. pontos 38 e segs. e especialmente o ponto 47, do Caso *Traghetti*, já cit.

⁵³⁰ Fausto de Quadros, na obra *A Europeização do Contencioso Administrativo...*, pp. 395, sublinha que sendo a responsabilidade em causa é de Direito Comunitário, pelo simples facto de ela nascer da violação do Direito Comunitário, o dever de reparar o prejuízo causado incumbe naturalmente deste mesmo Direito.

⁵³¹ Seguindo de novo a doutrina de Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia...*, pp. 706, que a assume como efeito da conjugação jurisprudencial, *Francovich e Kobler*.

exercício do direito correspondente puramente nacional (princípio do tratamento nacional ou da equivalência), nem pode estar sujeito a condições que, na prática tornem impossível ou excessivamente difícil o seu exercício (princípio da efectividade ⁵³²). ⁵³³

Em Portugal, o artigo 22.º da CRP e todo o sistema de fiscalização da constitucionalidade expressam-se em favor da responsabilização do Estado. Aquele preceito é directamente aplicável ⁵³⁴, susceptível de ser invocado pelos particulares junto dos tribunais para obtenção de indemnização de prejuízos sofridos. O caminho seguido levou à aprovação da Lei n.º 67/2007 de 31 de Dezembro ⁵³⁵ (revogando o Decreto-Lei n.º 48 0519, e já recentemente alterado pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho), que veio a definir o novo *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das demais Entidades Públicas* (RRCEE). ⁵³⁶ ⁵³⁷ Ela prevê (também e não só) a

⁵³² Cfr. § 42.º e 43º do caso *Francovich* e o § 67.º de *Brasserie du Pêcheur*, ambos já cit.

⁵³³ Seguimos de novo, Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro, *O Regime da Responsabilidade...*, pp. 80.

⁵³⁴ Cfr. J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, em especial, pp. 429.

⁵³⁵ Para consulta em <http://dre.pt/pdf1s/2007/12/25100/0911709120.pdf>.

⁵³⁶ Para um estudo intenso desta Lei, o qual não poderemos fazer aqui, *vide* o *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das demais Entidades Públicas*, Anotado, de Carlos Alberto Fernandes Cadilha, 2.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, na íntegra, visto à luz do Direito Europeu da responsabilidade extracontratual dos Estados-membros, por violação de Direito da União, e procurando as influências que este Direito exerceu sobre o legislador nacional, bem como das eventuais omissões e desconformidades, deste novo Regime com o atual Direito da União.

⁵³⁷ Não iremos estudar este novo regime nesta instância, mas cumpre-nos não deixar de o mencionar. De qualquer forma deve dizer-se que este novo Regime tem sido alvo de bastantes críticas, maioria das vezes fundadas, porque de facto apresenta variadíssimas desconformidades com o Direito da União Europeia. Sobre os principais traços de desconformidade, *vide* atentamente, a obra já cit. de Maria José Rangel de Mesquita, *O Regime da Responsabilidade Civil*, pp. 43, onde, de entre estes traços de desconformidade, distingue por um lado, os traços de desconformidade comuns a vários regimes de responsabilidade – omissão no conceito de ilicitude de qualquer referencia ao Direito da União Europeia (é importantes salientar neste item que o facto de o regime prever apenas no quadro da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa a responsabilidade por atos, apenas por atos praticados em desconformidade com o Direito da União, não significa que o Estado esteja isento de responsabilidade por incumprimento, por ação ou omissão, imputável às suas demais funções); a omissão de qualquer referencia genérica aos requisitos comunitários da responsabilidade por incumprimento estadual; a omissão de qualquer referencia concreta aos requisitos da responsabilidade por incumprimento estadual fixados pelo Direito da União Europeia; e omissão de qualquer referencia aos elementos relevantes para a aferição do requisito comunitário da violação suficientemente caracterizada do Direito da União Europeia – dos traços de desconformidade específicos dos diferentes regimes de responsabilidade – responsabilidade estadual por incumprimento decorrente do exercício da função administrativa, da função jurisdicional, e da função político-legislativa. Ainda criticamente, *vide* as conclusões de Heloísa Oliveira, no seu breve estudo já cit., *Jurisprudência Comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade ...*, pp. 636-638.

responsabilidade do Estado português pelo exercício da função jurisdicional em violação do Direito da União.⁵³⁸ Embora a mencionada lei tenha consignado e previsto, no seu artigo 7.º/2 *in fine*,⁵³⁹ o princípio da responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União, “(...) *ela não respeitou na íntegra esse princípio, muito menos quanto à responsabilidade do Estado-Juiz.*”⁵⁴⁰

Ora esta situação, na óptica de *Fausto de Quadros*, coloca o legislador português numa posição de incumprimento do Direito da União, enquanto não adequar e conformar a Lei n.º 67/2007 ao Direito da União Europeia. A aprovação e a entrada em vigor de uma Lei aprovada pela Assembleia da República, que contém normas desconformes com o Direito da União Europeia constitui uma violação do princípio do primado e da lealdade comunitária.⁵⁴¹

Mais, o legislador português não facilitou a tarefa do Juiz chamado a aferir a sua responsabilidade fundada em violação do Direito da União. Está em causa o conturbado regime do artigo 15.º do RRCEE. A sua aplicação aos casos de violação do Direito da União imputável ao Estado no exercício da função legislativa⁵⁴² pode colocar o Juiz administrativo numa posição

⁵³⁸ A primeira observação que este novo regime justifica é que ele se aplica à responsabilidade civil extracontratual decorrente de atos das funções administrativa, legislativa, legislativa e judicial do Estado (artigo 1.º/1 da RRCEE). No que toca ao âmbito de aplicação subjetiva, para além de abranger o Estado e demais pessoas colectivas de Direito Público, o legislador alarga-o às pessoas colectivas de direito privado que atuem com prerrogativas de poder público ou sob a égide de princípios e regras de Direito Administrativo (artigo 1.º/2 da RRCEE), aproximando-e assim de uma concepção material de administração pública. Mais, ainda se aplica à responsabilidade dos titulares do órgão, funcionários e agentes públicos, trabalhadores, titulares dos órgãos sociais e representantes legiais ou auxiliares (artigo 1.º/5 da mesma lei). Os pressupostos daquela responsabilidade civil são os gerais, isto é, ilicitude, culpa, dano, e nexó causal entre culpa e dano, embora possam retirar-se do novo regime, elementos especiais, como sejam a solidariedade da responsabilidade em causa, ela própria pode ser por ações ou omissões e ainda, pode haver responsabilidade tanto por atos políticos e legislativos inconstitucionais, como por atos administrativos e jurisdicionais, isto na óptica de, Tiago Viana Barra, *A Responsabilidade dos Poderes Públicos pela Violação de Direitos Fundamentais*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71, IV – Lisboa, Out./Dez. De 2001, pp. 1190-1194.

⁵³⁹ Cfr. a anotação a este artigo feita por Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *Regime da...*, ob. cit., pp. 157-163.

⁵⁴⁰ Cfr. Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia...*, pp. 706.

⁵⁴¹ A propósito, Cfr. de J. Laso Pérez, *La Cooperación Leal en el Ordenamiento Comunitario*, Colex, Madrid, 2000, pp. 243 e segs.

⁵⁴² No que se refere à jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil do Estado-legislador por violação do Direito da União, Cfr por todos em, *O Regime da Responsabilidade Civil...*, pp. 95-100, de Maria José R. de Mesquita. Tanto quanto nos foi possível apurar, não existem até ao momento, decisões judiciais

delicada.⁵⁴³ A tarefa do Juiz seria facilitada se o legislador tivesse autonomizado ou venha a autonomizar, um preceito especificamente respeitante à responsabilidade civil do Estado por violação do Direito da União, referindo ou remetendo para o princípio e o regime resultantes da jurisprudência do Tribunal de Justiça.⁵⁴⁴ Uma alteração legislativa em Portugal seria clarificadora do regime legal vigente, respondendo assim às exigências de segurança, tão caras ao Tribunal de Justiça.⁵⁴⁵

Por isso são vários os meios existentes na ordem jurídica da União para garantir a aplicação do Direito da União, assim como, aferir e sancionar tal incumprimento e obviar às suas consequências,⁵⁴⁶ nomeadamente: a

relativas ao regime resultante do artigo 15.º do RRCEE. Existem, aliás, decisões judiciais que efetivamente condenam o Estado português por violação do Direito da União, essencialmente por não transposição ou deficiente transposição de directivas. Se em algumas delas a responsabilidade do Estado foi aferida à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça (exemplo do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de Abril de 2005, Proc. n.º 0530820, e no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 8 de Março de 2007, Proc. n.º 00996/04.3BEBRG, para consulta em www.dgsi.pt), não foi o caso por exemplo do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Novembro de 2007, Proc. n.º 07A3954, disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁴³ Assim será o caso, por exemplo, de o Juiz estar confrontado com questões levantadas em redor da responsabilidade civil das regiões autónomas, no exercício da função legislativa operada por via da concreta responsabilização do Estado perante os particulares lesados. Concreta atenção deve ser prestada à desconformidade de algumas disposições consagradas no normativo com o Direito da União: - se o princípio da equivalência se inclina para a aplicação indistintiva aos casos nele expressamente previstos e aos casos de violação do Direito da União. Por exemplo, terá o juiz de incluir no âmbito de aplicação do n.º 3, os atos de omissão legislativa desconformes com o Direito da União, afastar a aplicação do n.º 5 a esses mesmos casos, apreciar a censurabilidade da conduta do legislador nos termos do n.º 4 sem, no entanto, ir além da violação suficientemente caracterizada do Direito da União, afastar o critério da anormalidade do dano previsto nos n.ºs 1 e 3, para além de ser de afastar a aplicação do n.º 2 aos casos de violação do Direito da União. Estes e outros problemas levantados pela aplicação do regime português, como a ponderação do comportamento processual do lesado ou o impacto da cláusula do n.º 6 do artigo 15.º do RRCEE, na determinação da extensão da reparação devida, apenas constituem um incentivo ao reenvio prejudicial. O processo das questões prejudiciais é o meio ao alcance do Juiz nacional para que ele possa ver esclarecidas as dúvidas que eventualmente surjam da aplicação do seu direito nacional aos casos de responsabilidade civil do Estado por violação do Direito da União. O quadro criado pelo RRCEE, em especial pelo seu artigo 15.º, deixa antecipar pedidos de decisão prejudicial provindos da jurisdição administrativa portuguesa.

⁵⁴⁴ Esta é a sugestão de Maria José Rangel de Mesquita, *O Regime da Responsabilidade Civil...*, pp. 106 e 107, com a apresentação de duas propostas alternativas de redação de uma norma específica em relação à responsabilidade civil do Estado por violação do Direito da União, e ainda de Carla Amado Gomes, *O Livro das Ilusões. A Responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*, in, *Textos Dispersos sobre Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, AAFDL, Lisboa, 2010, pp. 191.

⁵⁴⁵ Neste sentido, Sophie Perez Fernandes, *A Responsabilidade Civil do Estado-Legislador por Violação do Direito da União Europeia*, Principia, 2013, pp. 64.

⁵⁴⁶ Cfr. Maria José Rangel de Mesquita, *O Regime da Responsabilidade Civil...*, pp. 62 e 63. Advirta-se que tais meios não implicam, na perspectiva da autora, qualquer precedência cronológica ou lógica entre si, podendo ser usados em simultâneo: os dois primeiros ao nível da ordem jurídica comunitária, os dois últimos ao nível da ordem jurídica nacional.

apresentação de uma queixa à Comissão Europeia, a instauração de um processo por incumprimento comum ⁵⁴⁷ ⁵⁴⁸ pela mesma Comissão ou por outro Estado-membro ⁵⁴⁹ - abrangendo uma fase graciosa e porventura, uma fase contenciosa; a propositura de uma ação de responsabilidade civil extracontratual do Estado nos Tribunais nacionais por incumprimento, nos termos da jurisprudência *Francovich* e posterior; e, sendo caso disso, a invocação do efeito direto vertical das normas de Direito da União violadas.

550

Com efeito, o Juiz português não poderá invocar esta lei para se excusar ao respeito pelo Direito da União quando tiver que julgar a responsabilidade extracontratual do Estado-Juiz por violação do Direito da União. ⁵⁵¹

O meio mais adequado para garantir a legalidade da ordem jurídica da União Europeia e o respeito pelo princípio do primado e da lealdade comunitária por parte do Estado infractor, é o processo por incumprimento, incluindo se necessário, a sua fase contenciosa ou ação por incumprimento: apenas através deste meio contencioso se obtém “(...) a declaração inequívocado incumprimento estadual e, em caso se incumprimento reiterado – plasmado na não execução do Acórdão que declara o incumprimento – a aplicação de sanções pecuniárias, de quantia fixa ou progressiva (ou ambas ⁵⁵²) ao Estado infractor na sua veste de Estado legislador.”⁵⁵³

⁵⁴⁷ No sentido em que Maria José Rangel de Mesquita defende na obra, *O Poder Sancionatório da União e das Comunidades Europeias sobre os Estados-membros*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 175 e segs. e 638.

⁵⁴⁸ Acerca do processo por incumprimento Cfr. o estudo profundo de F. Quadros/A. Martins, *Contencioso...*, ob. cit., pp. 226-262.

⁵⁴⁹ A respeito Cfr. os artigos 258.º- 260.º TFUE.

⁵⁵⁰ Cfr. o conceito de efeito direto vertical em Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia*.....-----

⁵⁵¹ Cfr. de Fausto de Quadros, *A Relevância para o Contencioso Administrativo Nacional do Ato Administrativo Nacional contrário ao Direito da União Europeia*, in, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 1041-1042.

⁵⁵² Conforme aconteceu o Caso *Comissão c. França* que deu lugar ao Acórdão do T.J (Grande Seção), de 11 de Julho de 2005, Proc. n.º C-304/02, Col., pp. I-6263 e segs.

⁵⁵³ Cfr. Maria José Rangel de Mesquita, *O Regime da Responsabilidade Civil*, pp. 64. A autora nota ainda, que a declaração de incumprimento estadual pelo T.J não é condição ou pressuposto da responsabilidade estadual por incumprimento, sem prejuízo de, o Acórdão declarativo do incumprimento poder servir de base para a responsabilização do Estado infrator relativamente aos demais sujeitos da ordem jurídica comunitária, a efetivar no quadro da ordem jurídica nacional e de acordo com os meios por esta previstos.

A tutela dos particulares perante um ato normativo de Direito interno desconforme ao Direito da União Europeia,⁵⁵⁴ é assim, limitada. Para além dos meios garantísticos já expostos, afigura-se possível, no quadro de um litígio em Tribunal nacional competente – em especial no âmbito de uma ação de responsabilidade – que o particular origine a necessidade de colocação de uma ou várias questões prejudiciais de interpretação pertinentes para a resolução do caso *sub judice*. Contudo, não apenas o particular pode suscitar tal necessidade junto do órgão jurisdicional nacional, mas ainda, tal mecanismo contencioso comunitário se conduz tão somente a interpretar o Direito da atual União Europeia – nessa medida o juízo concreto sobre a incongruência entre o Direito estadual com aquele, bem como a concretização da sanção do primado de inaplicação do Direito nacional desconforme pertencem, ainda, ao juiz nacional, o qual tem por esta razão uma avultada responsabilidade.

Sumariamente, devemos realçar que o Estado poderá ser responsabilizado em duas vertentes, com fundamento na doutrina *Kobler e Traghetti del Mediterraneo*. A primeira delas, quando o particular é lesado pela recusa do Juiz nacional em suscitar uma questão prejudicial perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, quando é obrigado pelo Tratado a fazê-lo (artigo 267.º do TFUE); a outra, sucede quando Juiz nacional não respeita os efeitos materiais do Acórdão prejudicial (ou seja, toda a jurisprudência do Tribunal de Justiça consolidada à luz do artigo 267.º do TFUE).

A importância do instituto da responsabilidade prende-se não apenas com “a reposição da legalidade comunitária”^{555 556} mas igualmente, com a preocupação em garantir a tutela jurisdicional efetiva nos Estados membros,

⁵⁵⁴ Como sucede em parte com a já referida Lei n.º 67/2007 de 31 de Dezembro.

⁵⁵⁵ Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia...*, pp. 707.

⁵⁵⁶ Não obstante a pertinência do princípio da tutela jurisdicional efetiva e o dever por parte dos Estados-membros, de garantir ao particular o direito a um recurso efetivo, consideramos efetivamente insuficientes os meios colocados à disposição dos particulares para garantir um direito decorrente da ordem jurídica comunitária e o direito à reparação, em caso de violação do Direito Comunitário, por vigência de uma lei interna com ele desconforme.

⁵⁵⁷ e em especial, em Estados como o nosso, em que não é reconhecido ao particular um amplo acesso à justiça constitucional, por exemplo, pela inexistência de um recurso similar ao *recurso de amparo*, ^{558 559 560} da vizinha Espanha ⁵⁶¹, ou da queixa constitucional do tipo *Verfassungsbeschwerde* do Direito alemão. ^{562 563}

Portanto, a inexistência de uma ação de *amparo* no nosso sistema de fiscalização da inconstitucionalidade que permita investigar a constitucionalidade de decisões judiciais, aliada ao facto da fiscalização do

⁵⁵⁷ Sobre a relevância deste princípio, *vide*, o Acórdão do T.J (Grande Secção), de 13 de Março de 2007, *Unibet*, Proc. n.º C-432/05, Col., pp. I-2271 e segs., n.ºs 37 e 38.

⁵⁵⁸ Para um estudo intenso sobre o recurso de amparo, Cfr. Pablo Pérez Tremps, *El Recurso de Amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

⁵⁵⁹ Cfr. Fausto de Quadros, *ob. cit.*, *A Influência da Lei Fundamental de Bona...*, pp. 587 e segs.

⁵⁶⁰ Especificamente sobre a natureza, objeto, legitimação, procedimento e função constitucional do *recurso de amparo* no ordenamento jurídico espanhol deve ler-se a obra de Luis María Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson/ Civitas Ediciones, pp. 79-93, e ainda, de José Carlos de Bartolomé Cenzano, *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 275-278.

⁵⁶¹ Análise do *recurso de amparo constitucional* espanhol na obra de Catarina Santos Botelho, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais*, Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 214-268.

⁵⁶² Seguindo os ensinamentos deste ilustre Professor Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia...*, pp. 707.

⁵⁶³ Verificamos que a maior parte dos ordenamentos jurídicos actuais possuem um instituto similar ao *recurso de amparo*. Voltando um pouco atrás na história constitucional portuguesa, podemos destacar duas tentativas de introdução deste mecanismo. O primeiro ensaio data da Revisão Constitucional de 1989 (Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho, que aprovou a segunda Revisão Constitucional, *in*, Jorge Miranda, *As Constituições Portuguesas – de 1822 ao texto actual*, Livraria Petrony, Lisboa, 2004, pp. 447-502), mediante a qual se introduziram algumas modificações na disciplina do sistema de justiça constitucional e do próprio Tribunal Constitucional. A segunda tentativa deu-se aquando da quarta Revisão Constitucional de 1997, que alterou alguns aspectos da Parte I da CRP, dedicada aos direitos fundamentais, não procedendo todavia, à alteração da arquitectura constitucional. Catarina Santos Botelho, na obra, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais*, Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 131-135, destaca as quatro principais objeções de fundo à introdução do *recurso de amparo*: - dificuldade de harmonização deste instituto com o sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade, que desempenha um papel muito relevante na protecção dos direitos fundamentais; - o facto da justiça constitucional não ser o único meio jurisdicional de defesa dos direitos fundamentais existente no nosso ordenamento jurídico, dado que o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva merecem acolhimento constitucional, no artigo 20.º. Este direito-garantia é um genuíno direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, aplicando-se o artigo 18.º, *ex vi* artigo 17.º da CRP; - receio da sobrecarga do Tribunal Constitucional com um número avultado de processos, comprometendo o seu desempenho;- por último, algumas vezes alertam que a instituição de um recurso de amparo que incida sobre decisões judiciais, possibilitaria o surgimento de atritos no relacionamento entre o Tribunal Constitucional e os restantes Tribunais ordinários, máxime, os Supremos Tribunais.

Tribunal Constitucional incidir apenas sobre normas ⁵⁶⁴, resulta da impossibilidade de invocação da violação do princípio da tutela jurisdicional efectiva como forma de caracterização da inconstitucionalidade de uma sentença que razoavelmente não respeite o dever de colocação de uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça, dever acentuado ainda mais depois de *Kobler e Traghetti del Mediterraneo*.

Mais recentemente no caso *Bergaderm e Goupil/Comissão*, ⁵⁶⁵ é reconhecido o alinhamento dos regimes de responsabilidade da União e dos Estados-membros. Segundo Rui Medeiros e Patrícia Fragoso Martins, o Tribunal de Justiça acrescentou que a natureza geral ou individual de um ato de uma instituição não é um critério determinante para identificar os limites do poder de apreciação de que dispõe a instituição em causa. As decisões deste Tribunal parecem evoluir no sentido de dar maior relevância ao carácter vinculado ou discricionário do ato praticado pela Comunidade, do que à sua natureza (normativa ou não normativa, como se existissem dois estádios).^{566 567}

Neste domínio, existe quem identifique e existência de dois “patamares de ilegalidade”, reflexo do dualismo existente quanto à responsabilidade do Estado por violação do Direito da União. Assim, um ato adoptado no quadro de amplos poderes de apreciação está sujeito a um nível mais exigente de legalidade, não revelando o alcance geral ou particular do mesmo. Da mesma forma, a legalidade de um ato que não expresse uma opção política discricionária será sempre aferida de acordo com padrões menos rigorosos, ainda que revista natureza normativa.^{568 569}

⁵⁶⁴ Cfr. a obra de Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 433 e ss., onde o autor explica o conceito de norma na realidade constitucional.

⁵⁶⁵ Acórdão de 4 de Julho de 2000, Proc. C-352/98P, Rec 2000, pp. 5310-5332.

⁵⁶⁶ Cfr. *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, Rui Medeiros (org.), Lisboa, 2013, pp. 197, na opinião de Rui Medeiros/Patrícia Fragoso Martins.

⁵⁶⁷ Segundo Vera Eiró, *A Obrigação de Indemnizar das Entidades Adjudicantes. Fundamento e Pressupostos*, Policiado, 2011, pp. 145, “(...) os tribunais passaram, a dado momento, a marcar o ritmo da responsabilidade ao som da natureza discricionária ou vinculada do ato deixando de fazer relevar a sua natureza normativa ou administrativa.”

⁵⁶⁸ Cfr. Afonso Figueiredo Patrão, *Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 389.

Estão portanto, ao alcance do particular várias opções para que se veja ressarcido dos eventuais prejuízos sofridos em virtude do incumprimento do dever de reenvio prejudicial: - o recurso ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem por violação do direito à tutela jurisdicional efectiva; - a proposição de uma ação de responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão na função jurisdicional nos termos do artigo 22.º da CRP.^{570 571}

O princípio da responsabilidade do Estado dá os seus passos na direção de um diálogo jurisprudencial, impregnado de “*ética jurisdicional comunitária*”.⁵⁷² Com este princípio ativa-se uma subtil mas efectiva circulação de modelos jurídicos sempre à sombra dos eixos da equivalência e efetividade: o mecanismo legal “*cross-fertilisation*.”⁵⁷³

VIII. Conclusão:

⁵⁶⁹ Neste contexto, alguns autores consideram que o estabelecimento de uma responsabilidade subjetiva ainda que baseada numa presunção de culpa leve é desconforme com o regime europeu da responsabilidade dos Estados-membros por violação do Direito da União Europeia. Cfr. Cfr. a ob já cit. de Maria José Rangel de Mesquita, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual...*, pp. 54, e ainda da mesma autora, *Influência do Direito da União Europeia nos Regimes da Responsabilidade Pública*, CJA, n.º 88 (2011), pp. 6-13 e pp. 11 e 12; *Responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia: um princípio com futuro – Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 6.03.2002, Agravo de 0650624*, CJA, n.º 60 (2006), pp. 67. Outros autores, como Heloísa Oliveira, na ob. já cit., *Jurisprudência Comunitária...*, pp. 624, sustentam que a existência de uma presunção de culpa é suficiente para aligeirar o ónus que recai nesta área sobre o particular lesado. Segundo Vera Eiró, *A Obrigação de Indemnizar...*, ob. cit., 152, a existência de uma violação suficientemente caracterizada não se basta com a mera ilegalidade do ato lesivo, uma vez que o juízo de culpa é sempre exigido, se bem que o grau da sua exigibilidade varie na proporção directa da margem de discricionariedade de que dispõe a instituição naquela actuação em concreto.

⁵⁷⁰ Cfr. a obra de Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 397-450, bem como Maria Luísa Duarte, *O artigo 22.º da Constituição Portuguesa e a necessária concretização dos pressupostos da responsabilidade extracontratual do Legislador – ecos da Jurisprudência comunitária recente*, Legislação, n.º 17, 1996, pp. 12 e ss.

⁵⁷¹ Ação entregue perante a jurisdição administrativa, nos termos do artigo 4.º/1, g) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, embora muito dificultada em virtude da omissão de medidas legislativas que lhe confirmam plena exequibilidade. Disponível em <http://homepagejuridica.net/attachments/article/637/Estatuto%20dos%20Tribunais%20Administrativos%20e%20Fiscais%20maio%20de%202012.pdf>

⁵⁷² Cfr. as conclusões do Advogado-Geral Phillippe Léger, apresentadas em 08 de Abril de 2003 no caso *Kobler*, Proc. C-224/01, Rec., pp. I-10239.

⁵⁷³ M. P. Granger, *National Application on Francovich and the construction of European Administrative jus commune*, in *European Law Review*, n.º 32, 2007, pp. 157 e segs. e ainda, Antonio Lazari, *La cross-fertilisation y la Formación del Paradigma Comunitario de Responsabilidade del Estado: “el esquema de la crisis”*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 20, CEPC, Madrid, 2005, pp. 177-225.

A aplicação uniforme do Direito da União Europeia no território de todos os seus Estados-membros é entendida como condição da existência e do crescimento da própria União. Sem uniformidade não há integração. Isto exige necessariamente que o Direito da União Europeia ocupe, na hierarquia interna das fontes de direito dos Estados-membros, um lugar supremo, ou seja, um lugar de grau supraconstitucional. Por esta e outras razões, o primado assume-se hoje como um elemento fundamental do *acquis communautaire*.

A teoria do primado do Direito da União funda-se na Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Este, cedo considerou e defendeu a autonomia da ordem jurídica comunitária, tanto em relação ao Direito Internacional como em relação ao Direito interno dos Estados-membros.

Apesar de o caso *Costa/ENEL* não ter sido o primeiro onde o Tribunal de Justiça se defrontou com um conflito normativo entre uma disposição de Direito da União e uma outra de Direito interno, foi, contudo, neste Acórdão que o princípio do primado encontrou a sua justificação jurídica. As palavras do Tribunal mostraram-se surpreendentes à época: “(...) *que a transferência operada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna, a favor da ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às disposições do Tratado, implica uma transferência definitiva dos seus direitos soberanos contra a qual não se poderia prevalecer um ato unilateral ulterior incompatível com a noção de Comunidade.*”

O primado sobre o Direito estadual resulta assim de um atributo próprio do Direito da União, não de uma concessão do Direito estadual. Os Estados-membros ao assinarem os Tratados criarem uma ordem jurídica nova que se auto-fundamenta, autónoma das ordens jurídicas dos Estados-membros, e da ordem jurídica internacional. A exigência de uniformidade ficaria deste modo determinada pela própria natureza do ordenamento jurídico comunitário: “*para ser Direito da União (Direito comum ou comunitário, como se denominava até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa), é essencial que as suas normas*

*comportem uma aplicação coerente nos vários Estados-membros, que obvie às diferenças resultantes da variedade de sensibilidades jurídicas.”*⁵⁷⁴

Com este breve estudo, ficámos convencidos de que o Direito da União Europeia é absoluto e incondicional, porque prevalece até sobre as Constituições dos Estados-membros. Por outras palavras, todo o Direito da União Europeia (o originário, isto é, o direito criado pelos Tratados comunitários e o derivado, constituído pelas normas e atos emanados dos órgãos das instituições da União) prima, ou se quisermos, prevalece sobre todo o Direito estadual (inclusive sobre a Constituição estadual).

Com efeito, era evidente e expectável que uma jurisprudência tão inovadora como esta gerasse reservas por parte dos Estados-membros. E elas não se fizeram notar apenas no que concerne aos direitos fundamentais, apesar de eles serem o domínio que causava mais melindre e em que os Estados não estariam, de todo, dispostos a ceder. Com efeito, as reservas de constitucionalidade elaboradas pelos diferentes Tribunais Constitucionais tendem a ser mais amplas e a incluir os princípios que substanciam a própria ideia de Direito inerente a cada Constituição nacional e que, no caso português, foram identificados com os limites materiais da revisão constitucional. Apesar das resistências, é notório que a jurisprudência constitucional dos Estados-membros partilha traços comuns tais como a aceitação do primado (em alguns casos, sobre o próprio Direito Constitucional), a sua fundamentação, principalmente nas Constituições nacionais, e a admissão de limites decorrentes da proteção constitucional dos direitos fundamentais e das competências atribuídas à União.

Fausto de Quadros considera que a aceitação expressa pela CRP do primado supraconstitucional do Direito da União “*reforçará a coerência interna do próprio texto constitucional*”⁵⁷⁵ referindo que o Estado português está obrigado, por motivo da sua adesão à União, a dar efetividade ao Direito da

⁵⁷⁴ Cfr. Inês Quadros, *Acórdão do Tribunal de Justiça de 06 de Outubro de 1082 – Processo 283/81, Srl Cilfit et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la Santé*, in, *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia*, Uma abordagem jurisprudencial, Sofia Oliveira Pais (coord.), 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 221 e 222.

⁵⁷⁵ Cfr. Fausto de Quadros, na obra já cit., *Direito da União Europeia...*, pp. 533. Realça a “generosa” abertura constitucional, em nada menos do que três preceitos: artigos 8.º/1, 16.º/1 e 16.º/2 da CRP. Ainda para Cfr. sobre este tema, uma outra obra do mesmo autor, *A Propriedade Privada no Direito Internacional Público*, Almedina Coimbra, 1998, pp. 535-552 e 564 e segs., em particular pp. 539.

União na sua ordem interna, isto é, a aplicá-lo na ordem jurídica portuguesa, precisamente nos termos definidos por aquele Direito. (decorrência do princípio da cooperação leal - artigo 4.º/3, § 2 do TUE) . O ilustre pedagogo defende a necessidade de rever o sistema de fiscalização da constitucionalidade definido na Constituição, de tal modo que ele não obstrua a aplicação do Direito da União na nossa ordem interna, contando para tal, com a ajuda dos Tribunais Constitucionais.

O fracassado Tratado Constitucional que solucionava toda a controvérsia sobre o primado, admitindo-o expressamente no seu corpo, vai distinguir-se da opção tomada pelo Tratado de Lisboa. Aqui, por exigência de alguns Estados, ⁵⁷⁶ a menção ao primado desaparece do texto dos Tratados. A comparação entre a solução do TECE e a que decorre do Tratado de Lisboa no que tange ao primado, poderia dar-nos a percepção de que este sairia fragilizado e enfraquecido após Lisboa. ⁵⁷⁷ É nossa convicção de que assim não é.

Nas palavras de *Fausto Quadros* o texto da Declaração n.º 17 pretende “*ser a soma do artigo I-6.º do Tratado Constitucional e da Declaração n.º 1 anexa àquele Tratado*” ⁵⁷⁸ completada pelo parecer do Serviço Jurídico do Conselho, que desenvolve o texto do corpo da Declaração e que esta incorpora nela???. No fundo, a partir do momento em que a referência ao primado deixou o texto do Tratado rumo a uma Declaração e esta não faz, no plano jurídico, parte integrante do Tratado, surge um problema, que é o de saber qual é o valor jurídico da Declaração n.º 17 e portanto, qual é a força jurídica que o Tratado de Lisboa quis imprimir à consagração do primado.

Para que fique esclarecido “*(...) do Tratado resulta, nomeadamente, que o primado do Direito da União cederá passo à norma nacional sempre que esta garanta melhor os direitos fundamentais, e os demais fundamentos do regime democrático e do Estado de Direito. Isso resulta da interpretação conjugada da citada Declaração n.º 17 com a cláusula horizontal contida no artigo 53.º da Carta*

⁵⁷⁶ D. Freitas Amaral/N. Piçarra, *O Tratado de Lisboa...*, ob. cit. pp. 46.

⁵⁷⁷ É isso que defende Bruno de Witte, *Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order*, in, Paul Craig/Gráinne de Búrca, *The Evolution of EU Law*, 2.ª Ed., Oxford, University Press, 2011, pp. 345.

⁵⁷⁸ Cfr. a obra já cit. do autor, *Direito da União Europeia...*, pp. 538.

*(segundo o qual os direitos fundamentais reconhecidos pelas Constituições dos Estados-membros nunca poderão ser restringidos por nenhuma disposição sobre direitos fundamentais constante da Carta) e com o artigo 2.º do TUE que enuncia os valores da União.”*⁵⁷⁹

Apesar de uma declaração daquela natureza não possuir efeitos jurídicos vinculativos, não permitindo, pois, ao Tribunal de Justiça e aos Tribunais nacionais a invocação do princípio do primado nela contido, este facto não impede a observância e o respeito pelo primado. Afinal o seu conteúdo é obra prima de um progressivo e árduo trabalho jurisprudencial do Tribunal de Justiça, que actualmente todos reconhecem e com mais ou menos resistências, reverenciam. Assim, cremos que o que importa efectivamente é que o primado está plenamente sedimentado e endurecido na “consciência” e prática jurídicas dos Estados-membros da União, ao ponto de, não ser indispensável a sua positivação no texto dos Tratados, para que ele seja plenamente atendido.

A ideia de um princípio de amizade das Constituições nacionais ao Direito da União não é destituída de sentido. O próprio Tribunal de Justiça tem cultivado o diálogo com os Tribunais nacionais, precisamente por encontrar nos valores comuns, veiculados pela ordem jurídica da União, padrão que pauta ambas as ordens jurídicas em relacionamento. Por essa razão é cada vez mais difícil encontrarmos situações limite, de colisão entre o Direito da União e o Direito constitucional dos Estados.

O problema do relacionamento do Direito Constitucional português com o Direito da União, surge apaziguado pelo artigo 8.º/4 da Constituição da República Portuguesa, (apesar das suas imprecisões de redação), que reporta diretamente para a Declaração n.º 17, quando afirma que “*as disposições dos Tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União (...).*” Esta Declaração por não fazer parte integrante do Direito dos Tratados, não deixa de ser entendida como Direito da União.⁵⁸⁰

⁵⁷⁹ Cfr. Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia...*, pp. 540.

⁵⁸⁰ Cfr. Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia...*, ob. cit., pp. 540.

Finalmente, hão-de apurar-se as consequências da violação do princípio do primado. E diga-se o seguinte: a responsabilidade civil do Estado por violação do Direito da União inscreve-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Da mesma resulta um avigoramento dos poderes dos Juizes nacionais perante as autoridades do Estado encarregues de assegurar, no exercício das respectivas competências, a aplicação do direito da União Europeia.

Os tribunais nacionais desempenham um papel muito importante na aplicação do Direito da União. O Juiz nacional vai progressivamente dispondo de novas competências, fundadas directamente na ordem jurídica da União, competências que lhe conferem um papel mais determinante na construção do Direito e que lhe permitem ir além do Direito interno.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de responsabilidade dos Estados por violação do Direito da União preocupou-se em garantir, por meio da eliminação de todas as consequências negativas decorrentes da violação do Direito da União imputável a um Estado-membro, a aplicação homogénea deste Direito, assegurando sobretudo a protecção efectiva dos direitos dos particulares pela ordem jurídica da União.

O princípio da responsabilidade dos Estados-membros por violação do Direito da União, resultante, inclusivamente de atos legislativos ou da sua omissão, e de atos de poder judicial, não nasceu com a letra dos Tratados institutivos das Comunidades, antes, consubstancia *“um bom exemplo da gradual e progressiva construção do Direito Comunitário por via jurisprudencial, numa área importante do Direito Público, inclusive (mas não só) do Direito Administrativo.”*⁵⁸¹

O Acórdão *Francovich* do Tribunal de Justiça da União Europeia promove a alteração dos *“(...) quadros clássicos da responsabilização do Estado por incumprimento ou violação do Direito Comunitário.”*⁵⁸² Nele pode ler-se o

⁵⁸¹ Cfr. Fausto de Quadros, *Responsabilidade dos poderes públicos no direito comunitário: responsabilidade extracontratual da comunidade europeia e responsabilidade dos Estados por incumprimento de Direito Comunitário*, s/l.: s.n., s.d., Sep. de: 3.º Colóquio hispano-luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18, Outubro, 1997, pp. 137.

⁵⁸² A expressão é de Fausto de Quadros, *A Europeização do Contencioso Administrativo*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Edição FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 392.

seguinte: “a plena eficácia das normas comunitárias seria posta em causa e a proteção dos direitos que elas reconhecem seria enfraquecida se os particulares não tiveram a possibilidade de obter a reparação quando os seus direitos são lesados por uma violação do direito comunitário imputável a um Estado-membros. O direito à indemnização encontra diretamente o seu fundamento no direito comunitário” seguir-se ia um rigoroso trabalho jurisprudencial que aperfeiçoaria este tema.

Em Portugal, o artigo 22.º da CRP e todo o sistema de fiscalização da constitucionalidade expressam-se em favor da responsabilização do Estado. Aquele preceito é directamente aplicável, susceptível de ser invocado pelos particulares junto dos tribunais para obtenção de indemnização de prejuízos sofridos. O caminho seguido levou à aprovação da Lei n.º 67/2007 de 31 de Dezembro que veio a definir o novo *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das demais Entidades Públicas* (RRCEE). Tem sido bastante questionado por se considerar que contém ela própria normas em desconformidade com o Direito da União.

Na ordem jurídica da União são vários os meios disponíveis para garantir a aplicação do seu Direito, bem como, para aferir e sancionar o incumprimento, e também obviar às suas consequências, nomeadamente: a apresentação de uma queixa à Comissão Europeia, a instauração de um processo por incumprimento comum pela mesma Comissão ou por outro Estado-membro ⁵⁸³ - abrangendo uma fase graciosa e porventura, uma fase contenciosa; a propositura de uma ação de responsabilidade civil extracontratual do Estado nos Tribunais nacionais por incumprimento, nos termos da jurisprudência *Francovich* e posterior; e, sendo caso disso, a invocação do efeito direto vertical das normas de Direito da União violadas. O meio mais adequado para garantir a legalidade da ordem jurídica da União Europeia e o respeito pelo princípio do primado e da lealdade comunitária por parte do Estado infractor, é o processo por incumprimento, incluindo se necessário, a sua fase contenciosa ou ação por incumprimento.

A tutela dos particulares perante um ato normativo de Direito interno desconforme ao Direito da União Europeia, é sem dúvida, limitada. Para além dos meios de tutela apontados é ainda possível, no quadro de um litígio

⁵⁸³ A respeito Cfr, os artigos 258.º- 260.º TFUE.

em Tribunal nacional competente – em especial no âmbito de uma ação de responsabilidade – que o particular origine a necessidade de colocação de uma ou várias questões prejudiciais de interpretação pertinentes para a resolução do caso *sub judice*. Note-se que este mecanismo contencioso se conduz tão somente a interpretar o Direito da União Europeia – nessa medida o juízo concreto sobre a incongruência entre o Direito estadual com aquele, bem como a concretização da sanção do primado de inaplicação do Direito nacional desconforme pertencem ao juiz nacional, o qual tem por esta razão uma avultada responsabilidade.

Se o Juiz nacional incumprir o dever de reenvio prejudicial, o particular lesado tem sempre acesso em sede de recurso para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem por violação do direito à tutela jurisdicional efectiva ou a propositura de uma ação de responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão na função jurisdicional, ao abrigo do artigo 22.º da CRP. ■

BIBLIOGRAFIA:

- Alberton, Ghislaine, Francia, *in*, Justicia Constitucional Y Unión Europea, Javier Tajadura y Josu de Miguel (coord.), Cuadernos y Debates, 185, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- Alonso Garcia, Maria Consuelo, La Facultad del Juez Ordinario de inaplicar la ley interna posterior contraria al derecho comunitario, Revista de Administración Publica, n.º 138, Setembro-Dezembro, 1995.
- Alonso García, Ricardo, El Juez Español y El Derecho Comunitario, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- Amado Gomes, Carla, A Natureza Constitucional do Tratado da União Europeia, Lex, Lisboa, 1997; Carla Amado Gomes, O Livro das Ilusões: A Responsabilidade do Estado por Violação do Direito Comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, *in*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, 1.º Semestre, 2009 – n.º 11.
- Amaral, Maria Lúcia, A Forma da República, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- Antunes, Luís Pais, Direito da Concorrência. Os Poderes de investigação da Comissão Europeia e a proteção dos direitos fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- Arnold, Ranier, Fundamental Rights in the European Union, *in*, The Process of Constitutionalisation of The EU and Related Issues, Nadezda Sisková (Ed.), Europa Law Publishing, 2008.
- Bacigalupo, Mariano, La Constitucionalidad del Tratado de la Union Europea em Alemania (La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de Octubre de 1993), GJ, 1994.

- Baptista, Eduardo Correia, *Direito Internacional Público*, Vol. I, Lex, Lisboa, 1998.
- Barav, Ami, *La Fonction Communautaire du Juge National*, Estrasburgo, 1983; Denys Simon, *Les Fondaments de L'autonomie du Droit Communautaire*, Colóquio Bordéus: *Droit International et Droit Communautaire*, perspectives actuelles, Paris, 2000, SFPDI.
- Barra, Tiago Viana, *A Responsabilidade dos Poderes Públicos pela Violação de Direitos Fundamentais*, Separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, IV – Lisboa, Out./Dez. de 2001.
- Bertoncini, Yves, *La Stratégie de Lisbonne: quel bilan?*, *in*, *L'Union Européenne*, Édition *Traité de Lisbonne*, Jacques Ziller (direction), La Documentation Française, Paris, 2008.
- Blanco de Morais, Carlos, *As Leis Reforçadas – as leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre atos legislativos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998; *Justiça Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2002; *A Sindicabilidade do Direito da União pelo Tribunal Constitucional Português*, Separata de *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Vol. I, FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- Blanchard, David, *La Constitutionnalisation de L'Union Européenne*, Rennes, 2001.
- Bonichot, Jean Claude, *Les pouvoirs d'injonction di juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire – Note sous Cour de Justice des Communautés Européennes*, 19 Juin Factortame, 1990, *Revue Française de Droit Administratif*.
- Boskovits, Kosmas, *Le Juge Communautaire et l'Articulation des Compétences normatives entre la Communauté Européenne et ses Etats membres*, Ant. N. Sakkoulas/E. Bruylant, Athènees, Bruxelles, 1999.
- Boulouis, J., e R. M. Chevalier, *Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Dalloz, 2.^a Ed., 1978.
- Boyron, Sophie, e L. Neville Brown, *L'affaire Factortame: droit communautaire contre droit public anglais*, 1994, *Revue Française de Droit Administratif*.
- Bribosia, Hervé, *Report on Belgium*, *in*, *The European Courts & National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, Anne-Marie Slaughter/ Alec Stone Sweet/Joseph H. H. Weiler (Ed.), Hart Publishing, 1998.
- Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das demais Entidades Públicas*, Anotado, 2.^a Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- Callejón, Francisco Balaguer, *La Contribución de Peter Haberle a la Construcción del Derecho Constitucional Europeo*, *ReDCE*, Ano 7, 13, Enero/Junio/2010.
- Cantaro, A. e F. Losurdo, *L'Integrazione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, *in*, A. Lucarelli/A. Patroni Grifi, *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, *Nuovi Studi sulla Costituzione Europea*, ESI, Nápoles, 2010.
- Cardoso da Costa, José Manuel, *O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, *in* *Ab Uno Ad Omnes. 75 anos da Coimbra Editora (1920-1995)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

- Cartabia, Marta, *The Italian Constitutional Court and The Relationship between the Italian Legal System and The European Union*, in, *The European Courts & National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, Anne-Marie Slaughter/ Alec Stone Sweet/Joseph H. H. Weiler, Hart Publishing, 1998.
- Celotto, A., Itália, *in*, *Justicia Constitucional Y Unión Europea*, Javier Tajadura y Josu de Miguel (coord.), Cuadernos y Debates, 185, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008; A. Celotto e T. Groppi, *Primaute e Controlimiti nel Progetto di Trattato Costituzionale*, Quaderni Costituzionale, n.º 4, 2004.
- Chalmers, Damian, Gareth Davies & Giorgio Monti, *European Union Law, Cases and Materials*, 2.ª Ed., Cambridge University Press, 2010.
- Claes, Monica e Bruno de Witte, *Report on the Netherlands*, in, *The European Courts & National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, Anne-Marie Slaughter/ Alec Stone Sweet/Joseph H. H. Weiler (Ed.), Hart Publishing, 1998.
- Clergerie, Jean-Louis e Véronique Faure-Tronche, *Le Système Juridique de l'Union Européenne*, Collection Mise au Point, Ellipses, Paris, 2004.
- Constantinho, Pierre, e Marianne Dony, *Le Droit Communautaire*, Coursus, Armand Colin, Paris, 1995.
- Craig, P. P., *Report on the United Kingdom*, in, *The European Courts & National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, Anne-Marie Slaughter/ Alec Stone Sweet/Joseph H. H. Weiler (Ed.), Hart Publishing, 1998.
- Craig, Paul e Gráinne de Búrca, *EU Law, Text, Cases, and Materials*, Fourth Edition, Oxford, University Press, 2008.
- Cruz Vilaça, José Luis da, *Droit Constitutionnel et Droit Communautaire – Le cas portugais*, Rivista di Diritto Europeo., 1991.
- Cunha Rodrigues, José Narciso, *The Incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order*, in, *The Past and the Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of Rome Treaty*, Miguel Poiaras Maduro e Loic Azoulai, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2010.
- Curtin, Deirdre M. e Ige F. Dekker, *The European Union from Maastricht to Lisbon: Institutional and Legal Unity out of Shadows*, in, Paul Craig/Gráinne de Búrca, *The Evolution of EU Law*, 2.ª Ed., Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Dehaussy, Jacques, *La Supériorité des Normes Internationales sur les Normes Internes: À propôs de L'Arrêt du Conseil d'État du Octobre 1989*, Nicolò, in, *Journal du Droit International*, ano 117, n.º 1, Janeiro-Março, 1990.
- Dowrick, F. E., *A Model of the European Communities Legal System*, YEL, 1983.
- Drumeva, Emília, *Evolutionary Attitude of Bulgarian Constitutional Court in the EU Law Space*, in, J. M. Beneyto/Ingolf Pernice (eds.), *Europe's Constitutional Challenges in the Light of The Recent Case Law of National Constitutional Courts*, Lisbon and Beyond, Vol. 8, Nomos, 2011.
- Duarte, Maria Luísa, *O artigo 10.º do Tratado da Comunidade Europeia – expressão de uma obrigação de cooperação entre poderes públicos nacionais e as instituições comunitárias*, in, *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, I, Coimbra Editora: Coimbra, 2000; *O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição: notas de*

uma reflexão crítica, *in*, Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Lex, Lisboa, 1993; A União Europeia e os Direitos Fundamentais: Métodos de Proteção, *in*, Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias (Direito Comunitário Institucional; União Europeia e Constituição; Direito Comunitário Material), Coimbra Editora, Coimbra, 2000; O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição, *in*, AA.VV, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor João de Castro Mendes, Lisboa, 1993; Direito Administrativo da União Europeia, Coimbra Editora, Coimbra, 2008; Maria Luísa Duarte, A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa, Aspectos Centrais, Nuno Piçarra (coord.), Vários autores, Almedina, Coimbra, 2011;

- Duarte, Maria Luísa e Carla Amado Gomes, O Tribunal Constitucional Português e a Garantia de aplicação do Direito da União Europeia, *in*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Vol.I, Almedina, 2010.

- Duarte, Maria Luísa e Pedro delgado Alves, A União Europeia e a Jurisprudência Constitucional dos Estados-membros, Lisboa, 2006; União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade, AAFDL, Lisboa, 2006.

- Dubos, Olivier, Les juridictions Nationales, Juge Communautaire, Dalloz, 2001.

- Duteilh de la Rochère, Jaqueline, French *Conseil Constitutionnel*: Recent Developments, na ob. cit. de J. M. Beneyto/ I. Pernice (eds.), Europe's Challenges in the Light of The Recent Case Law of National Constitutional Courts, Lisbon and Beyond, Vol. 8, Nomos, 2011.

- Ehlers, Dirk e Anke Eggert, Zur Zulassung einer zeitlich begrenzten weiteren Anwendung gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Rechts, Juristen Zeitung, 12, 2008.

- Eiró, Vera, A Obrigação de Indemnizar das Entidades Adjudicantes. Fundamento e Pressupostos, Policiado, 2011.

- Everling, Ulrich, Will Europe Slip on Bananas? The Bananas Judgement of the Court of Justice and National Courts, *in*, Common Market Law Review, Vol. 33, n.º 3, Junho/1996.

- Fahey, Elaine, A Constitutional Crisis in the Teacup: The Supremacy of EC Law in Ireland, European Public Law, Vol. 15, 4, December/2009, Wolters Kluwer.

- Fennelly, Niel, The European Court of Justice and Doctrine of Supremacy, Van Gend en Loos; Costa v ENEL; Simmenthal, *in*, Miguel Maduro and Loic Azoulai (eds). The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty, Oxford: Hart Publishing, 2010.

- Fernandes, Sophie Perez, A Responsabilidade Civil do Estado-Legislador por Violação do Direito da União Europeia, Principia, 2013.

- Flauss, Jean-François, Rapport Français, *in*, The Birth of European Constitutional Order, Jurgen Schwarze (Ed.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001.

- Fonseca, Guilherme da e Miguel Bettencourt da Câmara, A Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos, Coimbra Editora, Coimbra, 1.ª Edição, 2013.

- Fragoso Martins, Patrícia, O Princípio do Primado do Direito da União, *in*, Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia, (coord.) Sofia Oliveira Pais, 2.ª Ed., Almedina, 2012; Da Proclamação à garantia Efetiva dos Direitos Fundamentais, Em busca do *due process of law* na União Europeia, Principia, 2006.

- Freitas do Amaral, Diogo, *Manual de Introdução ao Direito*, I, Almedina, Coimbra, 2004.
- Freitas do Amaral, Diogo e Nuno Piçarra, *O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado da União Europeia: "Uma Evolução na Continuidade"*, *in* *Revista de Direito Público*, n.º 1, Janeiro/Junho, Almedina, 2009,
- Freitas do Amaral, Diogo e Rui Medeiros, *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão de Medidas Legislativas – o caso Aquaparque*, *in*, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Agosto-Dezembro, 2000. Ano XLI (XIV da 2.ª série) n.ºs 3 e 4.
- Fromont, Michel, *Grands Systèmes de Droit Étrangers*, 4.ª Ed., Dalloz, 2001: *Droit Administratif des États Européens*, Paris, 2006.
- Galvão Teles, Miguel, *Constituições dos Estados e Eficácia do Direito da União e das Comunidades Europeias – em particular sobre o artigo 8.º/4 da Constituição Portuguesa*, *in*, AA.VV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, II, Coimbra Editora, 2006; *Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa* *in*, *O Direito*, Almedina, Coimbra, 2005.
- Gambino, Silvio, *Identità Costituzionali nazionali e Primauté Eurounitaria*, Quad.Cost, 2012.
- Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed. Almedina, Coimbra, 2003; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Anotação ao artigo 8.º, Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.º Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- Granger, M. P., *National Application on Francovich and the construction of European Administrative jus commune*, *in*, *European Law Review*, n.º 32, 2007.
- Grewe, Constance, *Le Traité de Paix avec la Cour du Luxembourg: L'Arrêt de la Cour Constitutionnelle Allemande du Juin 2000 Relatif au Règlement du Marché de Banane*, *in*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 1, Jan./Março, 2001.
- Guerra Martins, Ana Maria, *Manual de Direito da União Europeia*, Almedina, 2012; *O Projeto de Constituição Europeia. Contribuição para o Debate sobre o Futuro da União*, Coimbra, 2004; *A Natureza Jurídica da Revisão do Tratado da União Europeia*, Lex, Lisboa, 2000; *A participação das Regiões Autónomas nos assuntos da República*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012; *O Sistema Institucional da União na Constituição Europeia – Na óptica da democracia, da eficácia, da transparência, da coerência e da simplificação*, *in*, *O Direito*, Almedina, Coimbra, 2005; *O Projeto de Constituição Europeia. Contribuição para o debate sobre o Futuro da União Europeia*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2004.
- Guillard, Christine, *L'Intégration Différenciée dans L'Union Européenne*, Bruylant, 2006.
- Haberle, Peter, *Derecho Constitucional Común Europeo*, Separata da *Revista de Estudos Políticos*, n.º 79, Madrid, Janeiro-Março/1993.
- Hartley, Trevor C., *The Foundations of European Community Law*, third Edition, Clarendon Press, Oxford, 1994; *The European Union Law in a Global Context*, Cambridge, University Press, 2004.
- Herdegen, Matthias, *Maastricht and The German Constitutional Court: Constitutional Restraints for an "Ever Closer Union"*, CMLR, 1994.

- Pernice, Ingolf, *Les Bananes et les Droits Fondamentaux: La Cour Constitutionnelle Allemande fait le point*, CDE, 2001.
- Jacqué, Jean Paul, *Droit Institutionnel de L'Union Européenne*, 4.^aÉd., Dalloz, 2006; *Les Réformes Institutionnelles Introduites par Le Traité de Lisbonne*, *in*, *Le Traité de Lisbonne, Reconfiguration ou Déconstitutionnalisation de L'Union Européenne?*, Bruylant, Bruxelles, 2009.
- Jalles, Maria Isabel, *Implications Juridico-constitutionnelles de L'adhésion aux Communautés Européennes – Le Cas du Portugal*, Bruxelles, 1981.
- Kokott, Juliane, *Report on Germany*, *in*, *The European Courts & National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, Anne-Marie Slaughter/ Alec Stone Sweet/Joseph H. H. Weiler (Ed.), Hart Publishing, 1998.
- Kovar, Robert, *La Contribution de la Cour de Justice à L'édification de L'ordre Juridique Communautaire*, RCADE, Vol. IV, Livro I, 1993; *As relações entre o Direito Comunitário e os Direitos Nacionais, Trinta Anos de Direito Comunitário*, Obra Coletiva, Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, Bruxelas-Luxemburgo, 1984.
- Lachaume, Jean-François, *Une Victoire de L'Ordre Juridique Communautaire: L'Arrêt Nicolo Consacrant la Superiorité des Traités sur les Lois Posterieurs*, *in*, *Revue du Marché Commun*, n.º 337, Maio, 1990.
- Lanier, E R., Solange, *Farewell: The Federal German Constitutional Court and the Recognition of the Court of Justice of the European Communities as Lawful Judge*, 2, Vol. 11, *Boston College Int'l & Comparative Law Review*. 1(1988).
- Lazari, Antonio, *La Nueva Gramática del Constitucionalismo Judicial Europeu*, *Revista de Derecho Comunitario Europeu*, 33, Ano 13, Mayo/Agosto, Madrid, 2000; *La cross-fertilisation y la Formación del Paradigma Comunitário de Responsabilidade del Estado: "el esquema de la crisis"*, *in* *Revista de Derecho Comunitario Europeu*, 20, CEPC, Madrid, 2005;
- Lenaerts, Koen e Piet Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, 2.^a Ed., Thomson, Sweet & Maxwell, Robert Bray (Ed.), 2005.
- Lenaerts, Koen e T. Corthaut, *The Role of the Primacy in Invoking Norms of EU Law*, *in*, *European Law Review*, 31, 3, Sweet & Maxwell, 2006.
- Liisberg, Jonas Bering, *Does the Eu Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkbot?*, *in*, *Common Market Law Review*, 38, 5, 2001.
- Lopez Castillo, Antonio, *De Integracion y Soberania. El Tratado sobre la Union Europea (TUE) ante la ley fundamental alemana (LF) – Comentario de la Sentencia-Maastricht del Tribunal Constitucional Federal (TCF) de 12 de Octubre de 1993*, REDC, 1994.
- Louis, Jean-Victor, *A Ordem Jurídica Comunitária*, 3.^a Ed. *Revista e aumentada*, Serviço de Publicações Oficiais, Bruxelas/Luxemburgo, 1986; Louis, Jean-Victor e Thierry Ronse *L'ordre Juridique de l'Union Européenne*, Jean-Victor Louis/Thierry Ronse, *Dossiers de Droit Européen*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, Bâle, 2005.
- Lucas Pires, Francisco, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Almedina, Coimbra, 1997; *A Caminho de uma Constituição Política Europeia?*, *Análise Social*, Vol. XXVII (118-119), 1992 (4.^a-5.^o).

- Magonette, Paul, Questions sur la Constitution Européenne, *in* La Constitution de l'Europe, Paul Magonette (Ed.), Deuxieme Edition, Institut d' Etudes Europeennes, Bruxelles, 2002
- Mancini, G. F., Democracy and Constitutionalism in the European Union, Collected Essays, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2000.
- Mangas Martín, Araceli e Diego J. Liñán Noguerras, Instituciones y Derecho de la Unión Europea, Tercera Edición, Tecnos, 2002.
- Marques, Francisco Paes, O Primado do Direito da União Europeia: Do Acórdão Costa c. Enel ao Tratado de Lisboa, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Vol.I, Almedina, Coimbra, 2010.
- Martinico, Giuseppe, L'Integrazione Silente – La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo, Jovene, Nápoles, 2009.
- Medeiros, Rui, *in*, Internacionalismo Defensivo e Compromisso Europeu na Constituição Portuguesa, Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2012.
- Michéa, Frédérique, Le Primauté du Droit de L'Union à la Lumière du Traité de Lisbonne, RMCUE, 2008.
- Miranda, Jorge, Curso de Direito Internacional Público, 4.ª Edição, Principia, 2009; A Construção Europeia e a Ordem Jurídica Portuguesa, *in*, Inocêncio Galvão Telles (org.), O Direito, ano 134-135, Almedina, Coimbra, 2002/2003; Jorge Miranda/Rui Medeiros, na Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2010; A Constituição Europeia e a Ordem Jurídica Portuguesa, Revista Jurídica do Ministério Público, Vol. 6, 2006; O Tratado de Maastricht e a Constituição Portuguesa, AAVV, A União Europeia na Encruzilhada, Coimbra Editora, Coimbra, 1996; O difícil Referendo sobre a Constituição Europeia, *in*, O Direito, 137 (2005), IV-V.
- Moro, Lúcia Millán, El Ordenamiento Jurídico Comunitario: Del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa, *in*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 36, año 14, Mayo/Agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.
- Mota de Campos, João, A Ordem Constitucional Portuguesa e o Direito Comunitário, Vol. I, 1.ª Parte, Editora Pax, Braga, 1981.
- Moura Ramos, Rui, Reenvio Prejudicial e Relacionamento entre Ordens Jurídicas na Construção Comunitária, Legislação, n.º 4/5, 1992; Da Livre Circulação de Pessoas à Cidadania Europeia, *in*, 50 anos do Tratado de Roma: 1957-2007, Marta Tavares de Almeida/Nuno Piçarra (coord.), Âncora Editora, e Universidade Nova de Lisboa, 1.ª Ed., 2008; Rui Manuel Moura Ramos, Constituição Europeia e Constituição da República Portuguesa, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2010.
- Neframi, Eleftheria, À Propos du Principe de Primauté, *in*, Le Traité de Lisbonne, Reconfiguration ou Déconstitutionnalisation de L'Union Européenne?, E. Bosset/ C. Chevalier-Govers/V. Edjaharian/ C. Schneider (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2009.
- Nicol, Danny, Democracy, Supremacy and the "Intergovernmental" Pillars of The European Union, *in*, Public Law, 2, April/2009, Sweet & Maxwell.
- Oliveira, Heloísa, Jurisprudência Comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – influência, omissão e

desconformidade, *Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Edição FDUL, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

- Otero, Paulo, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2003; *Direito Constitucional Português*, Vol. I, Identidade Constitucional, Almedina, 2010.

- Figueiredo Patrão, Afonso, *Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia*, Almedina, Coimbra, 2008.

- Pérez, J. Laso, *La Cooperación Leal en el Ordenamiento Comunitario*, Colex, Madrid, 2000

- Pescatore, Pierre, *L'ordre Juridique Communautaire*, Presses Universitaires de Liège, 1973; *Las Cuestiones Prejudiciales. Art.º 177 del Tratado CEE*, in, G. C. Rodriguez Iglesias e D. L. Liñan Noguerras (dir.), *El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial*, Madrid, 1993; *La Interpretación del Derecho Comunitario por el Juez Nacional*, RIE, Vol. 23, n.º 1, 1996.

- Piçarra, Nuno, *A Justiça Constitucional da União Europeia*, in, *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Dr. António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006; *O Tribunal de Justiça como Juiz Legal e o Processo do artigo 177.º do Tratado CEE*, AAFDL, Lisboa, 1991.

- Pina, António López, *Europa, un Proyecto Irrenunciable, La Constitución para Europa desde la teoría constitucional*, Dykinson, 2004.

- Piris, Jean-Claude, *The Lisbon Treaty – A Legal and Political Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

- Pitta e Cunha, Paulo de, *O desafio da Integração Europeia*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1980; *A Constituição Europeia, Um olhar crítico sobre o Projeto*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2004; *O Referendo Irlandês e a Recusa do Tratado de Lisboa*, *Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Vol. IV, Edição da FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2010; *O Tratado de Lisboa. Génese, conteúdo e efeitos*, Instituto Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008; *Sombras sobre a Integração Europeia*, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

- Plotner, Jens, *Report on France*, in, *The European Courts & National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, Anne-Marie Slaughter/ Alec Stone Sweet/Joseph H. H. Weiler, Hart Publishing, 1998.

- Poiares Maduro, Miguel, *A Constituição Plural, Constitucionalismo e União Europeia*, 1.ª Edição, Principia, Cascais, 2006; *We. The Court*, Hart Publishing, Oxford, 1998; *A Crise Existencial da Constituição Europeia*, Working Paper 2/99, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 1999; *Contrapunctual law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in, Neil Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003; *O Superavit Democrático Europeu*, *Análise Social*, XXXVI, n.º 158-159, 2001; *Who is the Final Arbitrer of Constitutionality in Europe?*, CMLR, 1999; *O Discurso Jurídico Português sobre o Constitucionalismo Europeu – O Estado da Arte*, in, *Estudos de Direito Europeu*, Congressos da FIDE, 1.ª Ed., Principia, Cascais, 2009.

- Pollicino, O. e V. Sciarabba, *La Carta di Niza Oggi, tra Sdoganamento Giurisprudenziale e Trattato di Lisbona*, in, *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 1, 2008.

- Priollaud François-Xavier e David Sirtzky, *Le Traité de Lisbonne*, La Documentation Française, 2008.

- Quadros, Fausto de, *Direito das Comunidades Europeias, Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu*, Coleção Teses, Almedina, Lisboa, 1984; *Direito da União Europeia*, 3.^a Edição, Almedina, 2013; *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1995; *A Influência da Lei Fundamental de Bona sobre a Constituição Portuguesa*, *in*, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Gomes Canotilho*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012; *A Propriedade Privada no Direito Internacional Público*, Almedina Coimbra, 1998; *Direito Comunitário I – Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*, Coimbra, Almedina, 2000; *Responsabilidade dos poderes públicos no direito comunitário: responsabilidade extracontratual da comunidade europeia e responsabilidade dos Estados por incumprimento de Direito Comunitário*, s/l.: s.n., s.d., Sep. de: 3.º Colóquio hispano-luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18, Outubro, 1997; *Direito das Comunidades e Direito Internacional Público – Contributo para o estudo do Direito Comunitário Europeu*, Almedina, Coimbra, 1991;; *A Relevância para o Contencioso Administrativo Nacional do Ato Administrativo Nacional contrário ao Direito da União Europeia*, *in*, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2010; *A Europeização do Contencioso Administrativo*, *in* *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do se nascimento*, Edição FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2006; *Constituição Europeia e Constituições Nacionais – Subsídios para a metodologia do debate em torno do Tratado Constitucional Europeu*, *in*, *O Direito*, Almedina, Coimbra, 2005; *Avaliação Global do Sistema Orgânico e Institucional da União Europeia após o Tratado de Lisboa*, *in*, *Tratado de Lisboa*, Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL, Almedina, Coimbra, 2012; *Incumprimento (em Direito Comunitário)*, *in*, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. V, Lisboa, 1993;

- Quadros, Fausto de, *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, *Quadro Décadas de Jurisprudência sobre a Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública: Dos anos 50 aos anos 80*, Fausto de Quadros (coord.), por Maria José Rangel de Mesquita, José Luís Moreira da Silva, Luís Barbosa Rodrigues e António Dias Garcia, Almedina, Coimbra, 2005;

- Quadros, Fausto de, e Fernando Loureiro Bastos, *União Europeia*, *in*, *Separata do Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VII, 1996;

- Quadros, Fausto de, e Ana Maria Martins, *Contencioso da União Europeia*, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2007;

- Quadros, Fausto de, e André Gonçalves Pereira, *Direito Internacional Público*, 3.^a Edição, Almedina, 2011.

- Quadros, Inês, *Acórdão do Tribunal de Justiça de 06 de Outubro de 1082 – Processo 283/81, Srl Cilfit et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la Santé*, *in*, *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia, Uma abordagem jurisprudencial*, Sofia Oliveira Pais (coord.), 2.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2012; *Inês Quadros, A Função Subjetiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Coimbra Editora: Coimbra, 2006.

- Rangel de Mesquita, Maria José, *Forças e Fraquezas do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: cinco breves tópicos de reflexão*, *in*, *O Direito*, Almedina, Coimbra, 2005; *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2010; *Âmbito e pressupostos da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional*, *Revista do CEJ*, 2009; *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009;

O Poder Sancionatório da União e das Comunidades Europeias sobre os Estados-membros, Almedina, Coimbra, 2006; Influência do Direito da União Europeia nos Regimes da Responsabilidade Pública, CJA, n.º 88 (2011); Responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia: um princípio com futuro – Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 6.03.2002, Agravo de 0650624, CJA, n.º 60 (2006); Introdução ao Contencioso da União Europeia, Lições, Almedina, Coimbra, 2013.

- Rebelo, Marta, Constituição e legitimidade Social da União Europeia, Almedina, Coimbra, 2005

- Rebelo de Sousa, Marcelo, “anotação ao artigo 1.º do TUE”, *in*, Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado, Manuel Lopes Porto/Gonçalo Anastácio (coord.), Coimbra, Almedina, 2012

- Reich, Norbert, Judge-made “Europe à la Carte:” Some Remarks on Recent Conflicts between European Law and German Constitutional Law Provoked by the Banana Litigation, *European Journal of International Law*, n.º 7, 1996.

- Ribeiro, Marta Chantal da Cunha Machado, Da responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário, Almedina, Coimbra, 1996; O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual dos Estados-Membros pela violação do Direito Comunitário. Delíneamento e Aperfeiçoamento Progressivo, *in*, Temas da Integração, Vol. 5, n.º 9, 2000.

- Ribeiro, Nuno Gaioso, intitulado Constituição Europeia e Constituições nacionais: compatibilidade ou conflito? O caso italiano e a jurisprudência da *Corte Costituzionale*, *in*, O Direito, Almedina, Coimbra, 2005.

- Rideau, Joel, Droit Institutionnelle de L’Union et des Communautés Européennes, Paris, L.G.D.J., 4.ª Ed., 2002.

- Rizzo, Alfred, Il Problema dela Tutela dei Diritti Fondamentali nell’Unione Europea, Europa e Diritto Privato, Milano, 1, 2001.

- Robles Morchon, Gregorio, Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea, Editorial Ceura, 1988.

- Scheek, Laurent /Luca Barani, Quel rôle pour La Cour de Justice en tant que moteur de la construction européenne?, *in*, Paul Magnoste e Anne Weyembergh (coord.), L’Union Européenne: la fin d’une crise, Université Libre de Bruxelles, 2008.

- Schwarze, Jurgen, Deutscher Landesbericht, The Birth of European Constitutional Order, Jurgen Schwarze (Ed.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001.

- Simon, Denys, Le Système Juridique Communautaire, 3.º Édition, 1997, Puf, Paris, 1997; La subsidiarité juridictionnelle: Notion-gadget ou concept opératoire?, RAE, 1998; Communauté de Droit, *in*, Réalité et Perspectives du Droit Communautaire des Droits Fondamentaux, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 2000.

- Sinaniotis, Dimitrios, The Interim Protection of Individuals Before the European and National Courts, Kluwer Law International, 2006.

- Siritzky, David, Des Communautés Européennes à Six à L’Union Européenne à Vingt-sept, *in*, L’Union Européenne, Édition Traité de Lisbonne, Jacques Ziller (direction), La Documentation Française, Paris, 2008.

- Sudre, Frédéric (dir.) /Romain Tinière Droit Communautaire des droits fondamentaux, 2.ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2007.

- Toth, A. G., *The Legal Status of Declarations annexed to The Single European Act*, CMLR, 1986.
- Thym, Daniel, *From Ultra-vires-Control to Constitutional-Identity Review: The Lisbon Judgement of Germany Constitutional Court*, in, *Europe's Constitutional Challenges in the Light of Recent Case Law of the National Constitutional Courts*, José Maria Beneyto/Ingolf Pernice (eds.), Vol.8, Nomos, 2011.
- Van Raepenbusch, Sean, *La Réform Institutionnelle du Traité de Lisbonne*, Cahiers de Droit Européen, Bruylant, Bruxelles, 2008.
- Vandersanden, G., e A. Barav, *Contentieux Communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1977.
- Vidal, Carlos, *Alemania*, in, *Justicia Constitucional Y Unión Europea*, Javier Tajadura y Josu de Miguel (coord.), Cuadernos y Debates, 185, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- Vitorino, António, *A Adesão de Portugal às Comunidades Europeias*, Estudos de Direito Público, n.º 3, 1984; *Constituição Europeia, Constituição Completa ou Incompleta*, in, *Revista de Estudos Europeus, A Constituição Europeia e Portugal*, Ano I, n.º 2, 2007; *A "Casa Europeia" de Lisboa*, R:1, 25, Março/2010, Tinta da China Edições.
- Vecchio, Fausto, na sua Tese de Doutoramento em Direito – Ciências Jurídico-Políticas, intitulada *Primacía del Derecho Europeo y Salvaguarda de Las Identidades Constitucionales, Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, Directores – Francisco Balaguer Callejón/Vasco Pereira da Silva, Universidade de Granada/Universidade de Lisboa, Ano académico- 2011/2012.
- Walker, Neil, na obra, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in, *Modern Law Review* 65 (2002).
- Weiler, Joseph, *The Transformation of Europe*, *The Yale Law Journal*, n.º 100, 1991; *The Community System: The Dual Character of Supranacionality*, *Yearbook Of European Law*, n.º 1, 1981; *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of European Communities*, *Washington Law Review*, 1986; *The Autonomy of the Community Legal Order – Through the looking glass*, *Harv. Int'l L. J.*, 1996; *The Community System: The dual character of supranationalism*, *YEL*, 1981; *The State "uber alles."* Demos Telos and the German Maastricht Decision, *Festschrift Everling*, Vol. I, in, Due. O. et al. (eds.), *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden: 1995; *Prologue: Global and Pluralist Constitutionalism – some doubts*, in, *The Worlds of European Constitutionalism*, Grainne de Búrca/Joseph Weiler (Ed.), University Press, Cambridge, 2012.
- Wendel, Mattias, *Lisbon Before the Courts: Comparative Perspectives*, in, J. M. Beneyto/Ingolf Pernice (eds.), *ob cit.*, *Europe's Constitutional Challenges in the Light of The Recent Case Law of National Constitutional Courts, Lisbon and Beyond*, Vol. 8, Nomos, 2011.
- Wessel, Ramses A., *The Constitutional Unity of European Union: The Increasing Irrelevance of the Pillar Structure?*, in, *European Constitutionalism Beyond Lisbon*, Jan Wouters, Luc Verhey, Philipp Kiiver (eds.), Intersentia, Oxford/Portland, 2009.
- Witte, Bruno de, *Retour à Costa. La Primauté du Droit Communautaire à la Lumière du Droit International*, *Noi si mura*, Florença, 1986; *Direct Effect Supremacy and the Nature of the Legal Order*, in, *The Evolution of the EU Law*, Ed. Paul Craig/Grainne de Burca, Oxford University Press, Oxford, 1999; *Droit Communautaire et Valeurs Constitutionnelles*

Nationales, *Revue Française de Théorie Juridique*, n.º 14, 1991; *Sovereignty and European Integration*, in, Slaughter/Sweet/Weiler (dir.), *The European Court and National Courts – doctrine and Jurisprudence*, Hart, Oxford, 1998; *Do not Mention the Word: Sovereignty in Two Europhile Countries: Belgium and The Netherlands*, in, Neil Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003; *Community Law and The National Constitutional Values*, *Legal Issues of European Integration*, 1991.

- Zemánek, Jiri, *The Two Lisbon Judgements of the Czech Constitutional Court*, in, J. M. Beneyto/Ingolf Pernice (eds.), *Europe’s Constitutional Challenges in the Light of The Recent Case Law of National Constitutional Courts, Lisbon and Beyond*, Vol. 8, Nomos, 2011.

- Ziller, Jacques, *The German Constitutional Court’s Friendliness Towards European Law, On the Judgement of Bundesverfassungsgericht over the Ratification of the Treaty of Lisbon*, *European Public Law*, Vol. 16, 1, March/2010, Wolters Kluwer; J. Ziller, *IL Nuovo Trattato Europeo: un viaggio a Lilliput?*, in, F. Bassanini/G. Tiberi, *Le Nuove Istituzione Europee. Commento al Trattato di Lisbona, Il Mulino*, Bologna, 2008; *Il Trattato Modificativo del 2007: sostanza salvata e forma cambiata del Trattato Costituzionale del 2004*, *Quaderni Costituzionali*, 2007, Ano XXVII, n.º 4, 2007, *Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*.

Maria Margarida Acates Candeias

Advogada e Defensora Oficiosa (Direito Penal, Direito do Consumo, Direito da Família e Tutelar Educativo)

Jurista na Presidência do Conselho de Ministros – CEJUR (2012).

Doutoranda em Direito – Ciências Jurídico-Internacionais e Europeias da Faculdade de Direito de Lisboa (2013-2015)

Mestrado em Direito Internacional e Relações Internacionais Faculdade de Direito de Lisboa (2006-2011).

Curso de Direito da Medicina e da Bioética (2009)

Curso Pós-Graduado de Direito do Arrendamento Urbano (2006-2007)

Licenciatura em Direito - Faculdade de Direito de Lisboa (2001-2006)

Artigos publicados:

“O Acordo TRIPS e o Direito à Saúde”, in, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 1 (2015), nº 1.

“A Genealogia dos Direitos Humanos e a Influência do Liberalismo Político de John Locke na sua Conformação”, in, *Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito de Lisboa*, n.º 9/2014.

“O Direito à Vida no Direito Internacional dos Direitos Humanos e a problemática dos embriões excedentários na fertilização in vitro”, repositório da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

“A Filosofia de Locke e os Direitos Individuais do Homem”, in, *Revista O Direito*, Ano 147.º, III, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 745-794.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

COMO GARANTE DA IDEIA DE DIREITO

Pedro Tiago Ferreira

Formador

Mestrando em Teoria do Direito na Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa

Sumário

O presente ensaio visa defender a tese de que os direitos fundamentais, em geral, e os direitos sociais, em particular, são criações de Direito positivo que têm como intuito defender três valores e um princípio derivados do Direito Natural. Os valores são a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. O princípio é o da igualdade na defesa e aplicação destes valores, tratando por igual o que é igual e por desigual o que é desigual.

O ponto da nossa argumentação é o de realçar que os direitos fundamentais, em geral, e os direitos sociais, em particular, são historicamente contingentes. Dito por outras palavras, não disputando a noção de que são o *meio mais eficaz* para proteger, igualitariamente, a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas, estamos em crer que não são o único meio para o fazer, razão pela qual consideramos que a outorga de direitos fundamentais não é *condição necessária* para qualificar determinado Estado como Estado de Direito. Os direitos fundamentais são uma questão jurídico-positiva e, como tal, a sua outorga, restrição ou revogação surge em consequência da acção política, encontrando-se, por isso, na disponibilidade do legislador. Quaisquer medidas tomadas, pelo legislador, no sentido de proteger os direitos fundamentais são, igualmente, resultado da acção política e, por conseguinte, medidas de Direito positivo; no entanto, a qualificação de um Estado como sendo um Estado de Direito não se encontra na dependência da corporização, através do Direito positivo, da acção política. O Estado de Direito é um Estado submetido ao

Direito que, independentemente das suas disposições de Direito positivo, se encontra adstrito a proteger, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade dos seus cidadãos.

Na secção 1, elaboramos um argumento segundo o qual a definição correcta do conceito de "Estado de Direito" envolve a consideração de aspectos formais e materiais que, quando co-existem numa ordem normativa, fazem com que essa mesma ordem normativa seja uma ordem jurídica. O Estado de Direito é, portanto, um Estado que se encontra submetido ao Direito, nos termos por nós aí desenvolvidos. A secção 1 deste estudo define e desenvolve os termos desta definição. Sem embargo, chega-se à constatação que o conteúdo do Direito, isto é, os seus aspectos materiais, não são imutáveis. Identificamos, como cerne da ideia de Direito, a protecção igualitária da vida, da dignidade e da liberdade da pessoa humana. Saber o que isto significa em concreto, ou seja, apurar o que constitui defender a vida, a dignidade e a liberdade igualmente está, contudo, dependente de circunstâncias historicamente contingentes. Esta constatação poderá levar à observação paradoxal de que os aspectos materiais da ideia de Direito são puramente formais; o que quer que se entenda por vida, dignidade, liberdade ou igualdade deve ser protegido. Não negamos a conclusão de que o conteúdo dos aspectos materiais é mutável, o que negamos, isso sim, é a implicação de que isto os transforme em aspectos formais. Os aspectos formais, conforme desenvolvemos detalhadamente na secção 1.2 deste trabalho, ignoram o conteúdo. A existência de aspectos formais, numa ordem jurídica, equivale à constatação de que essa mesma ordem contém instituições dotadas da capacidade de criar e aplicar normas jurídicas coercivamente. Os aspectos materiais lidam com o conteúdo dessas normas, traçam um limite que, a ser ultrapassado, converterá a ordem jurídica numa ordem normativa onde se faz uso da mera força. Contudo, estes aspectos materiais não são, ao contrário do propugnado pelo jus-naturalismo, de conteúdo universal e imutável.

Na secção 3 propomos uma superação e integração das doutrinas jus-filosóficas tradicionalmente designadas por jus-naturalismo, positivismo e casuismo. O intuito desta análise é o de demonstrar que as normas jurídicas são inerentemente casuístas e positivas, razão pela qual a noção de que o Direito positivo é um sistema não entra em conflito com a filosofia segundo a qual as normas jurídicas devem ser produzidas caso a caso, e não *a priori*, de forma geral e abstracta. É nossa contenção, ao invés, que o sistema de Direito

positivo é construído a partir da resolução casuística de casos concretos. A secção 2, na qual desenvolvemos, de forma sumária, aquele que é, no nosso entender, o processo de formação de uma norma jurídica, tem por objectivo lançar os argumentos a partir dos quais nos baseamos para integrar o positivismo e o casuísmo. A secção 3 termina com a conclusão de que o Direito positivo, que é inerentemente casuísta, consiste num sistema cujo objectivo é assegurar e proteger o cerne da Justiça, derivado do Direito Natural, que tem que estar presente numa ordem normativa de forma a que esta seja considerada Direito.

Estas conclusões são aplicadas, na secção 4, aos direitos fundamentais, de forma a fundamentar a tese de que os mesmos, por serem historicamente contingentes, não têm valor intrínseco, pelo que a sua protecção é um efeito colateral da protecção igualitária dos valores vida, dignidade e liberdade da pessoa humana. Na secção 5, concluímos este estudo defendendo a ideia de que o modelo do Estado social deve ser preservado enquanto constitua o meio mais eficaz de concretizar a ideia de Direito, devendo, contudo, ser abandonado a partir do momento em que se constate que, da sua aplicação, resultem efeitos mais nefastos do que benéficos.

1. A ideia de Direito.

1.1 O Estado de Direito.

É nossa contenção que, por trás da afirmação de que determinado Estado é um Estado de Direito está a noção de que esse mesmo Estado se encontra submetido a uma certa concepção, ou ideia, de Direito, que pode ser caracterizada como uma ordem normativa coerciva dotada de aspectos formais e materiais. Entendemos, por aspectos formais, o estabelecimento de instituições tais como, por exemplo, tribunais, órgãos administrativos, ou órgãos de polícia, destinadas a criar e fazer cumprir, coercivamente, normas jurídicas.¹ Por aspectos materiais referimo-nos ao conteúdo das normas

¹ la Torre, pp. 97-134. MacCormick, pp. 31-60. Raz, Authority, pp. 37-52. Raz, Reason, pp. 123-148. Raz argúi que a existência de órgãos institucionais criadores de "normas jurídicas" (em relação ao que é, na nossa óptica, uma "norma jurídica" cf. *infra*, secção 2) não é essencial para a existência de um sistema jurídico. O que é essencial, na sua óptica, é a existência de instituições de aplicação de "normas", independentemente de qual seja a sua origem. Cf. a propósito desta ideia, Waldron, pp. 34-35. Também MacCormick defende que nem todas as "normas jurídicas" têm, necessariamente, que ser criadas por instituições. Cf. MacCormick, 11-20 e, a este respeito, cf. Ferreira, Princípio, pp. 5589-97. Por concordarmos com a posição de Raz, não incluímos a

jurídicas criadas e aplicadas pelos órgãos institucionais, que devem, necessariamente, concretizar três valores e um princípio. Os valores prendem-se com a pessoa humana: inviolabilidade da sua vida, preservação da sua dignidade e respeito pela sua liberdade. O princípio é o de que todos os seres humanos merecem igualdade de tratamento na criação e aplicação do Direito. Estes três valores, bem como este princípio, são manifestações da ideia de Justiça. Assim, de forma a ser considerada Direito, uma ordem normativa coerciva tem de englobar estes dois aspectos. Uma ideia de Direito tem, de uma perspectiva material, que ser justa, isto é, que proteger a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana, concedendo a todas as pessoas tratamento igualitário.² De uma perspectiva formal, tem que criar as instituições que assegurem, de modo efectivo e igualitário, a protecção destes três valores, que emanam da Justiça. Se uma ordem normativa não se preocupar com estes valores e princípio materiais não poderá ser considerada Direito, mas somente força ilegítima. Se, por outro lado, não se encontrar em condições de assegurar, efectivamente, o respeito e concretização desses mesmos valores, de forma igualitária, através do aparelho estatal, então a ordem normativa não será, igualmente, Direito, mas sim uma ordem moral ou religiosa.³

O "Estado de Direito" é, portanto, na nossa óptica, o Estado que opera sob uma concepção de Direito nos termos acima definidos. Esta definição do conceito de "Estado de Direito" não parece, contudo, ser sufragada pelos autores especialistas em Direito Constitucional, Teoria do Direito ou Filosofia do Direito, na medida em que, nas suas tentativas de definição deste conceito, os autores consideram somente ou aspectos formais, ou aspectos materiais do mesmo, não apresentando uma definição que englobe ambos os aspectos. Jorge Reis Novais, por exemplo, interroga-se se, por "Estado de Direito", se deve

legislatura entre os órgãos institucionais que fazem, obrigatoriamente, parte dos aspectos formais integrantes de uma ideia de Direito, apesar de não concordarmos com o seu entendimento do conceito de "norma jurídica".

² Estes três valores podem não encontrar protecção em casos específicos; assim, um indivíduo pode ver-se privado da sua vida quando alguém age contra si em legítima defesa, ou numa situação em que outrem actue ao abrigo de um estado de necessidade desculpante. Por outro lado, uma condenação a pena de prisão efectiva consiste numa supressão, por parte do Estado, da liberdade do indivíduo. O ponto relevante é o de que a não protecção não se faça arbitrariamente, isto é, sem uma razão jurídica.

³ Estamos, nomeadamente, a pensar em ordens religiosas separadas do Estado. Se uma ordem religiosa fizer uso do aparelho coercivo estatal estaremos, então, perante uma ordem jurídica. É o caso, por exemplo, do Islão, cujas disposições são, em vários países, coercivamente aplicadas aos fiéis através das instituições estatais. Quanto à questão de saber se o Islão pode, a partir de um ponto de vista material, ser considerado Direito cf. o artigo de Kuran, cujas conclusões subscrevemos, embora discordemos das suas definições do conceito de "Estado de Direito", que oscilam ora entre aspectos formais, ora entre aspectos materiais, não os englobando numa única definição. (Cf. para as definições do conceito de "Estado de Direito", Kuran, p. 72)

entender que o Estado se encontra "fundado no Direito" ou se será, ao invés, "um Estado que tem como fim o Direito ou, ainda, que actua na forma do Direito?"⁴ As interrogações, contudo, não se ficam por aqui:

O essencial no Estado de Direito serão as técnicas formais de limitação do Estado ou os direitos individuais que se procuram garantir? E, dentro destes, estará o núcleo fundamental nos *tradicionais* direitos «contra o Estado» - sobretudo no direito de propriedade - ou, preferencialmente, nos direitos a prestações positivas por parte do Estado? Tratar-se-á de uma verdadeira limitação do Estado pelo Direito ou antes de uma autolimitação resultante do próprio processo de criação do Direito pelo Estado?⁵

Ao tentarem resolver estes problemas, apurando e refinando a definição do conceito de "Estado de Direito", os autores têm, sem embargo, colocado mais questões do que aquelas que têm resolvido. A tal não será alheio o entendimento de que

O Estado de Direito surge-nos como um conceito marcadamente polissémico, moldando-se aos contornos que lhe advêm da aplicação a realidades substancialmente diferentes e recolhendo as contribuições e diferenças de perspectivas dos autores que mais profundamente o analisaram.⁶

Ao partirem do pressuposto de que estamos perante um conceito polissémico, moldável consoante as circunstâncias em que é discutido e aplicado, segue-se, naturalmente, que os vários autores identifiquem "significados diferentes" do conceito de "Estado de Direito". Reis Novais cita três autores que fazem precisamente isto, a saber, Bluntschli, Sartori e Legaz y Lacambra:

(...) já no século XIX Bluntschli assinalava cinco significados diferentes do Estado de *Direito*, como sejam: a ideia de «que o Estado se destina simplesmente a proteger os direitos dos indivíduos»; «que o Estado deve ordenar os *direitos da comunidade* ao mesmo tempo que faz reconhecer os *direitos privados*»; «que ao Estado incumbe fornecer o bem público, mas fundando toda a coacção no direito»; a «negação do fundamento religioso do

⁴ Reis Novais, Contributo, p. 21.

⁵ *Idem*, pp. 21 e 22.

⁶ *Ibidem*, p. 22.

Estado e a afirmação do seu fundamento e limites humanos»; a «luta contra o poder *absoluto* e o *Estado patrimonial* [...] e a afirmação do direito de os cidadãos participarem nos assuntos públicos». ⁷

Quanto a Sartori, este

atribuía à expressão pelo menos quatro significados, descurando intencionalmente as variantes secundárias:

- 1) «como sinónimo (ou tradução) de *rule of law*;
- 2) como equivalente de Estado constitucional na acepção *garantista* do termo;
- 3) como Estado de justiça administrativa;
- 4) na acepção formalista para a qual Estado e Direito coincidem, sendo qualquer Estado um Estado de Direito». ⁸

Por último, Legaz y Lacambra,

Noutra perspectiva, tomando como critério a natureza das limitações que envolvem o Estado, (...) considera como variantes de Estado de Direito «o Estado submetido à limitação imanente pelo Direito positivo, à limitação transcendente-imanente pelos direitos individuais ou à limitação transcendente pelo Direito natural». ⁹

Tal como acima dito, o que pretendemos realçar, através da transcrição destas opiniões, é o facto de que os vários autores, na sua tentativa de definição do conceito de "Estado de Direito", oscilam entre os aspectos formais (actuação na forma do Direito, técnicas formais de limitação do Estado, relação de identidade entre Estado e Direito, simples protecção dos direitos dos indivíduos¹⁰) e os aspectos materiais (fundado no Direito, ter por fim o Direito, garantia dos direitos individuais,¹¹ autolimitação do Estado, Estado Constitucional garantístico) do mesmo, mas não oferecem qualquer definição que englobe ambos os aspectos.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*, pp. 22 e 23.

⁹ *Ibidem*, p. 23.

¹⁰ Cf. nota 13.

¹¹ *Idem*.

É importante, neste ponto, e de forma a evitar confusões de cariz terminológico, esclarecer que a mesma formulação do conceito de "Estado de Direito" pode ser usada, por diferentes autores, tanto de um ponto de vista formal como material, o que não significa, sem embargo, que o intuito desses mesmos autores seja o de apresentar uma definição que englobe, simultaneamente, ambos os aspectos. Quando se diz, por exemplo, que, num Estado de Direito, há uma "limitação do Estado pelo Direito", esta formulação pode ser entendida tanto de um ponto de vista formal como material. Será uma definição do ponto de vista formal se o autor que a use considerar que a actuação do Estado é juridicamente limitada sem se tomar em consideração o conteúdo dessas mesmas limitações. Assim, se, por exemplo, a limitação constitucional tiver um conteúdo material absurdo, não deixa de, por via disso, limitar formalmente o Estado. Um exemplo de uma situação deste tipo pode ser dado pelo caso *Dred Scott*, no qual o *Supreme Court* dos Estados Unidos da América considerou que qualquer lei, por parte do Congresso, que levasse à abolição da escravatura seria inconstitucional em virtude de tal competência não figurar entre as atribuições do Congresso descritas na Constituição.¹² Formalmente, o Estado, através do órgão Congresso, encontrava-se limitado pelo conteúdo do Direito. Esta limitação, no entanto, não tem em conta o conteúdo material do Direito. Limita-se a constatar, formalmente, o que pode, ou não, ser feito pelo órgão legislativo. Por outro lado, a formulação "limitação do Estado pelo Direito" será uma definição do ponto de vista material, se, por exemplo, um autor a utilizar para defender a ideia de que o Estado se encontra juridicamente vinculado a respeitar certos direitos fundamentais do cidadão, não podendo, por isso, restringir ou suprimir arbitrariamente, por exemplo, o seu direito à vida, à liberdade ou à propriedade.¹³

O ponto onde queremos chegar é o de que, ao utilizarem esta e outras formulações na definição do conceito de Estado de Direito, os autores apenas pensam ou no ponto de vista formal, ou no ponto de vista material; a análise da literatura especializada nesta matéria dá a entender que os autores,

¹² C.f. 60 U.S. 393 *Scott v. Sandford*, p. 452, <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/60/393>>; cf. US Constitution, Article I, Section 8 e 9. Cf. Rehnquist, p. 409.

¹³ Este raciocínio alastra-se a outras definições do conceito de Estado de Direito como, por exemplo, "simples protecção dos direitos dos indivíduos" ou "garantia dos direitos individuais" que podem, por conseguinte, ser tomadas quer a partir de uma perspectiva formal, quer a partir de uma perspectiva material. A opção efectuada *supra*, p. 9, em incluir a primeira expressão nos aspectos formais e a segunda expressão nos aspectos materiais tem como critério único a nossa interpretação do texto de Reis Novais, bem como a do dos autores por si citados, através da qual procuramos situar o sentido com que os autores usam as referidas expressões.

implicitamente, parecem considerar que existe uma *oposição* entre os aspectos formais e materiais da ideia de Direito, como se a consagração de um dos aspectos levasse, automaticamente, à exclusão do outro.

Ora, no nosso entender, tal como acima referido, se um Estado se encontrar, apenas e só, formalmente limitado, sem quaisquer considerações materiais, não se encontra vinculado a uma ideia de Direito; faz, isso sim, uso da mera força. Se, ao invés, apenas houver limitação de um ponto de vista material, não existindo instituições formais dotadas de poderes coercivos para aplicar as regras materiais, não estamos, igualmente, perante uma ordem jurídica, mas sim perante uma ordem moral ou religiosa. Desta forma, entendemos que uma limitação do Estado pelo Direito tem que ter em conta tanto os aspectos formais como os aspectos materiais de uma ideia de Direito. Negligenciar qualquer deles equivale a dizer que aquilo que limita o Estado não é Direito.

Em ordem a sustentar esta asserção, iremos dedicar as próximas duas subsecções deste estudo à análise, em separado, dos aspectos formais e materiais, por nós identificados, da ideia de Direito, justificando, simultaneamente, a razão pela qual consideramos *estes* aspectos como essenciais à ideia de Direito, e não outros.

1.2 Os aspectos formais da ideia de Direito.

De um ponto de vista formal, Hans Kelsen observa que o Direito é uma ordem normativa composta por um conjunto de "normas jurídicas" que "regulam a conduta humana"¹⁴ através da coacção, entendendo-se este termo no sentido de que a ordem jurídica reage "contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas, (...) com um acto de coacção, isto é, com um mal (...) que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física."¹⁵ Tendo em atenção a premissa a partir da qual Kelsen desenvolve as suas ideias, - i.e. a de que este autor está interessado em formular uma "teoria pura do Direito", que "é uma teoria do Direito positivo - do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial"¹⁶ - chega-se à conclusão de que, para o autor, todas as ordens jurídicas partilham as mesmas características formais, que são próprias de uma

¹⁴ Kelsen, Teoria Pura, p. 35.

¹⁵ *Idem*, p. 37.

¹⁶ *Idem*, p. 1.

ordem normativa identificada com o Direito positivo. Dito por outras palavras, o Direito tem *traços comuns, consubstanciados em aspectos formais, cuja existência se verifica, sem exceção, em todas as ordens jurídicas*. Desta perspectiva, o conteúdo material do Direito é irrelevante tanto para a sua existência como para a sua validade. É irrelevante para a sua existência porque, nas palavras de John Austin, "a existência do Direito é uma coisa; o seu mérito ou demérito é outra. Saber se existe, ou não, é uma questão; saber se se conforma, ou não, com um determinado padrão, é outra questão. Uma lei, que exista na realidade, é uma lei, apesar de não gostarmos dela"¹⁷. É, por outro lado, irrelevante para a sua validade na medida em que "a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral"¹⁸.

É preciso, no entanto, notar que autores como Kelsen, Austin ou Gustav Radbruch,¹⁹ por exemplo, partem, na elaboração das suas reflexões, de duas perspectivas jus-filosóficas habitualmente denominadas por "positivismo", a saber: 1) a que defende que as leis são comandos emanados por seres humanos, e 2) a que sustenta que não há uma ligação necessária entre o Direito e a Moral ou entre o Direito que é e o Direito que deve ser.²⁰ Este ponto de partida, conjugado com o facto de levarem em linha de conta, nas suas considerações, somente os aspectos formais da ordem jurídica, abstraindo dos materiais, obriga Kelsen e Radbruch a constatarem, enquanto conclusão lógica das premissas nas quais baseiam os seus argumentos, que a relação entre Estado e Direito não é de submissão por parte do primeiro em relação ao segundo, mas sim de identidade, o que é notório a partir do momento em que nos questionamos acerca de onde vem a legitimidade para a feitura das leis. Radbruch arguiu que o Estado, por um lado, é, através das leis por si criadas, a *única* fonte formal²¹ do Direito; por outro lado, a existência jurídica do Estado tem como pressuposto o Direito Constitucional, o que leva Radbruch a constatar que o Estado pressupõe o Direito estatal tanto quanto o Direito

¹⁷ O texto original é o seguinte: "The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it." Austin, p. 157.

¹⁸ Kelsen, Teoria Pura, p. 77.

¹⁹ Do período antes do fim da II Guerra Mundial.

²⁰ Hart, Essays, p. 57, nota 25. Para um argumento a favor de uma relação necessária entre Direito e Moral cf. Ferreira, Relação, pp. 4211-24.

²¹ Para uma discussão acerca do conceito de fonte formal, cf. Gilissen, pp. 26-28.

estatal pressupõe o Estado. O aparente paradoxo, na óptica de Radbruch, é resolvido pelo próprio através da afirmação de que Estado e Direito estatal não são coisas distintas, não existindo, entre um e outro, qualquer relação de causa/efeito; Estado e Direito estatal são a mesma coisa, ligados entre si tal como um organismo se encontra ligado à sua respectiva organização.²²

Na mesma senda formalista/positivista, e em consonância com Radbruch, o pensamento de Kelsen vai no sentido de afirmar que o Estado, de um ponto de vista jurídico, "é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional). O Estado como pessoa jurídica é uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade."²³ O Estado surge, portanto, como personificação do Direito. À primeira vista, esta ordem de ideias poderia levar ao entendimento de que o Estado surge em consequência do Direito, isto é, como realização de uma determinada ideia de Direito. Esta não é, contudo, a posição de Kelsen, que argumenta que "[u]ma vez reconhecido que o Estado, como ordem de conduta humana, é uma ordem de coacção relativamente centralizada, e que o Estado como pessoa jurídica é a personificação desta ordem coerciva, desaparece o dualismo de Estado e Direito como uma daquelas duplicações que têm a sua origem no facto de o conhecimento hipostasiar a unidade (...) por ele mesmo constituída, do seu objecto."²⁴ Tal como defendido por Radbruch, Kelsen sustenta que Estado e Direito são a mesma coisa, o que é visível quando

penetramos a identidade de Estado e Direito, quando compreendemos que o Direito (o Direito positivo, que não deve ser identificado com a Justiça) é precisamente aquela mesma ordem de coerção que é o modo pelo qual o Estado se apresenta a um conhecimento que se não deixe prender a imagens antropomórficas mas penetre através do véu da personificação até às normas postas por actos humanos, então é absolutamente impossível justificar o Estado através do Direito.²⁵

O Estado, enquanto personificação do Direito positivo, funciona como ponto de origem de toda a subsequente criação normativa jurídico-estatal que,

²² Radbruch, *Ciência*, p. 45.

²³ Kelsen, *Teoria Pura*, pp. 261 e 262.

²⁴ *Idem*, pp. 345 e 346.

²⁵ *Idem*, p. 346.

a partir do momento da instituição do Estado, deriva toda a sua validade da Constituição.²⁶

Ao defender esta posição, Kelsen pretende rebater a visão tradicional, segundo a qual, no entender do próprio,

não é possível compreender a essência de uma ordem jurídica nacional (...) a menos que o Estado seja pressuposto como uma realidade social subjacente. Um sistema de normas, segundo essa visão, possui a unidade e a individualidade, que o faz merecer o nome de ordem jurídica nacional, exatamente porque está, de um modo ou de outro, relacionado a um Estado como fato social concreto, porque é criado "por" um Estado ou válido "para" um Estado. (...) Considera-se a relação entre o Direito e o Estado como sendo análoga à que existe entre o Direito e o indivíduo. Pressupõe-se que o Direito - apesar de criado pelo Estado - regula a conduta do Estado, concebido como um tipo de homem ou supra-homem, exatamente como o Direito regula a conduta dos homens. E, exatamente como existe o conceito biofisiológico de homem, acredita-se que existe um conceito sociológico de Estado ao lado de seu conceito jurídico, e, até mesmo, que ele seja lógica e historicamente anterior a este. O Estado como realidade social está incluído na categoria de sociedade; ele é uma comunidade. O Direito está incluído na categoria de normas; ele é um sistema de normas, uma ordem normativa. O Estado e o Direito, segundo essa visão, são dois objetos diferentes. A dualidade de Estado e Direito é, na verdade, um dos fundamentos da ciência política e da jurisprudência modernas.²⁷

Kelsen, com efeito, acredita que

esse dualismo é teoricamente indefensável. O Estado como comunidade jurídica não é algo separado da sua ordem jurídica (...). Uma quantidade de indivíduos forma uma comunidade apenas porque uma ordem normativa regulamenta sua conduta recíproca. A comunidade (...) consiste tão-somente numa ordem normativa que regulamenta a conduta recíproca dos indivíduos. O termo "comunidade" designa o fato de que a conduta recíproca de certos indivíduos é regulamentada por uma ordem normativa. (...)

²⁶ *Idem*, pp. 250-253, pp. 299-305.

²⁷ Kelsen, Teoria Geral, pp. 262 e 263.

Como não temos nenhum motivo para supor que existam duas ordens normativas diferentes, a ordem do Estado e a sua ordem jurídica, devemos admitir que a comunidade a que chamamos de "Estado" é a "sua" ordem jurídica.²⁸

Conforme temos vindo a realçar, todos estes considerandos assentam em argumentos baseados nas características formais dos ordenamentos jurídicos; assim, onde quer que haja uma comunidade politicamente organizada que consiga, através de um governo central, estabelecer uma ordem jurídica coactiva, nos termos definidos por Kelsen, existe, simultaneamente, Estado e Direito. Não há, portanto, qualquer padrão contra o qual medir a justiça do conteúdo do Direito, até porque

Justiça é uma idéia formal. A duas questões ela não responde; ao contrário, toma-as como pressupostos incontestáveis. Entendida como tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, não nos diz 1. quem deve ser considerado igual ou desigual, nem 2. como devem ser tratados os iguais e os desiguais. A igualdade resulta sempre de uma abstração da desigualdade existente, pois as coisas e os homens neste mundo são tão diferentes entre si como "um ovo em relação a outro ovo".²⁹

Radbruch parece manter, deste modo, que o valor Justiça, apesar de ser "um valor absoluto", e de constituir "[a] pauta axiológica do Direito positivo, meta do legislador", não consegue, pelo facto de o seu cerne ser "a idéia de igualdade",³⁰ que, na sua óptica, é uma ideia meramente formal, funcionar como padrão contra o qual avaliar a validade do Direito. O Direito existe, e é válido, não só porque provém do Estado, mas também porque o Estado é a personificação do Direito; a Justiça é, neste domínio, um critério inoperante. De facto, a possibilidade de existir Direito injusto demonstra, para Radbruch e Kelsen, que os únicos critérios necessários para averiguar a existência de um "Estado de Direito", na acepção de Kelsen,³¹ são os critérios formais que temos vindo a analisar, o que os leva à conclusão de que Estado e Direito são idênticos, ou seja, são uma única e mesma entidade. Assim, deste ponto de vista, um Estado de Direito não seria um Estado submetido ao Direito, mas

²⁸ *Idem*, p. 263.

²⁹ Radbruch, *Filosofia*, p. 25.

³⁰ *Idem*, p. 24.

³¹ Kelsen, *Teoria Pura*, pp. 340 e 341.

sim um Estado onde as "normas jurídicas" fossem criadas de acordo com o estabelecido pela "norma" mais alta do ordenamento jurídico,³² aquilo que tanto Radbruch como Kelsen chamam "Constituição" que, por sua vez, na óptica de Kelsen, deriva a sua validade de uma norma pressuposta que este designa por "norma fundamental" (*Grundnorm*).³³

Assim sendo, os aspectos materiais do Direito seriam somente marginalmente relevantes; poderiam auxiliar na distinção entre diferentes ordens jurídicas, na medida em que serviriam de critério para decidir se determinada "norma" pertenceria, ou não, a determinado ordenamento jurídico, tal como é defendido por H.L.A. Hart na elaboração da sua tese acerca dos pontos de vista "interno" e "externo" das regras.³⁴ Contudo, do ponto de vista puramente formal subscrito por Kelsen e Radbruch, o critério decisivo seria o de saber *que* Estado criou determinada "norma jurídica", dada a relação de identidade entre Estado e Direito. Assim, por exemplo, de forma a saber se uma determinada "norma jurídica" *existe* e é *válida* no Direito português, bastaria analisar se a mesma foi posta pelo órgão ao qual a Constituição atribui poderes legislativos, de acordo com os trâmites por si definidos, razão pela qual a tese dos "pontos de vista interno e externo", propugnada por Hart, teria, na óptica de pensadores como Kelsen, muito mais utilidade na aferição da *eficácia* das "normas jurídicas" enquanto condição de validade das mesmas,³⁵ do que propriamente na análise da *pertença* a uma determinada ordem jurídica, que é um aspecto puramente formal.

Em suma, e apesar de não concordarmos com a identificação, efectuada por Kelsen e Radbruch, entre Estado e Direito, estamos em crer que uma ordem normativa só pode ser Direito se, conforme advogado por estes dois autores, for dotada de coercividade, o que advém da institucionalização de certos órgãos criadores e aplicadores do Direito. A discórdia entre o nosso ponto de vista e o destes autores prende-se com o facto de, na nossa opinião, os aspectos formais essenciais à identificação de determinada ordem normativa como sendo uma ordem jurídica serem insuficientes para efectuar essa mesma qualificação. Os aspectos formais, isto é, a coercividade e a institucionalização

³² *Idem*.

³³ Kelsen, Teoria Pura, pp. 51 e 52, 215-250. Kelsen, Teoria Geral, pp. 161-163, 168-178. Kelsen, Normas, pp. 326 e 327.

³⁴ Hart, Concept, pp. 88-99.

³⁵ Kelsen, Teoria Pura, p. 12, 103, 236-243. Kelsen, Teoria Geral, pp. 29-44. Kelsen, Normas, pp. 176-179.

de órgãos responsáveis pela criação e aplicação de regras positivas, não são, por si sós, suficientes para distinguir um sistema jurídico de um outro sistema normativo baseado na mera força. O fenómeno dos Estados falhados explica isto mesmo. Um Estado falhado é um Estado que contém, na sua estrutura organizativa, os mesmos aspectos formais, isto é, as mesmas instituições que se encontram em Estados de Direito. Não é, contudo, capaz de se manter como uma unidade política e economicamente governável, faltando-lhe legitimidade aos olhos da comunidade internacional.³⁶ As leis criadas pelo seu legislador, bem como as decisões dos seus órgãos jurisdicionais, contêm grande potencial para restringir ou suprimir os três valores por nós identificados como fazendo parte da concepção material de Direito, bem como para não tratar todos os destinatários de forma igualitária. De um ponto de vista formal, todos os Estados, sejam estes de Direito, autoritários, totalitários ou falhados são iguais, isto é, possuem instituições que desempenham funções de criação e aplicação de normas que detêm, para os seus destinatários, idêntica coercividade. Kelsen está ciente desta situação, de tal forma que afirma que "todo o Estado é um «Estado de Direito»".³⁷ Kelsen entende as implicações da sua posição, que encara como naturais do ponto de vista de uma *teoria pura* do Direito, que não se preocupa com a análise de aspectos materiais. Quanto a Radbruch, este acabou por mudar de posição, já que, após o fim da II Guerra Mundial, passou a sustentar que "o Direito é a vontade de alcançar a Justiça",³⁸ acabando por concluir que "[h]á princípios de Direito que são mais importantes do que qualquer acto jurídico-positivo, de tal forma que uma lei que os contrarie não terá validade."³⁹ Assim sendo, aquilo que distingue o Direito de outras manifestações coercivas de força não é a existência de um aparelho estatal. Esta é condição necessária, mas não suficiente para que se esteja diante de uma ideia de Direito. Apenas a sua conjugação com os aspectos materiais, que serão discutidos na próxima subsecção, poderá criar uma concepção, ou ideia, de Direito.

1.3 Os aspectos materiais da ideia de Direito.

³⁶ Griffiths, O'Callaghan e Roach, p. 108.

³⁷ Kelsen, Teoria Pura, p. 340.

³⁸ Radbruch, Fünf Minuten, terceiro minuto. O original é o seguinte: "Recht ist Wille zur Gerechtigkeit."

³⁹ *Idem*, quinto minuto. O original é o seguinte: "Es gibt also Rechtsgrundsätze, die stärker sind als jede rechtliche Satzung, so daß ein Gesetz, das ihnen widerspricht, der Geltung bar ist."

Josef Esser escreve que "[o] Direito apenas é ordem (ordenamento) enquanto esta pode ser referida à ideia de Direito, enquanto aspira a realizar esta ideia", sendo que esta mesma ideia "exige uma ordem *com determinado sentido, uma ordem justa*."⁴⁰ Por este motivo, João Baptista Machado acrescenta que "nenhuma ordem jurídica se encontra que não leve inscrita em si, pelo menos, uma *pretensão de validade*, no sentido de pretensão de justiça. Donde resultará que toda e qualquer ordem jurídica deve ser confrontada (e entendida de acordo) com essa sua pretensão (postulação) intrínseca."⁴¹

Esser e Baptista Machado referem-se aos aspectos materiais da ideia de Direito, que derivam do valor Justiça. Em contraposição com os aspectos formais, que são facilmente identificados pelos autores discutidos na subsecção anterior, não existe, de um ponto de vista material, uma concepção unívoca de Direito, passível de ser universalmente aplicada e seguida. A maneira como o Direito, a partir desta perspectiva, é concebido é variável no tempo e no espaço, sendo que factores contingentes, de ordem histórica, sociológica, política, teológica, filosófica ou ética, entre muitos outros, influem na formação da concepção material de uma dada ideia de Direito. Existem, no entanto, certas características que fazem com que determinada ideia seja, precisamente, uma *ideia de Direito*, o que significa que, independentemente dos factores contingentes acima referidos a título de exemplo, bem como da era ou do local em que surja, uma ideia de Direito tem, necessariamente, que conter certos princípios e valores, de forma a poder ser qualificada *como* ideia de Direito, e não como mero uso da força por parte de quem detenha, circunstancialmente, o poder.⁴²

Na nossa óptica, conforme acima referido, os valores universais que emanam da Justiça, e que, quando objecto de protecção por parte de uma determinada ordem normativa lhe dão o qualificativo de "Direito", são a vida, a dignidade e a liberdade humanas, apoiados pelo princípio de que todos os seres humanos devem ser tratados igualmente pelo Direito. Com isto, não estamos a excluir a possibilidade de outros valores e princípios poderem emanar de uma determinada concepção de Justiça; o ponto onde pretendemos chegar é o de que *todas* as concepções de Justiça incluem, necessariamente, os

⁴⁰ Citação retirada de Machado, pp. 32 e 33.

⁴¹ *Idem*, p. 33.

⁴² d'Entrèves, pp. 3 e 4.

valores e o princípio por nós referidos. Todos os outros valores e princípios que derivem de determinada concepção de Justiça são contingentes e, por isso, variáveis no tempo e no espaço. Na medida em que uma ideia de Direito leva, em si mesma, o desiderato de alcançar a Justiça, o Direito tem que proteger, igualmente, os três valores primordiais da Justiça.

O Direito é, contudo, mais amplo do que a Justiça. Isto significa que, numa determinada ordem normativa, que será considerada Direito na medida em que respeite os valores e princípio por nós identificados como essenciais para a realização da Justiça, poderão existir normas jurídicas valorativamente neutras (v.g. conduzir pelo lado direito da estrada)⁴³ bem como algumas normas jurídicas injustas.⁴⁴ As últimas serão tão válidas quanto as normas justas, desde que a sua injustiça não suprima ou restrinja *arbitrariamente* a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas. De um ponto de vista material, portanto, o Direito não tem que ser *totalmente* justo, o que é facilmente compreensível a partir do momento que se entenda que a administração da Justiça não é o único desiderato do Direito, apesar de, indubitavelmente, ser o mais importante. O Direito visa também garantir a segurança das pessoas, bem como a sua convivência em sociedade, o que, pontualmente, poderá implicar o sacrifício

⁴³ Contra a existência de normas jurídicas valorativamente neutras, António Pedro Barbas Homem, colocando-se em diálogo com Paulo Otero, argumenta o seguinte: "Com a ideia de neutralidade axiológica pretende sublinhar-se que existiriam normas jurídicas em que se não coloca a «possibilidade de um juízo de justiça ou de injustiça» (Paulo Otero). (...) Contudo, discordamos deste ponto de vista da neutralidade de algumas normas jurídicas, questão na qual ainda se detectam vestígios de uma mais ampla concepção da neutralidade axiológica do direito e da ciência do direito. Podemos contraditar com o exemplo em regra fornecido de uma norma neutra: a norma do Código da Estrada que determina que o trânsito se efectue pelo lado direito da via não expressaria nenhuma ideia de justiça, mas seria uma pura norma de direcção, sem transcendência em termos de justiça. A este raciocínio contraponho o seguinte: o condutor que no nosso país fosse autuado pelas forças policiais por guiar no lado errado da via não poderia invocar estar a violar uma simples norma sem conteúdo valorativo, para o efeito de se furtar a uma pena de prisão ou outra. Não é da sanção que a lei estabelece para o infractor de uma regra legal que podemos retirar o carácter valorativo das normas jurídicas, situação em que estaríamos a cair no puro arbítrio; pelo contrário, é do conteúdo valorativo de qualquer norma jurídica que podemos extrair a consequência da sua relevância em termos sancionatórios (...). Estas observações são igualmente válidas para as normais conceptuais (conceituais), que contêm a definição de conceitos jurídicos (...) Estas normas conceptuais encerram em si uma das tarefas principais da ciência do direito, pelo que admitir que se encontram desprovidas de dimensão axiológica pode ser entendido como recusar o papel da dogmática jurídica como limite ao arbítrio legislativo (...). Pelo contrário, entendemos que a dogmática jurídica constitui um limite essencial para o programa de acção de qualquer legislador e um limite à manipulação dos conceitos. Precisamente porque, e em síntese, não pode aceitar-se que existam normas indiferentes ao julgamento moral ou ao julgamento ético – nem ao julgamento científico." (Barbas Homem, p. 18, nota 20)

Apesar de subscrevermos o raciocínio desenvolvido por Barbas Homem a propósito das regras conceptuais, não concordamos com a asserção segundo a qual não existem, pura e simplesmente, regras jurídicas axiologicamente neutras e, por isso, não acompanhamos a análise feita pelo autor a regras semelhantes à do Código da Estrada, que é aqui referida a título de exemplo.

⁴⁴ Cf. *infra*, secção 2.

de certos valores e princípios emanados pela Justiça. Não poderá, no entanto, suprimir ou restringir, arbitrariamente, os valores e princípio por nós identificados. Se o fizer, a ordem normativa não será Direito, mas apenas força.

Creemos que a razão pela qual escolhemos os três valores, bem como o princípio, acima mencionados como constituindo o cerne da Justiça e, por conseguinte, de uma ideia de Direito, é óbvia: o Direito é um instrumento humano criado, primordialmente, com o propósito de administrar a Justiça e, portanto, de proteger, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade humanas. Estamos em crer que, historicamente, as tentativas de definição gerais do conceito de Justiça têm contribuído para o exacerbamento de um debate supérfluo, na medida em que se tenta incluir na definição deste conceito, que se tem por universal, certos aspectos meramente contingentes e, portanto, não universais. Isto faz com que não exista concordância em relação ao conteúdo da ideia de Justiça, a tal ponto que Miguel Reale, após uma descrição histórica da evolução do conceito, chega à conclusão de que "é mister abandonar tanto o propósito de alcançar uma ideia universal de justiça como o de reduzi-la a um conjunto de perspectivas ou de requisitos formais, capazes de legitimar as relações jurídicas, pois ela é inseparável de sua concreta projecção na experiência."⁴⁵ Isto, contudo, só acontece, na nossa opinião, devido, precisamente, ao facto de se tentar enquadrar, numa definição *universal* de Justiça, princípios e valores contingentes que, por conseguinte, são inseparáveis da sua "concreta projecção na experiência". A partir do momento em que isto se faça, a concepção da Justiça passa, automaticamente, a ser historicamente contingente, o que leva a duas consequências, a saber: 1) os aspectos materiais da ideia de Direito podem variar no espaço; aquilo que é considerado justo, por exemplo, na Europa poderá não o ser no Médio-Oriente, e vice-versa. 2) O conceito de Justiça varia no tempo, pelo que, num dado local, aquilo que contemporaneamente é considerado justo poderá não o ter sido no passado, sendo possível que deixe de o ser no futuro. Deste ponto de vista, basear uma concepção de Direito na ideia de Justiça, conforme advogado por Esser e por Baptista Machado, revela-se uma fórmula vazia, na medida em que, potencialmente, a Justiça poderá ter qualquer conteúdo e, portanto, não funciona como limite do poder.

⁴⁵ Reale, p. 197.

Para obviar a estas dificuldades, é preciso identificar que princípios e valores não são historicamente contingentes; esses, estamos em crer, são os três valores, bem como o princípio, por nós acima referidos. A protecção da vida, da dignidade e da liberdade humanas, de forma igualitária, é algo que será *sempre* preciso fazer para que uma ordem normativa administre a Justiça e seja, por isso, considerada Direito. Sempre que um destes valores é descuidado, ou não é protegido segundo o princípio da igualdade - tratar o igual como igual e o desigual como desigual -, estaremos perante uma ordem normativa não jurídica, por muito coerciva que seja.

A este argumento apresenta-se uma objecção óbvia: certas instituições do passado, como, por exemplo, a escravatura ou a tortura, por muito injustas que sejam à luz dos padrões contemporâneos, não eram vistas, no passado, como tal pela grande maioria da população mundial, pelo que a sua prática era frequente e aceite, tanto moral como juridicamente. Uma de duas consequências aparentes advém, a partir da constatação deste facto, para o argumento acima exposto, a saber: 1) ou o argumento é incorrecto, ou 2) o argumento implica que, até à abolição da escravatura ou da tortura, as várias ordens normativas que existiram, até então, nos vários Estados, a nível mundial, não eram Direito, mas mera força, em virtude de não protegerem quer a dignidade, quer a liberdade de certas pessoas, assistindo-se a uma discriminação injustificada, violadora do princípio da igualdade.

Estas duas conclusões são, sem embargo, improcedentes pelo mesmo motivo: o que mudou não foi a protecção conferida aos três valores, ou o princípio do tratamento igualitário, mas sim o pensamento filosófico subjacente à condição do escravo enquanto pessoa, ou do arguido no processo penal. Em relação à escravatura, o escravo, no passado, estava numa posição, em certa medida, análoga àquela em que os animais se encontram no presente. Na actualidade, certos tipos de animais são "escravizados", isto é, são utilizados como bestas de carga na execução de certas tarefas. Outros são empregues na produção de alimentos ou de vestuário. Outros ainda são usados para fins de entretenimento - v.g. tourada, circo, etc. Se, por hipótese, no futuro, o pensamento filosófico subjacente à condição dos animais mudar e, através do Direito, o Homem lhes conferir uma protecção idêntica àquela que, actualmente, existe para o ser humano, tal evento não transformará, retroactivamente, as ordens normativas que, até então, se consideravam Direito, em ordens normativas onde se faz o uso da mera força. Segundo o

pensamento filosófico dominante contemporaneamente, os animais não merecem a mesma protecção que o ser humano porque, simplesmente, são *diferentes* do Homem, são considerados, para todos os efeitos, criaturas inferiores ou que, pelo menos, não têm a *mesma* dignidade. Este tipo de pensamento, que, actualmente, começa a ser desafiado por alguns filósofos,⁴⁶ leva, em nome do princípio da igualdade, a tratar de forma desigual o que é desigual. Ora, o escravo encontrava-se, no passado, numa situação desigual. Ou não era considerado uma pessoa ou, se o era, não seria uma pessoa igual ao seu dono, pelo que não era merecedora de uma protecção quer jurídica, quer moral, idêntica.

Quanto à tortura, conforme explica Beccaria, "uma crueldade consagrada pelo costume, na maior parte das nações, é a tortura do réu durante o processo".⁴⁷ O adjectivo "crueldade" é fruto do pensamento de Beccaria, que, conforme o próprio põe em evidência, está à frente do seu tempo, dado que o costume, na sua época, era o de utilizar a tortura no processo criminal. Isto revela que, antes do Iluminismo, não se considerava que a protecção da integridade física do indivíduo - que até poderia não ser criminoso, dado que a tortura fazia parte do processo, não sendo uma pena⁴⁸ - fizesse parte da sua dignidade, da mesma forma que não se considerava o escravo uma pessoa, ou, então, considerava-se uma pessoa inferior às pessoas livres. Sendo a tortura costumeira, vista como fazendo parte da tradição jurídica, tem que se chegar, forçosamente, à conclusão de que, no passado, não era encarada como uma ofensa à dignidade da pessoa humana. Este quadro de pensamento justifica a existência e utilização da tortura; aquilo que explica a sua abolição é a mudança do pensamento filosófico acerca desta matéria.

Instituições como a escravatura ou a tortura não invalidam, por conseguinte, o argumento de que uma ideia de Direito tem, necessariamente, que proteger igualitariamente a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. Estes valores eram, mesmo no tempo da escravatura ou da tortura, protegidos de forma igualitária, visto que tanto o escravo como o arguido encontravam-se numa situação desigual e, portanto, eram tratados de forma desigual. O facto de esta forma de pensar ter mudado não converte,

⁴⁶ Cf. Singer, *Practical*, pp. 55-134, Singer, *Applied*, pp. 215-228, Regan, especialmente pp. 1-22 e pp. 91-122.

⁴⁷ Beccaria, p. 60. O original é o seguinte: "Una crudeltà consacrata dall'uso nella maggior parte delle nazioni è la tortura del reo mentre si forma il processo".

⁴⁸ *Idem*, pp. 60-66.

retroactivamente, as ordens normativas do passado de jurídicas para não-jurídicas, isto é, para ordens normativas onde apenas e só imperava a força. A ser assim, teríamos que admitir que um hipotético evento futuro, o de considerar os animais como equiparáveis aos seres humanos, mudaria, retroactivamente, a concepção que, contemporaneamente, temos do Direito. Por esta ordem de ideias, um evento futuro transformaria todas as ordens normativas que, na actualidade, são consideradas ordens jurídicas em ordens normativas onde se faz uso ilegítimo da mera força.

A alternativa seria considerar que a não protecção, de forma arbitrária, da vida, da dignidade e da liberdade é compatível com a ideia de Direito. Esta alternativa, contudo, cai nas posições formalistas de Kelsen e do Radbruch antes de 1945, e, por isso, deve ser rejeitada pelas razões acima deduzidas.

Os valores vida, dignidade e liberdade da pessoa podem ter um conteúdo variável no tempo e no espaço, passando-se o mesmo com a aplicação do princípio da igualdade. Com efeito, se se usasse os padrões de dignidade da Idade Média para analisar o mundo actual, chegar-se-ia à conclusão que, no século XXI, todos, sem excepção, vivemos uma vida digna. Conversamente, constatar-se-ia que, na Idade Média, muito poucas pessoas levariam uma vida digna, tendo em atenção os padrões contemporâneos. O mesmo pode ser dito da liberdade. A noção de que ser livre implica poder escolher, através de sufrágio universal, quem serão os indivíduos que representarão o povo num parlamento seria, até bem dentro do século XX, considerada ridícula - com efeito, ainda o é, em Estados onde, por exemplo, as mulheres não têm direitos políticos. A discussão acerca da possibilidade de se permitir a execução da eutanásia activa sobre doentes em estado terminal revela, por exemplo, que não há consenso acerca de se o "direito a morrer" é, ou não, uma emanção dos valores dignidade e liberdade humana. A própria vida é um valor cujo conteúdo poderá vir a ser reequacionado se, no futuro, for possível a realização de transplantes de cérebro.⁴⁹ Por último, a aplicação do princípio da igualdade, segundo o qual há que tratar o igual por igual, e o desigual por desigual, estará sempre dependente, de forma a aferir-se o seu conteúdo concreto, acerca do que, filosoficamente, é igual ou desigual. Questões como a comparação entre o escravo e o homem livre, o nascituro e a pessoa nascida, ou a pessoa humana e o animal, têm um conteúdo divergente no tempo e no espaço, pelo que aquilo

⁴⁹ McMahan, pp. 14-24 e 31-35.

que no passado foi desigual hoje em dia poderá ser igual, tal como aquilo que hoje é desigual poderá, no futuro, vir a ser igual.

Assim sendo, o Direito não se pode desanexar do pensamento filosófico. Por muito que se afirme que uma ideia de Direito está adstrita à garantia da protecção igualitária da vida, da dignidade e da liberdade da pessoa humana, o conteúdo concreto destes valores é contingente, estando dependente do progresso da técnica bem como do pensamento filosófico. A técnica permite que, contemporaneamente, se proteja a vida utilizando recursos que, no passado, não se encontravam disponíveis. Se, no futuro, a tecnologia que permite a transplantação de cérebro for criada será que fará sentido falar-se no direito à integridade pessoal como emanção dos valores vida e dignidade humana? Este conjunto de questões complexas apenas demonstra que o conteúdo dos valores que estão no cerne de uma ideia de Direito é, potencialmente, variável. Contudo, uma ideia de Direito protegerá sempre esses mesmos valores.

1.4 O papel dos direitos fundamentais na ideia de Direito.

Os argumentos delineados nas duas subsecções anteriores visam apoiar a tese, referida na subsecção 1.1, de que as várias definições do conceito de "Estado de Direito", apresentadas pela literatura especializada, são incompletas na medida em que se concentram ora em aspectos formais, ora em aspectos materiais, quando ambos os aspectos, na realidade, se complementam. Um Estado submetido ao Direito é um Estado que consegue assegurar, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade dos seus cidadãos através de instituições dotadas da coercividade necessária para criar e executar normas jurídicas que regulem o comportamento dos indivíduos em sociedade.

De entre as definições do conceito de Estado de Direito cujo foco assenta em aspectos materiais, aquela que, contemporaneamente, parece ser a mais consensual é a que defende, nas palavras de Reis Novais, ser "possível isolar, como componente essencial e determinante do conceito [de Estado de Direito], o núcleo constituído pela liberdade e direitos fundamentais do cidadão".⁵⁰ Com efeito, "independentemente da época, países ou condições de vigência, este [núcleo constituído pela liberdade e direitos fundamentais do

⁵⁰ Reis Novais, Contributo, p. 25.

cidadão] será o elemento sem o qual não haverá Estado de Direito."⁵¹ Por esta razão, Reis Novais considera "vantajoso colocar a tónica do conceito de Estado de Direito na função garantista individual (a da garantia dos direitos fundamentais)".⁵² Na nossa óptica, Reis Novais considera, incorrectamente, que o que o Estado submetido ao Direito visa proteger são os direitos fundamentais em si mesmos, não se apercebendo, por conseguinte, de que os direitos fundamentais são apenas um *meio* para proteger, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos. Não obstante serem o *meio mais eficaz* para o fazer, a história demonstra que não são o *único meio* possível, razão pela qual uma ideia de Direito não precisa, *necessariamente*, que quaisquer direitos fundamentais sejam positivados pelo legislador. Na realidade, os direitos fundamentais são uma problemática de Direito positivo, o que significa que a sua consagração, restrição e supressão é resultado da acção política, e não manifestação da necessidade intrínseca que o Estado de Direito tem em proteger igualmente a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. Os direitos fundamentais constituem o meio mais eficaz de conseguir este desiderato, mas não o único. A decisão sobre que meios utilizar para se conseguir um objectivo é inerentemente política.

As próximas três secções deste estudo serão dedicadas à análise e justificação das asserções acima efectuadas. Assim, na secção 2 analisaremos aquele que é, no nosso entender, o processo de formação de uma norma jurídica. As conclusões dessa análise servirão de base para justificar a nossa tese, explanada na secção 3, de que as filosofias jus-naturalista, positivista e casuísta não descrevem, quando consideradas isoladamente ou em oposição umas às outras, acertadamente, nem a essência, nem o modo de funcionamento do Direito. O funcionamento do Direito assenta na integração de certos aspectos destas três doutrinas jus-filosóficas. O Direito é, inerentemente, casuísta e positivo, tendo como função preservar os três valores emanados pelo Direito Natural, por nós identificados, respeitando o princípio da igualdade. Utilizaremos as conclusões extraídas dos argumentos delineados nas secções 2 e 3 para, na secção 4, desenvolvermos a tese de que os direitos fundamentais são, unicamente, produto do Direito positivo. A sua protecção é feita, somente, dentro dos quadros jurídico-positivos da ordem jurídica de um determinado Estado. A regulação, através de disposições constitucionais

⁵¹ *Idem.*

⁵² Reis Novais, Trunfos, p. 24.

positivas, da sua consagração, restrição ou supressão, que é feita em termos que sugerem, erradamente, que os direitos fundamentais são fins em si mesmos,⁵³ não implica que os direitos fundamentais sejam, por si só, protegidos pela ideia de Direito. O que uma ideia de Direito requer é que se proteja igualmente a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana, sendo-lhe indiferente se tal é feito através da outorga de direitos fundamentais ou de qualquer outro método.

2. O conceito de "norma jurídica". As leis e as decisões judiciais "justas" ou "injustas".

Nesta secção, faremos um excuro no qual esclarecemos e justificamos aquilo que entendemos por "norma jurídica", avaliando, simultaneamente, até que ponto faz sentido adjectivar as leis e as decisões judiciais como "justas" ou "injustas". As conclusões a que chegaremos serão, na secção 4, aplicadas à problemática dos direitos fundamentais, e serão utilizadas como justificação da seguinte posição: os direitos fundamentais, tanto os de liberdade como os sociais, são preceitos jurídico-positivos, isto é, são *postos* pela comunidade, quer através do costume (situação algo rara nos dias de hoje), quer pelos representantes do povo, através da lei, na qual se inclui a Constituição enquanto Lei Fundamental. Nesta medida, não existe, entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, qualquer distinção prática ou conceptual. Ambos, enquanto direitos subjectivos positivos, são judicialmente exigíveis, sendo que o Estado, tanto no caso dos direitos de liberdade como no dos direitos sociais, poderá ser obrigado quer a abster-se de praticar certas condutas, quer a efectuar prestações aos cidadãos.⁵⁴ Os direitos fundamentais não são, todavia, mais do que meios, porventura mais eficazes do que quaisquer outros, de que o Estado dispõe para administrar, através do Direito, a Justiça, protegendo, de forma igualitária, a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. Procuraremos demonstrar, portanto, que os direitos fundamentais não têm, em si mesmos, qualquer valor; são somente um meio

⁵³ Dito por outras palavras, os direitos fundamentais poderão ser protegidos como fins em si mesmos dentro do quadro do Direito positivo. Não são, contudo, fins em si mesmos no quadro de uma ideia de Direito, da qual o Direito positivo é apenas uma parte.

⁵⁴ Quanto a estas três questões (exigibilidade judicial dos direitos fundamentais, obrigações negativas e obrigações positivas por parte do Estado) cf. Abramovich e Cortis, pp. 19-64. Contra a possibilidade de se qualificar os direitos sociais como direitos subjectivos cf. Atria.

para garantir os três valores e o princípio por nós identificados como cerne da Justiça. Positivar, restringir ou suprimir direitos fundamentais são, por conseguinte, opções políticas. Se a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos puder ser protegida, de forma igualitária, através de qualquer outro meio que não envolva a concessão de direitos subjectivos (fundamentais ou de outro cariz) aos cidadãos, não vemos por que razão tal não possa ser feito pelo Estado. De forma a justificarmos esta posição temos, contudo, que esclarecer, primeiro, o que se deve entender por "norma jurídica", e até que ponto faz sentido qualificar as leis e as decisões judiciais como "justas" ou "injustas".

Segundo os oponentes da utilização da ideia de Justiça como base da concepção do Direito e limite da arbitrariedade do poder, é inegável que certos preceitos jurídicos são injustos e, no entanto, a sua validade não é posta em causa. Mesmo que se concedesse, continuaria o argumento, que experiências como o nacional-socialismo ou a governação através da ideia *Juche* na Coreia do Norte⁵⁵ não são exemplos de governação estadual através de uma ideia de Direito, mas somente mera força, dada a brutalidade e injustiça flagrantes desses regimes, o que é facto é que, em Estados considerados Estado de Direito existem leis e decisões judiciais injustas que, sem embargo, são perfeitamente válidas e, por isso, coercivas, isto é, obrigatórias para os seus destinatários. Nestes casos, concluiria o argumento, demonstra-se que a existência e validade do Direito não depende exclusivamente de aspectos materiais; os aspectos formais - segurança jurídica fornecida pelo Direito positivo, através da conformação das decisões judiciais às leis e da execução coerciva das sentenças - bastam para conferir essa mesma existência e validade.

No entanto, num Estado de Direito, podem existir normas jurídicas injustas perfeitamente válidas, desde que a sua injustiça não se consubstancie numa supressão ou restrição arbitrária da vida, da dignidade ou da liberdade da pessoa humana. O que, nas linhas que se seguem, iremos fazer é apresentar um argumento no sentido de demonstrar que a existência de normas injustas num *ordenamento jurídico*, isto é, num Estado submetido a uma ideia de Direito, é uma ocorrência extremamente rara. Para tal, iremos explicar o que se deve entender por "norma jurídica".

É nossa contensão que adjectivar leis como sendo "justas" ou "injustas" é uma ilusão, se se tomar a lei como fonte do Direito. Com efeito, uma lei, que

⁵⁵ Ferreira, Juche.

mais não é do que um texto, escrito ou oral, que contém proposições linguísticas a que tradicionalmente se chamam "normas", pode ser tomada em si mesma ou enquanto fonte do Direito. Normalmente, é tomada em si mesma quando é objecto de uma análise histórica ou filosófica; é, por outro lado, tomada enquanto fonte do Direito se, durante o seu período de vigência, for utilizada para resolver um caso concreto. Assim, a Lei das XII Tábuas, por exemplo, só pode ser objecto de análises históricas (que expliquem, entre outras coisas, as razões do seu surgimento ou relatem o seu modo de aplicação efectiva) ou filosóficas (que analisem, por exemplo, os seus fundamentos ou a sua justiça); não pode, contudo, ser, na actualidade, utilizada como fonte do Direito, na medida em que não está em vigor em nenhuma parte do mundo.

Em *O princípio da legalidade e a segurança jurídica - um ensaio sobre interpretação e norma jurídica*, descrevemos aquele que é, no nosso entender, o processo de formação de uma norma jurídica.⁵⁶ Muito sucintamente, e tomando em consideração apenas aquilo que é relevante para este trabalho, uma norma jurídica surge em resultado da resolução de uma questão de Direito, dado que decidir um caso concreto é algo que

resulta da conjugação entre a interpretação do texto das fontes, os valores ou princípios que existam no ordenamento jurídico e os factos presentes num determinado caso concreto. A norma jurídica é, por conseguinte, sempre individual e concreta, visto que nunca nasce independentemente dos factos de um caso concreto. O facto de a maioria dos casos iguais ou semelhantes ser, durante um longo período de tempo, decidida da mesma forma acaba por criar a ilusão de que a "norma" já existe a partir do momento em que uma lei é promulgada ou um costume ganha a convicção de obrigatoriedade. Na realidade, o que sucede é que a questão de Direito torna-se suficientemente consolidada para que se consiga prever, com quase cem por cento de certeza, que norma jurídica será criada pelo juiz para pôr fim à disputa.⁵⁷

Na medida em que as normas jurídicas têm por função regular o funcionamento da sociedade e o comportamento dos indivíduos que a formam, é ilusório pensar que as mesmas podem ser postas através de proposições linguísticas gerais e abstractas contidas em leis (ou extraíveis do costume); conforme por nós defendido no ensaio acima citado, a interpretação de uma

⁵⁶ Ferreira, *Princípio*, pp. 5585-99.

⁵⁷ *Idem*, pp. 5598-9.

lei apenas revela o sentido linguístico dos vocábulos nela utilizados,⁵⁸ que, por sua vez, manifestam a intenção do seu autor,⁵⁹ sendo inadequada para, por si só, determinar a conduta dos indivíduos. Não existem, portanto, "normas jurídicas" plasmadas em leis. A norma jurídica só surge quando, perante os factos de um caso concreto, e tendo em atenção o conteúdo das fontes aplicáveis ao mesmo, bem como os valores e princípios presentes no ordenamento jurídico, o indivíduo, raciocinando por si próprio, através do aconselhamento de um jurista, ou por imposição de um juiz, é determinado a comportar-se de certa maneira.

Assim sendo, classificar uma lei como "justa" ou "injusta" só faz sentido a partir de uma análise histórica ou filosófica da mesma; enquanto fonte do Direito, tal classificação não faz sentido porque, aqui, a lei é apenas uma parte da decisão judicial. Poderá, consoante os casos, desempenhar um papel importante ou negligenciável, o que leva à constatação de que uma lei histórica ou filosoficamente "injusta" poderá não produzir uma decisão judicial injusta. A Lei das XII Tábuas, por exemplo, prevê que os credores, quando exista mais do que um, possam esquitejar o devedor em partes iguais, de forma a satisfazerem o seu crédito.⁶⁰ É uma lei filosoficamente injusta, dado que coloca o direito de crédito num patamar hierarquicamente superior ao valor vida humana. Contudo, enquanto fonte do Direito, não é justa nem injusta. A sua aplicação a um caso concreto demonstraria que a injustiça não se encontraria na lei, mas sim nos valores e princípios da ordem normativa na qual a lei se insere. Se uma ordem normativa colocar a vida humana como valor primordial do ordenamento, nenhuma lei com um conteúdo semelhante ao desta disposição da Lei das XII Tábuas se lhe pode sobrepor. Se, por outro lado, esta sobreposição ocorrer, tal significa que a ordem normativa não coloca o valor "vida humana" no topo da hierarquia normativa e, por conseguinte, não é uma ordem jurídica, dado que não se rege por uma ideia de Direito. Por esta perspectiva, a Lei das XII Tábuas, tal como todas as leis, não pode ser considerada "justa" ou "injusta", na medida em que "lei" não é senão a designação que é dada a um texto emanado da vontade soberana. Não é um acto que produza, por si só, efeitos na ordem do ser. Este mesmo texto terá, sem dúvida, o intuito de regular determinada situação jurídica, bem como o

⁵⁸ *Idem*, pp. 5572-85.

⁵⁹ Ferreira, *Contra as teorias*, pp. 1791-5 e 1813-42.

⁶⁰ Tábua III, número 9.

de conformar a conduta dos indivíduos. É, sem embargo, nossa contenção que este objectivo é inalcançável. Platão é um dos primeiros filósofos da história a constatar isto mesmo. No diálogo *Górgias*, Sócrates e Polo discutem o poder que a retórica poderá, hipoteticamente, conferir a um orador. Segundo Polo, a retórica conferirá ao bom orador poder análogo ao do tirano. Polo interroga-se se os oradores "[n]ão podem, como os tiranos, atirar para a morte quem eles quiserem, espoliar e exilar quem lhes apetecer?"⁶¹ Sócrates responde que não, visto que "os oradores e os tiranos são os homens menos poderosos, (...) atendendo a que, por assim dizer, não fazem nada daquilo que querem; admito, contudo, que fazem o que lhes parece melhor."⁶² A lei, enquanto designação do texto que corporiza a vontade do legislador, é uma manifestação de que os seus destinatários devem fazer aquilo que ao legislador lhe parece como sendo o melhor. Não é, sem embargo, uma manifestação daquilo que o legislador queira que aconteça, porque a efectivação desta vontade não depende, pura e simplesmente, exclusivamente do que o legislador possa querer fazer através da publicação de proposições linguísticas gerais e abstractas integrantes de um texto designado por "lei". Isto mesmo é demonstrado por Sócrates que, no seu diálogo com Polo, argumenta o seguinte:

Sócrates - Na tua opinião, os homens nas suas acções querem sempre a própria coisa que fazem ou aquela em vista da qual agem? Por exemplo, os que engolem um remédio que o médico lhes dá querem a coisa que fazem, engolir uma bebida repugnante, ou antes essa outra coisa, a saúde, em vista da qual bebem o remédio?

Polo - É evidente que querem a saúde.

Sócrates - De igual forma, os navegantes e outros mercadores quando se metem numa empresa não têm vontade de passar os trabalhos em que se vêem envolvidos. Que homem estará desejoso de travessias, de perigos e de confusões? O objecto do seu querer é o fim em vista do qual navegam, a riqueza, pois é para enriquecer que se navega.

Polo - É verdade.

⁶¹ *Górgias*, 466 c.

⁶² *Idem*, 466 d.

Sócrates - Não se passa o mesmo com tudo o mais? Quando alguém age em vista de um resultado, a coisa desejada é o resultado da acção e não a acção.

Polo - É certo.⁶³

A lei não é, portanto, um fim em si mesmo, mas apenas um meio para se alcançar determinado resultado. O mesmo raciocínio tem, forçosamente, de ser aplicado aos direitos fundamentais, dado que estes se encontram no conteúdo de determinadas leis. Poder-se-á arguir que esta constatação não afasta a concepção de que as leis podem ser adjectivadas de "justas" ou "injustas", dado que, à primeira vista, nada se opõe a que se qualifique um meio como sendo "justo" ou "injusto"; assim é, na medida em que o meio se consubstancie num acto que produza resultados na ordem do ser. Se, por exemplo, um indivíduo matar um colega de trabalho com o intuito de afastar a sua concorrência no âmbito de um processo de promoção, a acção "matar o colega de trabalho" é um meio tendo em vista o fim "garantir a promoção". O meio utilizado pode ser qualificado como injusto porque é um meio fáctico, ou ontológico, nefasto. É uma acção que produz efeitos indesejáveis no mundo real e, por isso, o seu grau de justiça é avaliável. Tal não acontece, por outro lado, com as leis. As leis são textos que contêm proposições linguísticas gerais e abstractas que instruem os seus destinatários acerca de como se *devem* comportar. A lei opera, por conseguinte, ao nível do dever-ser, e não do ser. Parece-nos contra-intuitivo caracterizar uma proposição da ordem do dever-ser como sendo "justa" ou "injusta" quando essa proposição, tomada em si mesma, é insuficiente para produzir efeitos no mundo real. No caso específico da lei, um juiz, ao aplicá-la a um caso concreto, tem, conforme por nós acima referido, que ter em conta as circunstâncias próprias do caso bem como os princípios e valores do ordenamento jurídico sob cuja jurisdição o tribunal competente opera. Daqui resulta que a lei possa, no todo ou em parte, ser, por exemplo, inválida por ser inconstitucional. A lei pode, igualmente, ser inaplicável por, num determinado caso concreto e tendo em conta os princípios e valores do ordenamento jurídico, ser inexigível, ao seu destinatário, que se conforme com o preceituado no texto legal. Será, por exemplo, o caso de alguém que não entregue a sua declaração de IRS dentro do prazo previsto pela lei fiscal por se encontrar sequestrado. Num Estado de Direito, isto é,

⁶³ *Idem*, 467 c-d.

num Estado submetido a uma ideia de Direito enquanto ordem normativa coerciva dotada de aspectos formais e materiais, as hipotéticas coimas previstas pela lei fiscal em caso de não entrega da declaração de IRS dentro do prazo legalmente previsto não podem ser aplicadas numa situação de inexigibilidade como, por exemplo, a do sequestro, independentemente de o sequestro se encontrar, ou não, positivado como excepção à aplicação das mencionadas coimas. A lei fiscal, não sendo, em abstracto, inconstitucional, não seria, neste caso concreto, aplicável. Nenhuma lei é, por si só, abstraindo dos factos do caso concreto, dos princípios e dos valores do ordenamento jurídico no qual se insira, aplicável às situações da vida previstas nos respectivos textos legais.

Poder-se-ia, por outro lado, argumentar que a nossa caracterização da lei como meio insuficiente para atingir um determinado fim não decorre, exactamente, de propriedades intrínsecas da lei, ao contrário do por nós defendido no trabalho acima citado.⁶⁴ Dito por outras palavras, o facto de a lei não poder ser, por si só, aplicável às situações da vida por si previstas decorre somente da circunstância de se inserir numa ordem normativa que é uma ideia de Direito. Se a ordem normativa for, ao invés, efectivação de um poder que governe somente através da força - v.g. Estado autoritário ou totalitário -, então, continuaria o argumento, nada objectaria a que se afirmasse que a lei, tomada em si mesma, é aplicável às situações da vida por si previstas.

No entanto, mesmo nos casos em que um Estado não se encontra submetido a uma ideia de Direito, mas exerça o seu poder através da mera força, mantemos que a lei, por si só, é insusceptível de efectivar os desígnios do legislador. Platão, através do diálogo entre Sócrates e Polo, demonstra isto mesmo:

Sócrates - (...) quando matamos um inimigo (se isso nos acontecer), quando o exilamos ou o privamos dos seus bens é porque julgamos que é melhor para nós fazê-lo do que não o fazer?

Polo - Certamente.

Sócrates - De maneira que aqueles que praticam todas estas acções fazem-nas em vista de um bem?

Polo - Estou de acordo.

⁶⁴ Ferreira, Princípio, pp. 5572-85.

Sócrates - Mas, não reconhecemos nós que, quando fazemos uma coisa em vista de outra, a coisa desejada não é aquela que fazemos, mas aquela em vista da qual agimos?

Polo - Certamente.

Sócrates - Não queremos, pois, mandar matar pessoas, exilá-las, confiscar-lhes os bens pelo simples prazer de agir assim: sempre que isso for útil, queremos fazê-lo; se for prejudicial, não queremos. Pois queremos o nosso bem, como afirmas, mas não queremos nem as coisas indiferentes nem as más. Não é verdade? Achas que tenho razão, Polo, sim ou não? Porque não respondes?

Polo - Falas verdade.

Sócrates - Uma vez estabelecido este ponto, avancemos: se um homem tirano ou orador, condena um inimigo à morte, ao exílio ou ao confisco dos bens, julgando beneficiar com isso, e se acontece, pelo contrário, que tal lhe é desvantajoso, este homem evidentemente faz o que lhe agrada, não é verdade?

Polo - É.

Sócrates - Mas faz o que quer se, por acaso, o resultado for desvantajoso? Que dizes a isto?

Polo - Parece-me que ele não faz o que quer.

Sócrates - Poderemos então dizer que este homem é todo-poderoso no Estado, se a onipotência é, como admitiste, um bem?

Polo - Não podemos.

Sócrates - Eu tinha, pois, razão em afirmar que um homem pode estar em situação de fazer o que lhe agrada na cidade, sem ser por isso todo-poderoso nem fazer o que quer.⁶⁵

O efeito que uma lei tem na ordem normativa da qual faça parte, seja esta uma ideia de Direito ou mera força, não é controlável *a priori*, por não ser independente nem das circunstâncias dos casos concretos, nem de princípios e valores; o que acontece é que esses princípios e valores podem não caber por inteiro em qualquer concepção de Justiça sendo, portanto, próprios de Estados

⁶⁵ Górgias, 463 b - e.

autoritários ou totalitários. É o que acontece, por exemplo, com a maneira como o Comunismo é visto em certos Estados como, v.g. a ex-U.R.S.S., a China ou Cuba. Estes Estados, que são, no mínimo, autoritários, não vivem num vazio de princípios e valores. Regem-se, ao invés, pelos princípios e valores derivados das suas versões de Comunismo, que, tal como as leis e as circunstâncias dos casos concretos, são utilizados para resolver questões que surjam perante os tribunais. Estes Estados não se regem, contudo, através de uma ideia de Direito na medida em que o grau de protecção conferido ao princípio e valores, por nós identificados, que compõem o núcleo de qualquer ideia de Direito, não se sobrepõe ao grau de protecção acordado aos valores do Comunismo, tal como entendido nestes Estados. Contudo, apesar desta desprotecção, o legislador, ao utilizar a lei como meio para fazer o que lhe agrade, não está em posição de conseguir obter o que queira. Dito por outras palavras, é perfeitamente possível que o legislador tenha o intuito de criar uma lei que, tomada em si mesma de uma perspectiva histórica ou filosófica, seja injusta para os destinatários, mas que, quando aplicável a um caso concreto, produza um resultado justo, e vice-versa. Assim, uma lei que impeça os cidadãos de exercerem mais do que uma actividade profissional poderá ser filosoficamente justa na medida em que, teleologicamente, vise garantir emprego para todos, o que seria mais facilmente conseguido se nenhum cidadão pudesse ter dois empregos, dado que, se o fizesse, estaria a retirar emprego a um outro cidadão. Contudo, se, num determinado caso concreto, o cidadão, por não poder obter um segundo emprego, entrar numa situação de dificuldade extrema (passar fome, ficar desalojado por não pagar a renda, ser-lhe impossível sustentar a sua família), a lei passaria, enquanto fonte do Direito, a contribuir para a criação de uma norma injusta. O raciocínio inverso é igualmente possível. Uma lei que regule e estabeleça a aplicação de medidas de segurança a inimputáveis em razão de anomalia psíquica é, de um ponto de vista filosófico, injusta. Será injusta se, por um lado, fundar a aplicação da medida de segurança na mera perigosidade do (putativo) agente, que, assim, se veria privado da sua liberdade sem, previamente, ter cometido um facto ilícito. Será igualmente injusta se, por outro lado, fundar a aplicação da medida de segurança na circunstância de o agente ter cometido um facto ilícito porque, neste caso, o agente ver-se-á privado da sua liberdade apesar de agir sem culpa. A aplicação de uma lei com este teor poderá, sem embargo, ser sumamente justa numa miríade de casos concretos, dado que permite afastar o agente da vítima - ou da hipotética vítima, no caso de a medida de segurança se fundar

na mera perigosidade -, evita a continuação do alarme social, e permite que, ao inimputável, lhe seja prestada a ajuda necessária para que possa adquirir controlo sobre si próprio, o que é consentâneo com a protecção da dignidade e liberdade da sua pessoa. Leis com este teor podem ser encontradas tanto em Estados de Direito, como em Estados que se regem pela mera força, o que indica que o conteúdo das leis, tomado em si mesmo, não é suficiente para caracterizar o Estado em cujo sistema as mesmas se insiram.

Em suma, se se utilizar a lei enquanto fonte do Direito, isto é, como instrumento destinado a resolver casos concretos, não faz sentido qualificá-la como "justa" ou "injusta"; apenas fará sentido qualificar uma lei como tal de um ponto de vista histórico ou filosófico. Enquanto fonte do Direito, as leis são proposições de dever-ser; isto, aliado ao facto de terem que ser usadas tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, bem como os princípios e valores presentes na ordem normativa, seja esta, ou não, uma ideia de Direito, faz com que a qualificação histórica ou filosófica seja irrelevante na decisão de um caso concreto. O problema da existência de preceitos jurídicos injustos não poderá, portanto, ser colocado ao nível do conteúdo das leis.⁶⁶

A objecção da existência de preceitos jurídicos que, apesar da sua injustiça, são válidos mesmo em Estado de Direito estende-se à jurisprudência. Na medida em que a jurisprudência produz normas jurídicas individuais e concretas,⁶⁷ que serão aplicadas a indivíduos e situações jurídicas já identificados, é possível qualificá-las como "justas" ou "injustas", visto que produzirão directamente efeitos no mundo real. A este nível, se o indivíduo não se comportar, voluntariamente, consoante o conteúdo da decisão do tribunal, determinada consequência recairá sobre ele - execução forçada do património, detenção, com recurso à força, para cumprimento de pena de prisão, etc. Não obstante o facto de as normas jurídicas definidas pelas decisões dos tribunais serem proposições de dever-ser, não se distinguindo, por este prisma, das proposições linguísticas contidas em textos legislativos, o facto é que, ao contrário das leis, as sentenças dos tribunais são o produto de uma ponderação entre fonte aplicável, princípios e valores existentes no

⁶⁶ Este argumento implica que, num Estado autoritário ou totalitário, as leis não podem, igualmente, ser consideradas como "justas" ou "injustas", exactamente pelas mesmas razões pelas quais não podem num Estado de Direito. Subscrevemos esta implicação. O cerne do nosso argumento é o de que a Justiça não se encontra plasmada nas leis.

⁶⁷ Que são, na realidade, o *único* tipo de normas jurídicas que existem. Cf. Ferreira, Princípio, pp. 5585-604.

ordenamento jurídico, e circunstâncias do caso concreto, o que lhes permite, tal como é função das normas jurídicas, regular, efectivamente, a conduta dos destinatários. Na medida em que o destinatário sabe, exactamente, o que deve fazer - ao contrário do que sucede através da análise isolada de enunciados normativos -, a determinação do tribunal pode ser adjectivada como sendo "justa" ou "injusta", pese embora o facto de ser, tal como o conteúdo da lei, uma proposição de dever-ser. A diferença reside, por conseguinte, na margem de manobra que é deixada ao destinatário. O destinatário de uma lei tem, de forma a apurar o conteúdo da norma jurídica que regula o seu comportamento, de a conjugar com os princípios e valores da ordem normativa, bem como com as circunstâncias particulares da sua situação concreta. O destinatário de uma decisão judicial vê, ao invés, o juiz efectuar este exercício, confirmando ou substituindo os resultados do exercício efectuado pelo próprio, ou pelo seu mandatário, extrajudicialmente.

Uma decisão judicial pode ser considerada "justa" ou "injusta" a partir de dois prismas, a saber: 1) relação entre a matéria de facto dada como provada e os factos que, na realidade, aconteceram. 2) Relação entre a decisão que, tendo em consideração a lei ou o costume aplicável, os princípios e os valores do ordenamento jurídico, e as circunstâncias do caso concreto, deveria ter sido alcançada e aquela que, efectivamente, é.

O primeiro prisma não se debruça sobre um problema exclusivamente jurídico; não se põe em causa a asserção de que o Direito se deve preocupar com a verdade material. Contudo, não há, juridicamente, muito a fazer se as testemunhas não comparecerem em audiência de julgamento, apresentarem uma versão dos factos diferente do que realmente aconteceu - independentemente de essa adulteração ser intencional ou inadvertida -, ou se, pura e simplesmente, não existirem testemunhas. Em certas circunstâncias é, genuinamente, impossível apurar, integralmente, a verdade material. Quanto isto acontece, não há dúvida de que a decisão judicial será injusta, dado que o resultado a que se chega é baseado em matéria de facto falseada. Contudo, esta injustiça não é nem moral, nem jurídica. Não é moral porque o responsável pela decisão, o juiz, não cometeu a injustiça intencionalmente; limitou-se a decidir tendo em atenção os factos que, validamente, chegaram ao seu conhecimento. Da sua perspectiva, não há qualquer injustiça.⁶⁸ Não é, por

⁶⁸ Para um argumento a favor da concepção de que não existe Moral em abstracto, mas somente a partir de uma determinada perspectiva, cf. Ferreira, Relação, pp. 4199-211 e 4221-24.

outro lado, jurídica porque, tendo em atenção os factos dados como provados, o Direito que *é* efectivamente aplicado corresponde ao Direito que *deveria* ser aplicado se os factos apurados fossem verdade. Este último aspecto leva-nos ao segundo prisma, segundo o qual a injustiça ocorre quando, dados os factos apurados, e levando em linha de conta os princípios e valores da ordem normativa, bem como as leis ou os costumes aplicáveis, a decisão do juiz não corresponde à decisão que *deveria* ter sido alcançada. Isto pode acontecer, cremos, em três grandes grupos de situações: 1) casos em que o juiz actua sob coacção. 2) Casos em que o juiz actua tendo em vista interesses próprios - v.g. corrupção. 3) Casos em que há uma avaliação errada do Direito por parte do juiz.

Compete ao Direito positivo decidir, em cada ordenamento jurídico, como lidar com os casos descritos em 1) e 2). A solução poderá variar entre diferentes ordens jurídicas. Será necessário, contudo, na medida em que a ordem normativa seja Direito, que o sistema permita que as decisões alcançadas nos casos onde 1) e 2) se verifiquem sejam invalidadas. É possível, contudo, que não o sejam por, v.g. não se provar que o juiz foi subornado. Assim, teríamos uma ocorrência onde uma decisão injusta seria válida num Estado de Direito. É, contudo, preciso notar que esta injustiça ocorre a partir do primeiro prisma por nós analisado, i.e. o de que, no julgamento em que o juiz seria arguido por crime cometido no exercício das suas funções, haveria uma discrepância entre a matéria de facto dada como provada e a verdade material. Pelas razões aí aduzidas, este tipo de injustiça não é, contudo, nem moral nem jurídica.

Quanto aos casos em que há uma avaliação errada do Direito efectuada pelo tribunal de última instância na hierarquia jurisdicional de determinada ordem jurídica, constata-se a existência de uma decisão judicial injusta que transitará em julgado. Figuras como o direito de resistência ou a cessação do dever de obediência por parte de funcionários e agentes poderão, nestes casos, ser usadas para impedir a execução da decisão judicial injusta transitada em julgado. Pese embora a consagração destas figuras em várias constituições modernas,⁶⁹ não nos parece que esta seja uma solução de Direito positivo, dado que estas duas figuras seriam juridicamente legítimas mesmo que não se encontrassem positivadas, enquanto meio de garantir a protecção igualitária

⁶⁹ Cf. o artigo 21.º e o número 3 do artigo 271.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

dos três valores ínsitos na ideia de Direito, cerne da Justiça. É, todavia, necessário frisar que o direito de resistência, bem como a cessação do dever de obediência, só podem ser legitimamente utilizados na medida em que procurem, precisamente, defender o cerne da Justiça, não podendo, portanto, ser usados para, legitimamente, desobedecer a normas jurídicas cuja injustiça não suprima ou restrinja, arbitrariamente, o núcleo da Justiça, protegido pela ideia de Direito.

Em suma, há, em Estados de Direito, normas jurídicas que, apesar de injustas, são válidas e, portanto, obrigatórias para os seus destinatários. Estas não são, no entanto, frequentes, para além de que os requisitos que permitem a sua qualificação como válidas impõem que sejam de importância negligenciável. As normas jurídicas não se confundem, contudo, nem com as leis impostas pelo legislador, nem com o costume formado pela comunidade, razão pela qual é ilusório falar-se da "justiça" ou da "injustiça" de uma lei. As normas jurídicas surgem após a aplicação de uma fonte do Direito às circunstâncias de um caso concreto, tendo em atenção os princípios e valores vigentes no ordenamento jurídico. Todos os ordenamentos jurídicos protegem o valor vida, dignidade e liberdade da pessoa humana com respeito pelo princípio da igualdade, razão pela qual uma norma jurídica injusta só pode considerar-se válida se não suprimir ou restringir, arbitrariamente, estes valores. Deste ponto de vista, a "injustiça" é a contraparte da ideia de "justiça" que engloba aspectos contingentes; é, portanto, uma "injustiça" não universal, o que nos leva a arguir que o desvalor Injustiça, no seu sentido universal, só se verifica quando, arbitrariamente, se suprime ou restringe a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana, o que só pode ser feito, facticamente, através da mera força, e não através de normas jurídicas.

3. Superação e integração do jus-naturalismo, do positivismo e do casuísmo.

Tendo em atenção o exposto nas secções 1 e 2, estamos em condições de arguir que os direitos fundamentais, por si sós, não são nem normas, nem princípios, nem valores jurídicos. Esta posição não se consubstancia numa mera divergência de cariz terminológico em relação ao que é defendido pela grande maioria dos autores que pensam acerca destas questões. Assenta, isso sim, numa diferença de perspectiva que ajuda a explicar a conclusão a que

pretendemos chegar,⁷⁰ e que, uma vez mais, é esta: os direitos fundamentais não são fins em si mesmos, e, como tal, carecem de qualquer valor intrínseco. Podem, por isso, ser livremente positivados, restringidos ou suprimidos. Esta asserção, que é, à primeira vista, contra-intuitiva, fica mais clara a partir do momento em que se entenda os direitos fundamentais por aquilo que realmente são: um meio para assegurar a protecção da vida, da dignidade e da liberdade da pessoa humana, de forma igualitária. Todos os direitos fundamentais, sem excepção (incluindo, portanto, os direitos sociais, vistos, tradicionalmente, como pretensões comunitárias), visam assegurar este desiderato. O que uma ordem jurídica, o que um Estado submetido ao Direito visa proteger são estes valores, com respeito pelo princípio da igualdade. Não visa proteger a existência de direitos fundamentais em si mesmos, que mais não são do que construções do Direito positivo destinadas a assegurar, igualmente, os referidos valores.

A perspectiva jus-filosófica a partir da qual baseamos o nosso raciocínio é a seguinte: é nossa contenção que as três grandes escolas do pensamento jus-filosófico, a saber, o jus-naturalismo, o positivismo jurídico e o casuísmo, ou decisionismo, não fornecem uma explicação adequada da essência e do funcionamento do Direito, na medida em que partem de um pressuposto falso: o de que são, entre si, mutuamente excludentes. Pese embora as várias versões do Direito Natural desenvolvidas ao longo da história, cremos que a ideia jus-naturalista mais impressiva e recorrente nos escritos dos vários autores é a de que, nas palavras de S. Agostinho, "não parece ser lei o que não é justo",⁷¹ secundadas, quase mil anos depois, pelas de S. Tomás, que diz que "se algo está em desacordo com a lei natural, já não é lei, mas sim corrupção da lei."⁷² Desta forma, o raciocínio dos autores jus-naturalistas pode ser formulado a partir de um silogismo, cuja premissa maior seria, nas palavras de Cícero, "o Direito é a razão mais alta, ínsita na natureza, que prescreve o que deve ser

⁷⁰ Alexy, por exemplo, usa os termos "norma", "princípio" e "valor" em sentidos substancialmente diferentes dos nossos porque formula as suas teses a partir de uma perspectiva jurídico-positiva. Conforme ficará claro no final desta secção, bem como após a análise das considerações efectuadas na próxima, a perspectiva jus-filosófica a partir da qual formulamos a nossa tese integra certos aspectos do jus-naturalismo, do positivismo e do casuísmo, o que nos leva a conclusões bastante díspares em relação às de Alexy.

⁷¹ S. Agostinho, Livro I, Capítulo 5, nº 11. O original é o seguinte: "non videtur esse lex, quae iusta non fuerit."

⁷² S. Tomás, Parte I-II, Questão 95, artigo 2. O original é o seguinte: "Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio."

feito, proibindo o contrário."⁷³ O Direito Natural é, portanto, a razão da natureza. A premissa menor seria a de que o Homem, enquanto produto da natureza, é dotado de razão. A conclusão, por conseguinte, seria a de que o Homem, quando faz leis, fã-las racionalmente. Todas as leis levam inscritas a razão humana e, portanto, estão em consonância com a razão ínsita na natureza, com o Direito Natural. Quando o Homem, sob a pretensão de estar a fazer uma lei, está a criar algo injusto, e, portanto, irracional, na medida em que a injustiça é contrária à natureza e, por conseguinte, desprovida de razão, então o produto da sua actividade não é uma lei, mas sim uma corrupção da lei, algo que meramente se parece com a lei, sem o ser.

A grande questão que os filósofos jus-naturalistas nunca conseguiram resolver satisfatoriamente, sem embargo, é a de determinar o conteúdo exacto do Direito Natural. A filosofia jus-naturalista é, paradoxalmente, formalista, dado que limita-se a constatar que os actos legislativos humanos conformes ao Direito Natural são leis, ao passo que os desconformes não o são. Fica, no entanto, por explicar, satisfatoriamente, o que é que, em concreto, é conforme ao Direito Natural. Com isto, não queremos dizer que os autores não tenham, ao longo da história, avançado com várias hipóteses (v.g. dar a cada um o que é seu, distribuir o bem e o mal pelas pessoas, a busca da felicidade, etc.); o que se constata é que essas mesmas hipóteses não determinam o conteúdo exacto que as leis humanas devem ter de forma a serem conformes ao Direito Natural.

É precisamente neste ponto que a tese, por nós propugnada, da complementaridade entre o Direito Natural e o Direito positivo melhor explica, na nossa óptica, a essência do Direito. O Direito não é criação da natureza. O Direito é criação humana. Todas as normas jurídicas, entendidas nos termos explanados na secção 2, são postas por seres humanos, e, por conseguinte, são positivas. A contribuição que o Direito Natural faz para a ideia de Direito prende-se não com questões de conteúdo concreto, mas sim com pressupostos: o garante igualitário da vida, da dignidade e da liberdade de todos os seres humanos. Saber como é que, em concreto, isto se faz não é, em bom rigor, uma preocupação jus-naturalista, pelo que estamos em crer que é errado considerar que a "injustiça" das leis humanas as converte em mera *parecença* com leis que, segundo a doutrina jus-naturalista, têm que ser sempre conformes ao Direito Natural. Pelas razões aduzidas na secção 2, não faz

⁷³ Cícero, pp. 18 e 19. O original é o seguinte: "lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea, quae facienda sunt, prohibetque contraria".

sentido qualificar as leis como "justas" ou "injustas", visto que estas, por si só, não são nem conformes, nem antagónicas ao Direito Natural. Por outro lado, as várias tentativas de definição do conteúdo do Direito Natural, por muito pouco satisfatórias que sejam, dado que pecam por mais não serem do que fórmulas vazias (o que é, em concreto, a felicidade?), têm, pelo menos, a virtude de demonstrar que assentam nos valores e no princípio por nós identificados como cerne da ideia de Direito, como emanação da Justiça. O que quer que se entenda por felicidade, por justa distribuição dos bens, ou por repartição do bem e do mal pelos homens, só é concretizável se se respeitar, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade de cada um. Estes valores, bem como o princípio da igualdade, actuam como *pressupostos* do hipotético conteúdo do Direito Natural. Este mesmo conteúdo nunca foi satisfatoriamente esclarecido, nem o poderá vir a ser, porque é, tal como as normas de Direito positivo, historicamente contingente. É preciso não esquecer que, de um ponto de vista secular, o Direito Natural é uma criação filosófica tão humana quanto o Direito positivo, isto é, existe somente no pensamento humano. Dizer que os valores e princípios do Direito Natural se encontram inscritos na razão ínsita da natureza só pode ser encarado como uma metáfora para transmitir a ideia de que, sem a concretização de certos valores e princípios, a convivência entre seres humanos não é possível. As várias doutrinas do Direito Natural tiveram o mérito de tornar claro que os valores e o princípio transversais a todas as sociedades, que podem, nesse sentido, ser designados de "naturais", são aqueles por nós identificados neste trabalho. Não conseguiram identificar o conteúdo concreto das normas jurídicas que regulam as relações entre seres humanos porque este sempre foi, é e será historicamente contingente, pelo que esta tarefa não cabe à filosofia jus-naturalista. Cabe ao Direito positivo.

O Direito positivo não se contrapõe, desta forma, ao Direito Natural. Existe, isso sim, uma complementaridade entre ambos. O Direito Natural traça objectivos: assegurar a vida, a dignidade e a liberdade de todas as pessoas. Ao Direito positivo cabe descobrir a melhor maneira de realizar estes desideratos. É um facto que, segundo esta linha de raciocínio, o Direito Natural actua como limite do Direito positivo; tal não significa, sem embargo, que todas as normas jurídico-positivas injustas careçam de validade jurídica. O Direito pode ser injusto e, simultaneamente, válido e coercivo. A injustiça só impede a qualificação como "jurídicas" de normas que restrinjam ou suprimam,

arbitrariamente, a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas. Só neste sentido se pode considerar que o que é injusto não é Direito, mas sim mera força.

A partir do exposto na secção 2 deste estudo, retira-se a conclusão óbvia de que todas as normas jurídicas são, para além de positivas, casuísticas. O positivismo e o casuísmo não se excluem *per se*, mas há, na realidade, uma corrente positivista muito forte que advoga a favor da ideia de que o Direito é um sistema.⁷⁴ Segundo esta perspectiva, a ideia de sistema é antagónica à concepção de casuísmo; na medida em que o Direito positivo se tem vindo a cimentar como um sistema, argui esta corrente positivista, o espaço para uma elaboração do Direito efectuada caso a caso desaparece.

O argumento delineado na secção 2 permite entender que o antagonismo entre o Direito positivo e o casuísmo é puramente ilusório; as normas jurídicas são inerentemente casuístas, visto que parte importante do seu conteúdo advém das circunstâncias dos *casos concretos*. As normas jurídicas não compõem exclusivamente o Direito,⁷⁵ mas são, seguramente, uma sua parte substancial, visto que é através das normas que os indivíduos ficam, concretamente, a saber como conformar a sua conduta perante o resto da sociedade. O casuísmo inerente à norma e, por conseguinte, a uma parte substancial do Direito não constitui, sem embargo, qualquer óbice à concepção do Direito como um sistema.⁷⁶ O sistema não é construído através de proposições linguísticas gerais e abstractas contidas em documentos denominados como "lei", ou extraíveis do costume. O sistema é alicerçado na "tradição formada por uma corrente jurisprudencial, ou seja, o facto de questões de Direito iguais ou muito semelhantes entre si serem sempre resolvidas da mesma maneira."⁷⁷ Longe de afastar o casuísmo, o sistema *exige* o casuísmo, visto que se desenvolve a partir da resolução de casos concretos. Com o passar do tempo, as situações jurídicas ficam de tal forma consolidadas que *parece* que podem ser resolvidas, *a priori*, por leis. As leis, contudo, mais

⁷⁴ Cf. especialmente o prólogo de Don Manuel Durán y Bas à obra de Savigny, onde é dito, a propósito da obra, o seguinte, na sua versão original: "la vasta concepcion del plan compite con la perfeccion de su desenvolvimiento, y su superioridad científica rivaliza con su utilidad práctica cuando el casuismo cede, como es debido, su lugar á los principios. Cf. igualmente Savigny, pp. 70-80, Larenz, pp. 621-697, Kelsen, Teoria Geral, pp. 161-168 e 181-233, Kelsen, Teoria Pura, 250-306.

⁷⁵ As tradicionais fontes do Direito, como a lei, o costume, a jurisprudência (antecedente à do caso concreto), a doutrina, o Direito Internacional, etc., também fazem parte do Direito; o nosso ponto é somente o de que as fontes, por si sós, não têm a capacidade de regular a conduta dos indivíduos.

⁷⁶ Ferreira, Princípio, pp. 5599-604.

⁷⁷ *Idem*, p. 5601.

não fazem do que positivar correntes jurisprudenciais que já cimentaram uma tradição através da criação uniforme de normas jurídicas que decidem casos iguais ou semelhantes tendencialmente da mesma forma. Esta noção está, aliás, bem presente no pensamento jurídico contemporâneo, o que é demonstrável através do carácter "experimental" de certas leis, ao qual se faz referência nos respectivos preâmbulos. Quando a lei pretende apresentar uma solução nova, o legislador frequentemente alude ao carácter experimental da mesma, comprometendo-se, bastas vezes, a rever o diploma após determinado período de vigência, o que se explica em virtude do reconhecimento de que a lei, *por si só*, não resolve questões de Direito. Nestas circunstâncias, o legislador mais não faz do que reconhecer, implicitamente, que a lei está fora do sistema, e que a sua integração no mesmo processar-se-á ao longo do tempo, através da criação, *caso a caso*, de normas jurídicas para resolver questões de Direito, para as quais a lei nova fará a sua contribuição. Desta forma, as soluções apresentadas pela lei ajudarão, juntamente com os factos de cada caso, bem como com os valores e princípios do ordenamento jurídico, a formar uma tradição jurisprudencial. As situações que a lei nova visa regular passarão a ser, tendencialmente, resolvidas de maneira uniforme, propiciando-se, assim, a sua integração no sistema. É por isto que dizemos que o casuísmo, longe de ser antagónico à ideia de sistema, está, ao invés, na sua base.

A nossa perspectiva não se identifica, portanto, com qualquer uma das três doutrinas jus-filosóficas acima analisadas. Limitamo-nos a defender que os diversos autores, ao desenvolverem estas mesmas doutrinas, tentam separar elementos que são, na realidade, inseparáveis. Direito Natural e Direito positivo não se excluem, complementam-se *necessariamente*. Sistema de Direito positivo e casuísmo não estão em pólos opostos; ao invés, o casuísmo é a base do sistema de todas as ordens normativas dotadas de aspectos formais e materiais que, na medida em que assegurem os três valores e princípio fornecidos pelo Direito Natural, e por nós identificados neste trabalho, são consideradas Direito.

4. Os direitos fundamentais.

4.1 Força vs Direito.

No momento constituinte, uma de duas coisas pode acontecer, sendo que, em ambos os casos, tal será o resultado de acontecimentos históricos recentes:

1) O legislador, que poderá ter chegado ao poder através de várias formas (democraticamente, por usurpação, vencendo uma guerra, etc.), pretende impor uma determinada ideologia que não assegura, efectivamente, a concretização igualitária da vida, da dignidade e da liberdade da pessoa humana. Nem todas as ideologias são iguais; certas ideologias poderão descartar estes três valores e princípio completamente, outras poderão respeitá-los em certa medida mas, sem embargo, não lhes conceder a máxima protecção possível dando, v.g. prioridade a outros valores e princípios ideológicos quando os mesmos colidam com a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas. De forma a implementar esta hipotética ideologia, o legislador criará uma ordem normativa dotada de órgãos legislativos, administrativos e judiciais. Os órgãos legislativos criarão leis com o intuito de proteger e fomentar a ideologia, os administrativos estarão incumbidos de pô-las em prática e os jurisdicionais de julgar os diferendos entre particulares, ou entre particulares e o Estado. Os órgãos administrativos terão, igualmente, a seu cargo a tarefa de executar as decisões dos tribunais.

É natural que, estatisticamente falando, as normas produzidas pelos tribunais de tal Estado sejam, na sua maioria, justas, por não ofenderem arbitrariamente a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos. Contudo, será frequente, dado o teor da legislação em vigor, bem como os valores e princípios próprios deste ordenamento normativo submetido à hipotética concepção ideológica deste exemplo, que, perante os factos de um determinado caso concreto, os tribunais produzam normas injustas, na medida em que dêem primazia aos valores e princípios da ideologia sobre os três valores e princípio de toda e qualquer concepção de Direito. Um Estado que se sirva, nas suas operações, de uma ordem normativa instituída nestes termos não se rege por uma ordem jurídica, não se encontra submetido a uma ideia de Direito e, por isso, não é um Estado de Direito. É um Estado cuja ordem normativa é mera força. É coercivo mas não é jurídico.

2) O legislador, que terá, igualmente, chegado ao poder através de uma das formas referidas na situação anterior, pretende que o seu Estado se reja por uma ideia de Direito. Isto significa que, independentemente das suas opções políticas, contemporâneas ou futuras, o legislador terá que assegurar o respeito igualitário pela vida, dignidade e liberdade da pessoa humana. Isto não preclui o legislador de, se assim o desejar, tentar implementar uma qualquer concepção ideológica no seu Estado. Sem embargo, quando entre em conflito

com a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas, não as tratando de forma igualitária, os preceitos ideológicos terão que ser relegados para segundo plano. Esta é, em termos conceptuais, a grande diferença entre o Estado que se rege pelo Direito e o Estado que se rege pela mera força. Num Estado de Direito, o Direito é a "ideologia" dominante, é aquela que prevalece em todas as situações de conflito com quaisquer outras hipotéticas ideologias que possam surgir no mesmo espaço político.

O legislador criará, portanto, uma ordem normativa dotada de órgãos legislativos, administrativos e judiciais. A história repete-se em relação à situação 1), com uma diferença importante: na criação de normas jurídicas, os tribunais têm que assegurar o respeito igualitário pela vida, dignidade e liberdade das pessoas. Só assim as suas normas merecerão o qualificativo de "jurídicas".

4.2 Os direitos fundamentais enquanto meio para assegurar a efectividade de uma ideia de Direito.

Ao afirmarmos, *supra*, que os direitos fundamentais são um *meio* para assegurar a protecção dos valores e princípios que compõem o cerne da ideia de Direito, e que, por isso, não têm, em si mesmos, qualquer valor intrínseco, não quisemos, naturalmente, dizer que a importância dos direitos fundamentais é nula. O que quisemos, isso sim, foi transmitir a ideia de que os direitos fundamentais não merecem, quando tomados em si mesmos, qualquer tipo de protecção, visto que a sua função é, precisamente, a de proteger, de forma igualitária, a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana, e não o de assegurarem a sua própria protecção. No entanto, os direitos fundamentais são um meio extremamente útil de assegurar que um Estado que comece na situação 2), acima mencionada, não caia na situação 1), isto é, que não se transforme, de Estado de Direito, em Estado que faça uso da mera força. O inverso também se verifica: um Estado na situação 1) que, por qualquer vicissitude, se queira transformar em Estado de Direito deverá consagrar certos direitos fundamentais, com o intuito de garantir e proteger a vida, a dignidade e a liberdade, de forma igualitária, dos cidadãos.

Esta nossa posição é fruto de um olhar sobre a história: com efeito, até aos séculos XVII e XVIII, a ideia da existência de certos direitos humanos inalienáveis, indisponíveis, universais e, por isso, fundamentais, não fazia parte

quer do pensamento político, quer do pensamento filosófico da humanidade. Não fazia, pelo menos, nos mesmos termos em que passou a fazer após as ideias de pensadores como Hobbes, Locke, Rousseau ou Kant,⁷⁸ por exemplo, terem sido difundidas e, em grande medida, positivadas nas declarações de direitos e nas constituições após as Revoluções Americana e Francesa. O Iluminismo trouxe consigo a ideia de que o cidadão precisava de se proteger contra o poder político e, por isso, o Estado, com o intuito de se reger sob uma ideia de Direito, atribuiu ao cidadão certos direitos que, historicamente, passaram a ser conhecidos por direitos fundamentais de liberdade.⁷⁹ Isto não significa, todavia, que, antes das Revoluções Americana e Francesa não existisse uma ideia de Direito, ou Estados submetidos ao Direito. O conceito de Estado de Direito é, seguramente, "algo de novo na História das ideias e acontecimentos políticos, localizado histórica e politicamente no liberalismo do século XIX."⁸⁰ Mas a ideia de Direito, contendo no seu cerne a protecção dos três valores e princípio emanados da Justiça, por nós identificados neste ensaio, tem sido trabalhada desde Platão e Aristóteles, passando, entre outros, por Cícero, S. Agostinho e S. Tomás. Dito por outras palavras,

costuma fazer-se um *corte histórico* no processo de desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais, conducente a uma separação absoluta entre duas épocas: uma, anterior ao *Virginia Bill of Rights* (12-6-1776) e à *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (26-8-1789), caracterizada por uma relativa *cegueira* em relação à ideia dos direitos do homem; outra, posterior a esses documentos, fundamentalmente marcada pela chamada *constitucionalização* ou *positivação* dos direitos do homem nos documentos constitucionais.⁸¹

Daqui resulta que o desiderato de assegurar a vida, a dignidade e a liberdade humanas, de forma igualitária, *através* da concessão de *direitos* é relativamente recente, é historicamente contingente. É um facto que antes do final do século XVIII não havia direitos fundamentais; mas já existiam concepções de Direito. Já existia a noção de que o Direito serve para proteger, de forma igualitária, a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas. Tal não era, contudo, feito através da concessão de direitos. A positivação de direitos fundamentais é uma medida *útil* para que o ordenamento jurídico cumpra a

⁷⁸ Para uma análise do pensamento destes autores cf. Abramson, pp. 169-278.

⁷⁹ Cf. a este propósito, Gomes Canotilho, pp. 380-385. Miranda, pp. 83-91.

⁸⁰ Reis Novais, Contributo, p. 29.

⁸¹ Gomes Canotilho, p. 380.

na sua função; não é, contudo, uma medida *necessária*, no sentido em que não é, conforme a história o demonstra, a única alternativa possível para garantir, de forma igualitária, a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas.

4.3 Os direitos sociais.

Tendo em atenção o acima exposto, estamos em condições de afirmar que um direito fundamental pode ser livremente revogado, ou nem sequer chegar a ser outorgado, sem que, por isso, se ofenda a concepção de Estado de Direito. O que tem que ser garantido, na medida em que um Estado se reja por uma ideia de Direito, é a vida, a dignidade e a liberdade, de forma igualitária, dos cidadãos, e não a manutenção de quaisquer direitos.

Este argumento poderá, à primeira vista, parecer contra-intuitivo; no entanto, se se analisar melhor a diferença que existe entre um direito fundamental e o valor que esse mesmo direito visa proteger, cremos que a nossa posição parecerá mais clara. Atente-se, por exemplo, nos direitos fundamentais sociais ao trabalho e respectiva retribuição, que se encontram inerentemente conectados. Estes direitos fundamentais, tal como todos os outros, visam assegurar a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. Visam assegurar a vida porque permitem que a pessoa se sustente, isto é, ganhe dinheiro para adquirir bens essenciais à preservação da vida, como, por exemplo, comida e vestuário. Possibilitam a realização de uma vida digna porque, através do trabalho, a pessoa pode, se assim o desejar, dar um rumo à sua vida, construindo uma carreira, permitindo-lhe, por conseguinte, a elaboração de um projecto de vida do qual se possa orgulhar. Para além disso, o salário permite adquirir certos bens, como, entre outros, casas, livros, televisões, automóveis, etc. que facultam uma vivência com um grau de conforto adequado à realização de uma vida digna. Por último, estes direitos concedem ao indivíduo mais liberdade do que a que ele teria sem eles, dado que lhe é possível, entre outras coisas, viajar ou aceder a certos tipos de serviços, como ir ao teatro, ao cinema ou ao futebol. O trabalho e o salário dão ao indivíduo uma liberdade tanto de movimentos como de realização de acções que, de outro modo, lhe estariam vedadas.

Este raciocínio é válido, sem excepção, para todos os direitos fundamentais. A única diferença que se poderá constatar reside no grau de concretização dos três valores, que poderá variar de direito fundamental para

direito fundamental. Assim, por exemplo, o direito fundamental cultural ao ensino não é, em rigor, essencial para proteger a vida humana;⁸² é, no entanto, importantíssimo enquanto concretização dos valores dignidade e liberdade. Ter direito a aprender aquilo que se deseje é uma manifestação de dignidade, na medida em que permite lançar os alicerces necessários para a construção de projectos de vida, tanto de um ponto de vista puramente pessoal como profissional. É, igualmente, uma manifestação de liberdade, cuja concepção não se resume ao direito que um indivíduo tem em não estar limitado nos seus movimentos; ter a liberdade de escolher como orientar a sua vida é, igualmente, uma manifestação da liberdade do indivíduo.

Imagine-se uma situação em que os direitos fundamentais sociais ao trabalho e à retribuição eram revogados. Segundo a nossa posição, tal não constituiria um problema desde que o Estado continuasse a assegurar, de forma igualitária, a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos. Note-se, uma vez mais, que estamos totalmente de acordo com as ideias que defendem que os direitos fundamentais são importantíssimos para a realização dos valores inerentes à ideia de Direito; concedemos, igualmente, que são o meio mais eficaz para realizar esses mesmos valores. Destas concessões resulta que as alternativas hipoteticamente apresentadas para a realização dos três valores, de forma igualitária, seriam muito mais ineficientes do que a concessão e manutenção dos direitos revogados. Mas o que é facto é que as funções do salário poderiam ser preenchidas por subsídios, concedidos pelo Estado, em substituição do direito à retribuição. Tal solução seria extremamente ineficiente porque, em pouco tempo, o Estado tornar-se-ia financeiramente inviável. Não tão ineficiente, mas, ainda assim, muito menos eficaz do que a outorga destes direitos fundamentais, seria uma atitude abstencionista do Estado; com efeito, se o Estado não conceder o direito fundamental ao trabalho e à retribuição sem, contudo, os proibir,⁸³ não impedirá que as pessoas continuem a viver de uma forma digna e livre. Naturalmente, com o passar do tempo, as desigualdades sociais acentuar-se-iam, o que obrigaria o Estado a intervir, dado que, se não o fizesse, infringiria o princípio da igualdade deixando, por conseguinte, de se reger por uma ideia de Direito.

⁸² O que não significa que não tenha importância; o ensino contribui para a obtenção de emprego, que, por sua vez, visa garantir, conforme acima referido, a vida humana. Todos os direitos fundamentais visam garantir os três valores. Esta garantia, no entanto, não tem o mesmo grau de intensidade em todos eles.

⁸³ O que ofenderia claramente a ideia de Direito, dado que as proibições de trabalhar ou de receber um salário afectariam a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos.

A única conclusão que, sem embargo, extraímos desta linha de raciocínio é a de que o Estado não pode, de forma a garantir igualmente a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos, limitar-se a ser inactivo. Dito por outras palavras, um Estado de Direito está obrigado a conceder prestações positivas. Esta obrigação, contudo, é fruto da ideia de Direito, não de direitos subjectivos "naturais", ou inalienáveis, das pessoas. Isto significa que o Estado não está adstrito a proteger igualmente a vida, a dignidade e a liberdade humanas através da concessão de direitos. O Estado tem, sem embargo, de actuar, tanto positiva como negativamente, de forma a permitir que as pessoas possam, lícitamente, conseguir fontes de rendimento que lhes permitam viver uma vida digna e livre, em condições de igualdade perante os outros membros da comunidade.

4.4. Direitos fundamentais: uma questão jurídico-positiva.

Os direitos fundamentais apresentam-se, portanto, como uma questão cuja problemática cai no âmbito do positivismo jurídico. Enquanto direitos subjectivos positivos, a sua consagração depende de opções políticas. A partir do momento em que sejam outorgados, detêm força jurídica, o que acarreta, entre outras coisas, a possibilidade de os seus titulares exigirem, judicialmente, a sua efectivação, característica própria de um direito subjectivo positivo; o facto de estarem, muitas vezes, consagrados num catálogo inserido na Constituição formal do Estado aumenta as suas garantias de efectivação, visto que a sua revogação está sujeita a um processo de revisão constitucional que, em muitos casos, implica a obtenção de uma maioria qualificada. Para além disso, em certos sistemas, como o português, há "**um regime geral dos direitos fundamentais**, que é aplicável a todos os direitos fundamentais", e "**um regime específico dos direitos, liberdades e garantias**".⁸⁴ Quanto a este último, "a Constituição contém regras e princípios que, na sua globalidade, consagram uma *disciplina jurídico-constitucional específica* para esta categoria de direitos fundamentais."⁸⁵ Os direitos sociais beneficiam deste regime na medida em que "constituam direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias".⁸⁶ De entre os traços caracterizadores deste

⁸⁴ Gomes Canotilho, p. 415. Para um desenvolvimento do regime geral, cf. pp. 416-433.

⁸⁵ *Idem*, p. 437.

⁸⁶ *Idem*, p. 403.

regime destacaríamos a aplicabilidade directa dos direitos, a vinculatividade de entidades públicas e privadas, bem como as garantias de que as leis que restrinjam estes direitos estão sujeitas ao respeito pelo princípio da proporcionalidade, não podendo ser retroactivas.⁸⁷

Os direitos fundamentais podem, por isso, ser qualificados como uma espécie de direitos subjectivos positivos de "valor reforçado", visto que a sua aplicação, exigibilidade, modificação, revogação e restrição obedece a regimes não aplicáveis aos direitos subjectivos positivos não consagrados como fundamentais. Estes últimos podem, portanto, ao contrário dos primeiros, ser livremente restringidos ou suprimidos.

Enquanto direitos subjectivos positivos, a outorga, revogação ou restrição dos direitos fundamentais está, portanto, na disponibilidade do legislador. No entanto, no momento constituinte de muitos dos modernos Estados de Direito, o legislador, para além de os consagrar na Constituição, decidiu, igualmente, criar regimes especiais para tutelar estes direitos. Assim, na ordem jurídica portuguesa, para além dos regimes de protecção dos direitos fundamentais acima referidos, o legislador constituinte instituiu, através da imposição de limites materiais de revisão, a proibição de revogar certos direitos fundamentais.⁸⁸ É, no entanto, preciso notar que esta é uma proibição de Direito positivo. Tal como argumentamos ao longo deste estudo, o Direito positivo é apenas uma parte do Direito, para além do Direito Natural. Para além disso, como demonstrámos *supra*, a parte mais importante do Direito positivo é casuística, pelo que saber até que ponto é que um direito fundamental pode ser restringido ou suprimido depende sempre do caso concreto.

Partindo destas premissas, é nossa contenção que, na medida em que se revelem como o *meio* mais eficaz de assegurar a ideia de Direito, os direitos fundamentais devem ser outorgados ao cidadão e, como tal, têm que ser protegidos, não como um fim em si mesmo, mas de forma a impedir que, através da sua revogação ou restrição arbitrária se atinja a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. Como tal, faz todo o sentido que, através do Direito positivo, o legislador constituinte os consagre na Constituição e, de forma a preservá-los, crie regimes especiais de protecção como, por exemplo, os existentes na ordem jurídica portuguesa (regime geral, regime específico e

⁸⁷ *Idem*, p. 437. Para um desenvolvimento do regime específico, cf. pp. 438-461.

⁸⁸ Cf. as alíneas d), e), h), i) e l) do artigo 288.º CRP.

limites materiais de revisão constitucional). Tudo isto não significa, todavia, que o legislador constituinte esteja, no momento constituinte, obrigado a outorgar direitos fundamentais, sejam estes quais forem, nem, se decidir outorgá-los, a criar regimes especiais para a sua protecção. Aquilo que o legislador constituinte tem de fazer, se optar por instituir uma ideia de Direito para reger o seu Estado, é garantir, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos desse mesmo Estado. Prosseguir este objectivo poderá - e, na actualidade, certamente é - ser feito mais eficazmente através da concessão e protecção de direitos fundamentais. O legislador constituinte não está, sem embargo, obrigado a conceder quaisquer direitos fundamentais, dado que fazê-lo é uma pura opção política.

Isto mesmo pode ser constatado através do facto de que o catálogo de direitos fundamentais varia, nos casos em que existe, entre ordens jurídicas diferentes sem que, devido a tal, se possa afirmar que determinado Estado, por não reconhecer dado direito fundamental, não se rege por uma ideia de Direito. Assim, na ordem jurídica portuguesa, por exemplo, o direito que os interessados têm em ser ouvidos após a conclusão da instrução de um procedimento administrativo⁸⁹ não está positivado, na Constituição, como um direito fundamental. Existe, contudo, uma querela doutrinária que tem por objecto de discussão apurar se este mesmo direito é, ou não, um direito fundamental inominado,⁹⁰ que seria reconhecido pela Constituição, como tal, através do disposto no número 1 do seu artigo 16.º. O ponto onde queremos chegar é o de que a qualificação do Estado português como sendo um Estado de Direito não seria afectada na eventualidade de se chegar à conclusão de que o direito que os interessados no âmbito de um procedimento administrativo têm em ser ouvidos não é um direito fundamental, isto porque tal putativo direito fundamental não é, tal como, aliás, nenhum direito fundamental o é, *necessário* para proteger, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. É indubitável que o direito à audiência dos interessados é um meio eficaz para combater a arbitrariedade da Administração, permitindo, simultaneamente, que os interessados se manifestem de uma forma mais visível do que através da simples apresentação de um requerimento inicial; contudo, está longe de ser necessário. Se o acto administrativo for ilegal, existem outras soluções, como, por exemplo, o recurso hierárquico ou o intentar de uma acção

⁸⁹ Artigo 100.º do Código do Procedimento Administrativo.

⁹⁰ Cf. Freitas do Amaral, pp. 360-361. Sousa e Matos, pp. 171-172.

judicial, que são independentes da outorga de um direito, fundamental ou não, à audiência dos interessados. Deste modo, é perfeitamente possível que direitos como o da audiência dos interessados sejam, nalgumas ordens jurídicas, considerados direitos fundamentais, ao passo que noutras não, sem que tal afecte a caracterização do respectivo Estado como sendo, ou não, um Estado de Direito.

Estas observações demonstram que os direitos fundamentais são uma problemática que se insere nos limites do positivismo jurídico. Na medida em que o Direito positivo pode ter qualquer conteúdo, desde que assegure, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana, facilmente se conclui que a outorga, bem como a manutenção, de direitos fundamentais não passa de uma solução *possível*, mas não *necessária*, para se alcançar o desiderato de protecção igualitária dos três valores que constituem o cerne da ideia de Direito.

O facto de os direitos fundamentais constituírem uma problemática que pertence ao Direito positivo é implicitamente reconhecido por Robert Alexy, que defende que se podem formular teorias de direitos fundamentais históricas, filosóficas, sociológicas ou jurídicas, entre outras.⁹¹ Estas distinções pressupõem, precisamente, o facto de os direitos fundamentais divergirem no tempo e no espaço. Assim, as análises de cariz histórico debruçam-se sobre os direitos fundamentais vigentes no passado em determinado lugar,⁹² as considerações filosóficas prendem-se com a sua fundamentação,⁹³ e as descrições sociológicas atêm-se ao papel social desempenhado por esses mesmos direitos.⁹⁴ Quanto às teorias jurídicas, estas podem incidir sobre os direitos fundamentais em geral, sobre os direitos fundamentais de determinada Constituição, - o objecto do estudo de Alexy são os direitos fundamentais da Lei Fundamental de Bona - ou sobre os direitos fundamentais de outros Estados que não o Estado Federal alemão.⁹⁵ Estas diferentes perspectivas demonstram que há possibilidade de escolher a que direitos fundamentais será conferida juridicidade, o que, por sua vez, demonstra que os direitos fundamentais não podem constituir o núcleo do conceito de Estado de Direito.

⁹¹ Alexy, pp. 27 e 28.

⁹² *Idem*, p. 28.

⁹³ *Ibidem*, p. 27.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 28.

Se o fizessem, os direitos fundamentais teriam que ser transversais a todas as ordens jurídicas positivas regidas por uma ideia de Direito. Conforme o demonstra as ideias de Alexy, bem como o exemplo do direito à audiência dos interessados, não existem os mesmos direitos fundamentais em todas as ordens jurídicas e, por isso, estes direitos não podem constituir o núcleo do conceito de Estado de Direito.

5. O futuro do Estado social.

Uma das interrogações políticas mais prementes do momento que a sociedade contemporânea atravessa, especialmente no Ocidente, é a de saber qual o futuro do Estado social.

As considerações levadas a cabo ao longo deste estudo têm o intuito de chamar a atenção para o facto de a questão, não obstante a sua importância, ser exacerbada. Com efeito, o Estado social surgiu em resposta ao "agudizar da chamada *questão social* na segunda metade do séc. XIX",⁹⁶ na qual o fenómeno do trabalho subordinado merece particular destaque:

Efectivamente, por esta época em que o trabalho fabril é já um fenómeno de massas, por força de uma industrialização crescente e suportada pelo êxodo das pessoas para os centros industriais, extremam-se também os abusos dos empregadores sobre os trabalhadores em matéria de tempo e de condições de trabalho e as condições de vida do operariado sofrem uma deterioração sem precedentes. Fica assim demonstrada a fraqueza do dogma da liberdade contratual quando esta é exercitada por sujeitos com um poder económico muito diferente.⁹⁷

O que se constata, portanto, é que a questão social começou a ser sentida após a Revolução Industrial. A ilação que daqui retiramos é a de que houve necessidade, após o fim da II Guerra Mundial, de se positivar, nas constituições modernas, direitos sociais, ao lado dos direitos de liberdade, de forma a lidar, eficazmente, com um problema que se vinha fazendo sentir desde a segunda metade do século XIX. O Estado social surge, por conseguinte, em resposta a um conjunto de questões delineadas no tempo. Estas questões, bem como a necessidade da sua resolução, são historicamente

⁹⁶ Palma Ramalho, p. 43.

⁹⁷ *Idem*.

contingentes. O Estado social faz sentido neste contexto. A consagração dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais peca por tardia porque, antes de tal acontecer, nenhum meio se revelou adequado para enfrentar a questão social. Na actualidade, o Estado social continua a fazer sentido. A concessão de direitos aos cidadãos, com a correspondente imposição de deveres (quer ao Estado, quer a certas entidades privadas), como, por exemplo, a segurança no emprego, a limitação da jornada de trabalho, o garante de um salário mínimo, o subsídio de desemprego, o direito à saúde, entre uma miríade de outros direitos e deveres económicos, sociais e culturais garante, de uma forma eficaz e equilibrada, a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas, de forma igualitária. O ponto que temos vindo a realçar, ao longo deste estudo, é o de que, não obstante a sua importância, o Estado social não é algo que deva ser mantido e protegido a todo o custo; deve ser mantido e protegido enquanto for o meio mais eficaz de proteger, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos. Pese embora o momento difícil que o Estado social atravessa no Ocidente, cremos que, todavia, o seu modelo ainda não está esgotado e que, por conseguinte, deverão ser feitos todos os esforços para ultrapassar a crise e manter os direitos fundamentais que os cidadãos, na actualidade, gozam. Este objectivo, sem embargo, só deve ser prosseguido tendo em vista a protecção igualitária da vida, da dignidade e da liberdade do cidadão. A partir do momento em que o modelo do Estado social se torne inoportuno para a sobrevivência do Estado e para a efectivação da ideia de Direito, isto é, se a sua aplicação começar a provocar desigualdades sociais e a afectar, ao invés de garantir, a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas, o que pode acontecer, nomeadamente, através do aumento desenfreado e desregrado de certas medidas de austeridade,⁹⁸ então deverá ser abandonado, e deverá ser implementado, no seu lugar, um modelo mais consentâneo com

⁹⁸ Como, por exemplo, o aumento exacerbado das taxas de imposto sobre o salário da população activa de forma a garantir subsídios e pensões outorgados a membros da população que não se encontrem no mercado de trabalho. É um facto que a diminuição dos montantes das prestações pecuniárias concedidas a reformados, por exemplo, poderá ser qualificada como "injusta", na medida em que estes não terão uma reforma consentânea com as contribuições por si efectuadas quando faziam parte da população activa. Sem embargo, manter o direito social à reforma poderá fazer implodir o Estado social numa situação em que o número de reformados seja superior ao dos trabalhadores no activo. Numa sociedade extremamente envelhecida, a manutenção do direito fundamental social à reforma não seria uma medida adequada a proteger a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos. Num caso tão extremo, a realização da ideia de Direito passaria por arranjar uma solução que permitisse a todos os cidadãos, tanto aos que se encontram na vida activa como aos reformados, continuar a viver, igualmente, uma vida digna e livre. Soluções deste cariz poderiam envolver a restrição ou supressão de certos direitos fundamentais sociais positivos, o que poderá ser moralmente injusto, não sendo, todavia, juridicamente injusto, visto que, mais importante do que o princípio da protecção da confiança, é garantir, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade de todos.

as necessidades actuais, mesmo que esse modelo implique uma revogação importante do Direito positivo vigente que afecte, porventura, o núcleo essencial de certos direitos fundamentais, nomeadamente os de cariz social. Fundamental será, sempre, em qualquer circunstância, assegurar a preservação da vida, da dignidade e da liberdade humana, de forma igualitária. O melhor método para o fazer terá que ser apurado a cada momento histórico. Caso contrário, modelos como o Estado social poderão converter-se em "presentes envenenados", dado que, se os direitos fundamentais sociais forem protegidos como fins em si mesmos, ao invés de serem entendidos como meros meios para se proteger a ideia de Direito, poderão tornar o Estado inviável e comprometer, gravemente, a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

Obras e artigos:

(Abramovich e Courtis)

ABRAMOVICH, Victor, e COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

(Abramson)

ABRAMSON, Jeffrey, *Minerva's Owl - The Tradition of Western Political Thought*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009.

(Alexy)

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

(Atria)

ATRIA, Fernando, "¿Existen derechos sociales?" in *Discusiones: Derechos Sociales*, número 4, 2004, pp. 15-59.

(Austin)

AUSTIN, John, *The province of jurisprudence determined*, editado por Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, 1995 (reimpressão 2001).

(Barbas Homem)

BARBAS HOMEM, António Pedro, *O Justo e o Injusto*, A.A.F.D.L., Lisboa, 2001 (reimpressão 2005).

(Beccaria)

BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, edição de Alberto Burgio com prefácio de Stefano Rodotà, 10ª ed., Giangiacomo Feltrinelli, Milão, 2005.

(Cícero)

CÍCERO, *De legibus*, Berolini, 1883.

(d'Entreves)

D'ENTREVES, Alexander Passerin, *The Notion of the State - An Introduction to Political Theory*, Clarendon, Oxford, 1967 (reimpressão 1969).

(Ferreira, Contra as teorias)

FERREIRA, Pedro Tiago, "Contra as teorias da interpretação no Direito e na Literatura", in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 1, nº 2, 2015, pp. 1787-1852

Disponível em

http://cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_1787_1852.pdf

(Ferreira, Juche)

FERREIRA, Pedro Tiago, *A contradição base na ideologia Juche e o seu inerente culto de personalidade*, edição de autor, 2012.

Disponível em

<http://www.keepandshare.com/doc20/4666/a-contradi-o-base-na-ideologia-juche-e-o-seu-inerente-culto-de-personalidade-pdf-255k?da=y>

(Ferreira, Princípio)

FERREIRA, Pedro Tiago, "O princípio da legalidade e a segurança jurídica - um ensaio sobre interpretação e norma jurídica", in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 3, nº 8, 2014, pp. 5561-5605.

Disponível em

<http://www.keepandshare.com/doc20/4664/o-princ-pio-da-legalidade-e-a-seguran-a-jur-dica-um-ensaio-sobre-interpreta-o-e-norma-jur-d?da=y>

(Ferreira, Relação)

FERREIRA, Pedro Tiago, "A relação necessária entre o Direito e a Moral", in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 3, nº 6, 2014, pp. 4193-4227.

Disponível em

<http://www.keepandshare.com/doc20/4667/a-rela-o-necess-ria-entre-o-direito-e-a-moral-pdf-275k?da=y>

(Freitas do Amaral)

FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Curso de Direito Administrativo - Volume II*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2013. (2ª reimpressão)

(Gilissen)

GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, 5ª ed. Tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

(Gomes Canotilho)

GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003. (14ª reimpressão)

(Griffiths, O'Callaghan e Roach)

GRIFFITHS, Martin, O'CALLAGHAN, Terry e ROACH, Steven C., *International Relations - The Key Concepts*, 2ª ed., Routledge, 2008.

(Hart, Essays)

HART, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983 (reimpressão 2001).

(Hart, Concept)

HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, 1994.

(Kelsen, Normas)

KELSEN, Hans, *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte, Fabris, Porto Alegre, 1986.

(Kelsen, Teoria Geral)

KELSEN, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3ª ed.. Tradução de Luís Carlos Borges, Martins Fontes, São Paulo, 2000.

(Kelsen, Teoria Pura)

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., 1960. Tradução de João Baptista Machado, 7ª edição da tradução portuguesa, Almedina, Coimbra, 2008.

(Kuran)

KURAN, Timur, "The Rule of Law in Islamic Thought and Practice: A Historical Perspective," in *Global Perspectives on the Rule of Law*, ed. Robert Nelson, Londres: Routledge, 2009, pp. 71–89.

(Larenz)

LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do Direito*, 3ª ed.. Tradução de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

(la Torre)

LA TORRE, Massimo, *Law as Institution*, Springer, 2010.

(MacCormick)

MACCORMICK, Neil, *Institutions of Law - An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007 (reimpressão 2009).

(Machado)

MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 21ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013.

(McMahan)

MCMAHAN, Jeff, *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life*, Oxford University Press, 2002.

(Miranda)

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional - Tomo I*, 7ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

(Palma Ramalho)

PALMA RAMALHO, Maria do Rosário, *Tratado de Direito do Trabalho - Parte I - Dogmática geral*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.

(Górgias)

PLATÃO, *Górgias*. Tradução de Margarida Leão, análise e comentários de Marcello Fernandes e Nazaré Barros. 4ª ed., Lisboa Editora, Lisboa, 1999.

(Radbruch, Fünf Minuten)

RADBRUCH, Gustav, "Fünf Minuten Rechtsphilosophie", in *Rhein-Neckar-Zeitung*, Heidelberg, 12 de Setembro de 1945.

(Radbruch, Ciência)

RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Tradução de Luis Recasens Siches e prólogo de Fernando de los Ríos, Madrid, 1930.

(Radbruch, Filosofia)

RADBRUCH, Gustav, *Introdução à Filosofia do Direito*. Tradução de Jacy de Souza Mendonça.

(Raz, Reason)

RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2ª ed., Oxford University Press, 1999 (reimpressão 2002).

(Raz, Authority)

RAZ, Joseph, *The Authority of Law - Essays on Law and Morality*, 2ª ed., Oxford University Press, 2009 (reimpressão 2011).

(Reale)

REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito; Teoria da Justiça; Fontes e Modelos do Direito*, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2003.

(Sousa e Matos)

REBELO DE SOUSA, Marcelo, e SALGADO DE MATOS, André, *Direito Administrativo Geral - Tomo III*, 2ª ed., D. Quixote, 2009.

(Regan)

REGAN, Tom, *Animal Rights, Human Wrongs - An Introduction to Moral Philosophy*, Rowan & Littlefield Publishers, 2003.

(Rehnquist)

REHNQUIST, William H., *The Notion of a Living Constitution*, 54 Texas Law Review, 693, 1976.

(Reis Novais, Contributo)

REIS NOVAIS, António Jorge Pina dos – *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Almedina, Coimbra, 2006 (reimpressão 2013).

(Reis Novais, Trunfos)

REIS NOVAIS, António Jorge Pina dos – *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, Almedina, Coimbra, 2006.

(S. Agostinho)

S. AGOSTINHO, *De libero arbitrio*, Turnhout Brepols Publishers, 2010.

(S. Tomás)

S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, Aquinas Institute for the Study of Sacred Doctrine, Lander, Wyoming, 2012.

(Savigny)

SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual - Tomo I*. Traduzido do alemão por M. Ch. Guenoux, vertido para castelhano por Jacinto Mesía e Manuel Poley, com prólogo de Don Manuel Durán y Bas, F. Góngora y Compañía, Madrid, 1878.

(Singer, Applied)

SINGER, Peter (editor), *Applied Ethics*, Oxford University Press, 1986.

(Singer, Practical)

SINGER, Peter, *Practical Ethics*, 2ª ed., Cambridge University Press, 1993.

(Waldron)

WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford, 1999 (reimpressão 2004).

Jurisprudência:

60 U.S. 393 Scott v. Sandford.

Pedro Tiago Ferreira

Formador

Mestrando em Teoria do Direito
na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.



NEGLIGÊNCIA MÉDICA

PERDA DE CHANCE DE SOBREVIVÊNCIA

Hígina Castelo

Juíza de Direito

1.ª Secção Cível da Instância Central do
Tribunal da Comarca de Lisboa

SUMÁRIO:

Quando alguém se dirige a um hospital em estado de poder sobreviver à doença de que é portador (sobrevivência incerta, mas possível com algum grau de probabilidade) se for pronta e adequadamente assistido, e o hospital, por via de atos e/ou omissões inadequados e negligentes, lhe retira a oportunidade de sobrevivência, o hospital incorre em responsabilidade civil e deve indemnizar os lesados, ainda que apenas na medida da oportunidade perdida.

REFERÊNCIA: Sentença proferida no processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23-07-2015. Transitada em julgado (decisão definitiva).

NEGLIGÊNCIA MÉDICA

PERDA DE CHANCE DE SOBREVIVÊNCIA

Hígina Castelo

Juíza de Direito

Conclusão em 25/06/2015

★

SENTENÇA

1. RELATÓRIO

«AA», hospital, intentou a presente ação declarativa de condenação, com **PROCESSO ORDINÁRIO**¹, contra

«BB»,

«CC» e

«DD», únicos e universais herdeiros de «EE»², alegando, em síntese, que prestou serviços médicos a «EE», entretanto falecida, mulher e mãe dos Réus; não tendo esses serviços sido pagos.

¹ A ação foi intentada com processo sumário, tendo passado a seguir a forma ordinária por via da reconvenção deduzida.

² A ação foi intentada contra a *herança aberta por óbito de «EE»*. A herança excepcionou, em sede de contestação, a sua falta de personalidade judiciária. Por despacho saneador de 07/10/2011 (conclusão de 28/09), foi decidido que a ação «considera-se proposta contra os Herdeiros de «EE»», e não contra a herança aberta por óbito de «EE». Os herdeiros, conforme consta do mesmo despacho estão determinados na escritura de habilitação de herdeiros, junta a fls. 106-7, a saber: «BB», «CC» e «DD». São, portanto, estes, desde o despacho saneador, os Réus-reconvintes nesta ação.

Termina pedindo que a ação seja julgada provada e procedente e, em consequência, os Réus condenados a pagar-lhe a quantia de € 11.568,40, acrescida de juros vencidos desde a propositura da ação e vincendos até integral pagamento, sobre a quantia de € 10.847,96.

Em sede de contestação, os Réus alegam, resumidamente, que:

- os serviços prestados apenas se tornaram necessários por força do incorreto comportamento anterior do Autor-reconvindo;

- o falecimento de «EE» ficou a dever-se ao cumprimento defeituoso do Autor-reconvindo dos deveres que integravam a sua prestação de serviço médico;

- antes de falecer, a vítima sofreu dores e apercebeu-se da gravidade e irreversibilidade do seu estado, o que lhe causou profundo sofrimento;

- em consequência do falecimento, os Réus-reconvintes sofreram graves prejuízos morais e patrimoniais.

Terminam pedindo que a ação seja julgada não provada e improcedente, com a sua conseqüente absolvição do pedido; e que a reconvenção seja julgada procedente por provada, condenando-se o Autor-reconvindo a pagar aos Réus-reconvintes:

- i) € 50.000 a título de dano morte;
- ii) € 20.000 a título de danos morais sofridos por «EE»;
- iii) € 100.000 a título de danos morais sofridos pelos Réus;
- iv) € 450.000 a título de danos patrimoniais, sendo todas as quantias acrescidas de juros desde a citação.

O Autor replicou, impugnando os factos que suportam a reconvenção e pugnando pela improcedência da mesma. Mais suscitou a intervenção provocada da companhia de seguros «FF», para a qual transferiu a sua responsabilidade civil emergente do exercício da atividade.

O incidente de intervenção da seguradora foi deferido.

Citada, a «FF» contestou, secundando a contestação à reconvenção do hospital, seu segurado. Mais alegou que o seguro contratado cobre

responsabilidade civil pelo mau funcionamento de equipamento do hospital, entre outras coberturas, que não estão em causa nos autos; está limitado a € 125.000 por sinistro; e tem uma franquia de € 1.250 por sinistro de responsabilidade civil profissional e de € 250 por sinistro de responsabilidade civil de exploração. Finalmente, alegou que o sinistro nunca lhe foi participado, estando já esgotado o prazo contratual de dois anos para o efeito.

Termina pedindo que a reconvenção seja julgada não provada e improcedente, com a sua consequente absolvição do pedido reconvenicional.

Os Réus responderam à contestação da «FF» ao pedido reconvenicional.

O Autor replicou à contestação da chamada.

Como já referido na nota 2, supra, a ação tinha sido intentada contra a *herança aberta por óbito de «EE»*. A herança excecionou, em sede de contestação, a sua falta de personalidade judiciária. Por despacho saneador de 07/10/2011 (conclusão de 28/09), foi decidido que a ação «considera-se proposta contra os Herdeiros de «EE»», e não contra a herança aberta por óbito de «EE». Os herdeiros, conforme consta do mesmo despacho estão determinados na escritura de habilitação de herdeiros, junta a fls. 106-7, a saber: «BB», «CC» e «DD». São, portanto, estes, desde o despacho saneador, os Réus-reconvintes nesta ação, tendo, por via daquele despacho, ficado sanado o vício de falta de personalidade judiciária.

Após o saneamento do processo, não surgiram exceções ou nulidades de que cumpra conhecer.

Procedeu-se a julgamento que decorreu com observância das legais formalidades.

★

Questões a decidir:

a) Que relação contratual se estabeleceu entre as partes? A vítima recebeu do Autor cuidados médicos que não pagou? Em que valor?

b) O Hospital Reconvindo incumpriu, injustificada e culposamente, o contrato de prestação de serviço médico celebrado com a falecida?

c) A sua atuação determinou a morte da mulher e mãe dos Réus Reconvintes?

d) Que prejuízos foram causados e em que medida devem ser indenizados?

e) Considerando o contrato de seguro, a Interveniente responde? Em que medida?

2. FACTOS

Provaram-se os seguintes factos:

1. O Autor é uma instituição hospitalar privada que se dedica à assistência e tratamento de doentes. (A)

2. No dia 31 de dezembro de 2008, cerca das 2 horas da madrugada, «EE» foi admitida no serviço de urgências do Autor. (B)

3. Cerca das 03:00 horas do dia 31.12.2008, os serviços do Autor deram alta médica a «EE». (C)

4. Pouco após as 10 horas da manhã do dia 31.12.2008, «EE» voltou ao hospital «AA», tendo sido internada na UCIP. (D)

5. No “Relatório” constante a fls. 10/11 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido, emitido pelos serviços do Autor, consta, para além do mais, *“Inicia quadro gripal tendo sido medicada com Azitromicina sem melhoria significativa pelo que recorre ao SAP tendo sido diagnosticada amigdalite, tratada com penicilina e enviada para casa. Volta horas depois com quadro de dificuldade respiratória, internada na UCIP. À entrada prostrada mas despertável. Parésia facial direita, hemiparesia direita, atrofia muscular generalizada. Caquexia. Desidratada. Hipotensa, taquicárdica.”*. (E)

6. O estado clínico da paciente «EE» foi-se agravando, tendo evoluído rapidamente para choque séptico e falência multiorgânica. (F)

7. A paciente «EE» esteve internada nos serviços do Autor desde o dia 31.12.2008 até ao dia 17.01.2009. (G)

8. Durante o internamento nos serviços do Autor, referido em G), o Autor aplicou na paciente «EE» os bens e serviços descritos na Fatura nº F2009/33045 e sua lista anexa, constantes de fls. 14 a 39 dos autos, no valor global de € 30.847,96. (1.º e 3.º)

9. O internamento da paciente «EE» nos serviços do Autor estava parcialmente coberto pelo seguro de saúde “Multicare”, da «FF», titulado pela apólice nº 9902880. (I)

10. Nos termos do seguro identificado em I), a «FF» era responsável pelo pagamento de 90% dos custos, no valor máximo de € 20.000,00. (J)

11. Do internamento da paciente «EE», a «FF» pagou a «AA» a quantia de € 20.000,00. (K)

12. O Autor enviou, dirigida a «EE», e «BB» recebeu, a carta datada de 21.07.2010, cuja cópia consta a fls. 13 dos autos, e cujo teor se dá por reproduzido, onde consta, para além do mais, “(...). *Assunto: Liquidação de factura. (...). Total a pagar: € 10.847,96. (...)*”. (L)

13. Já após o falecimento de «EE», os serviços do Autor enviaram outras cartas que lhe eram dirigidas como a referida em L). (54)

14. O que causou indignação a «BB». (55)

15. «BB» sentiu dor e revolta ao receber as cartas e mensagens de voz com o conteúdo como a descrita em L). (78)

16. «BB» enviou a «AA», e esta recebeu, a carta datada de 18.11.2009, cuja cópia consta a fls. 334 dos autos, e cujo teor se dá por reproduzido, onde consta, para além do mais, “(...). *O nosso cliente entende que não se encontra em dívida qualquer valor ao «AA», (...)*”. (AK)

17. «EE» nasceu a 02.03.1959 e faleceu a 17.01.2009. (H)

18. «EE» era casada com «BB» e era mãe de «CC», nascido a 07.11.1998, e de «DD», nascida a 13.07.2000. (M)

19. Em 2007, «EE» foi diagnosticada com um meningioma do cerebelo, tendo sido tratada no Serviço de Neurologia do Hospital de Santa Maria. (N)

20. O meningioma é um tumor habitualmente benigno, situado nas

meninges, que são as membranas que envolvem o cérebro e o cerebelo. (O)

21. O tipo de tumor referido em O) causa diversos sintomas em função da sua localização, sendo frequentemente causador de paralisias parciais, o que sucedeu no caso de «EE». (P)

22. O tratamento do meningioma faz-se através da sua extração cirúrgica. (Q)

23. Sendo um tumor benigno, tem um crescimento lento e não se espalha para outras partes do corpo. (R)

24. O meningioma tem uma elevada taxa de cura, pois a sua extração normalmente permite a erradicação total da doença, com eliminação dos problemas por ela causados (por exemplo, quando tenha causado paralisia por compressão de nervos, a remoção do tumor fará desaparecer a paralisia, embora possa requerer fisioterapia, sendo certo que, após cirurgia, podem permanecer sequelas e que a recidiva do tumor é comum. (S)

25. Em janeiro de 2008, «EE» foi operada, tendo-lhe sido removido o meningioma. (4.º)

26. E, posteriormente foi submetida a algumas cirurgias destinadas a eliminar as sequelas do tumor. (5.º)

27. Antes de ter contraído a infeção que acabou por a vitimar, «EE» estava a melhorar, tendo recuperado a marcha. (6.º)

28. O prognóstico dos médicos que a assistiam, entre os quais o neurocirurgião «GG», era o de progressivas melhorias, culminando na cura completa. (7.º)

29. E excluía a probabilidade de falecimento. (8.º)

30. Apesar de estar em processo de recuperação, a situação de saúde de «EE» era ainda débil, era muito magra (por ter sofrido de anorexia em tempos), tinha baixo índice de massa muscular e enfraquecimento geral (caquexia), e sofria de paresia parcial na cara. (9.º, 32 e 86)

31. Essa situação de debilidade causa uma diminuída resistência do organismo aos agentes infecciosos. (10.º)

32. Em 26.12.2008, «EE» sentiu sintomas típicos de uma infeção, como febre, arrepios, dores no corpo e fadiga. (11)

33. Os sintomas referidos verificam-se na gripe, bem como na generalidade dos quadros infecciosos. (12)

34. Em consequência do referido nos factos 32 e 33, «EE» procurou tratar os sintomas referidos no facto 32 com um antibiótico potente, o Zithromax (azitromicina). (13)

35. Por não ter surtido efeito, o estado de saúde de «EE» sofreu progressiva deterioração. (14)

36. E que se veio a acentuar na noite de 30 para 31 de dezembro, tendo «EE» e «BB» decidido dirigirem-se ao hospital mais próximo da sua residência, o do Autor. (15)

37. O médico que atendeu «EE» na madrugada de 31.12.2008 foi o Dr. «HH». (T)

38. Nas circunstâncias de tempo e lugar referidas em T), «EE» andava e falava com grande dificuldade, sentia-se débil e com falta de ar. (16 e 23)

39. Nas circunstâncias de tempo e lugar referidas em T), «EE», em colaboração com o seu marido, ora 1.º Réu, informou o médico que a assistiu da sua situação de doente em recuperação de um meningioma. (31)

40. Deslocava-se pelo seu próprio pé, mas com grande dificuldade, carecendo de amparo. (33 e 85)

41. O médico que a atendeu nas circunstâncias referidas em T) foi informado de que estava a tomar Zithromax há 4 ou 5 dias e a piorar; o Zithromax é um antibiótico indicado para infeções do trato respiratório superior, incluindo amigdalites, e também para outras infeções respiratórias bacterianas da comunidade, incluindo pneumonias. (17 e 80)

42. Do atendimento referido em T) resultou a elaboração do documento designado “Resumo da Informação Clínica”, cuja cópia consta a fls. 112 dos autos, e cujo teor se dá por reproduzido, onde consta, para além do mais, “*Motivo/Observação Clínica: amigdalite pultácea, já medicada com*

Zithromax, sem efeito; apirética; Antecedentes Pessoais: Meningioma do cerebelo; Anorexia nervosa; S. depressivo”. (U)

43. O Zithromax (azitromicina) é um antibiótico usado no tratamento das amigdalites, sendo, a par da penicilina, o medicamento de escolha das amigdalites bacterianas. (V)

44. Existem amigdalites virais que podem apresentar um aspeto muito semelhante ao da amigdalite bacteriana levando a dúvidas no seu diagnóstico. (81)

45. Nas circunstâncias de tempo e lugar referidas em T), o Dr. «HH» advertiu «EE» e o seu marido, ora 1.º Réu, que se houvesse qualquer agravamento da situação deveriam regressar de imediato ao hospital. (82)

46. A amigdalite pultácea é aquela que apresenta pus, sendo este sintoma indicativo de se tratar de uma amigdalite de causa bacteriana e não viral. (W)

47. O tratamento das infecções bacterianas é feito mediante a administração de antibióticos. (X)

48. Na madrugada de 31.12.2008, quando «EE» deu entrada no SAP do Autor já estava doente com pneumonia. (20)

49. E essa pneumonia já tinha começado a provocar a septicemia que havia de a vitimar. (21)

50. Os sintomas que «EE» apresentava à data do descrito em U) eram compatíveis com a existência de pneumonia. (22)

51. À data referida em U), «EE» apresentava dificuldade em respirar e em falar, e grande mal-estar geral. (23)

52. E nessa altura foi feita a «EE» uma medição do oxigénio existente no sangue, mediante um oxímetro, onde o 1.º Réu viu um resultado de 63%. (24)

53. O 1.º Réu chamou a atenção da enfermeira que estava a fazer o exame com o oxímetro, e foi-lhe respondido que a máquina estava avariada. (25)

54. O valor normal de concentração de oxigénio no sangue, medido com um oxímetro à altitude do nível do mar, situa-se entre os 95% e os 100%. (AA)

55. É geralmente considerada preocupante uma leitura de oxímetro inferior a 90%, e um valor inferior a 80% indica um estado muito grave de privação de oxigénio, ou seja, de hipoxemia severa. (AB)

56. Um valor de 63% indica um estado muitíssimo grave de privação de oxigénio. (AC)

57. A pneumonia, ao atacar os pulmões, atacando, portanto, a função respiratória, causa hipoxemia. (AD)

58. Uma amigdalite não é causa adequada muito provável de hipoxemia. (AE)

59. A amigdalite não tem por sintoma a falta de ar, mas sim dor de garganta. (AF)

60. Nas circunstâncias de tempo e lugar referidas em T), não foi realizada pelos serviços do Autor a «EE» qualquer radiografia ao tórax. (AG)

61. No “Certificado de Óbito” de «EE», cuja cópia consta a fls. 111 dos autos, e cujo teor se dá por reproduzido, consta, para além do mais, (...) *Causa da Morte: (...): Causa directa: doença, traumatismo ou complicação que levou directamente à morte: a) Choque Séptico; Devida ou consecutiva a: b) Pneumonia; (...)*. (Y)

62. O choque séptico referido em Y) como causa direta da morte de «EE» foi devido a pneumonia de comunidade. (AO – introduzida por despacho de 03/11/2011, a fls. 595, e retificada por despacho de 13/01/2012, a fls. 643)

63. A pneumonia de comunidade opõe-se à pneumonia hospitalar, significando que a pneumonia foi contraída fora do hospital. (Z)

64. A pneumonia adquirida na comunidade surge fora do ambiente hospitalar ou nas primeiras 48 horas após o seu internamento. (83)

65. A septicemia corresponde a uma infecção generalizada, espalhando-se a todo o organismo. (AH)

66. E é uma infecção que pode ter, e geralmente tem, um desenvolvimento muito rápido, sendo fatal se não for tratada a tempo. (AI)³

67. Uma radiografia ao tórax deteta uma pneumonia. (27)

68. Uma pneumonia grave é detetada numa auscultação com estetoscópio. (28)

69. A pneumonia de «EE», na noite de 30 para 31 de dezembro, era detetável com auscultação com estetoscópio. (29)

70. A pneumonia de «EE», na noite de 30 para 31 de dezembro, era detetável por radiografia torácica. (30)

71. Depois de ter tido alta na madrugada de 31 de dezembro, «EE», já em casa, sentiu-se com maior fraqueza que a impedia de caminhar. (37)

72. Para evitar a desidratação, «EE», já em casa, tomou “Dioralite”. (38)

73. Quando, pouco após as 10 horas da manhã do dia 31.12.2008, «EE» voltou ao «AA», o seu estado foi logo considerado em estado muito grave pela Dr.^a «II», e «EE» foi logo entubada pela médica Dr.^a «JJ». (39)

74. E foi sujeita a ECG, raios x, análises ao sangue com gasometria. (40)

75. Tendo-lhe sido diagnosticado, às 11h do dia 31.12.2008, pneumonia, geradora de hipoxia. (41)

76. O principal fator que determina a evolução de uma septicemia é o diagnóstico atempado. (96)

77. Numa sepsis grave diagnosticada na primeira hora, a probabilidade de sobrevivência é de quase 80%, percentagem que desce para cerca de 40% quando passam cerca de 3 horas, e ao fim de 12 horas apenas 20% dos doentes sobrevivem. (42)

³ A al. AJ) foi eliminada despacho de 03/11/2011, fls. 594.

78. Durante o internamento, o tratamento a que foi sujeita «EE» foi sendo determinado em função dos sintomas que iam surgindo, visando atenuar esses sintomas. (43)

79. Foi aplicado a «EE», pelos serviços do Autor, tratamento antibiótico com associação de antibióticos. (94)

80. Durante o internamento «EE» não foi submetida a qualquer cirurgia para atacar a causa do seu problema de saúde. (45)

81. No dia do internamento, «EE» ainda se apercebeu que a sua vida estava em sério risco e que a morte se aproximava. (50)

82. O que lhe causou um profundo desgosto. (51)

83. Durante o seu internamento, os Réus visitavam «EE» com frequência. (52)

84. Os Réus sentiram grande sofrimento ao acompanharem a doença de «EE». (53)

85. «EE», com 27 anos, foi a 1ª diretora da revista feminina “ELLE”. (56)

86. E integrou a equipa do semanário “Expresso”, com Vicente Jorge Silva, saindo com este jornalista para fundar o jornal “Público”. (57)

87. Neste jornal assinou várias entrevistas, nomeadamente a «PP», e dirigiu o suplemento “Leituras”. (58)

88. «EE» foi também tradutora, designadamente de romances de Marguerite Duras, jornalista do jornal “Independente” e dirigiu a revista “Livros”. (59)

89. E escreveu, com o psiquiatra Francisco Allen, “A Sexualidade traída: Abuso Sexual Infantil e Pedofilia”. (60)

90. E assinou, em coautoria com Maria Assunção Avilez, o livro “A Moda em Portugal nos Últimos 30 Anos”. (61)

91. E foi autora de uma das obras da “Expo’98” intitulada “Vancouver 1986” e da adaptação para livro do argumento do filme “Tentação”, de Joaquim Leitão. (62)

92. E é autora da única fotobiografia de Lobo Antunes, num volume de grande dimensão (A4, 232pgs), onde estão reunidos testemunhos familiares, em textos e imagens. (63)
93. «EE» entrou para a Editora “Dom Quixote”, editora de «PP», Mário Cláudio e do 1.º Réu, para desempenhar o cargo de diretora editorial. (64)
94. E foi editora de uma grande parte das obras de literatura estrangeira publicada na coleção “Ficção Universal” da “D.Quixote”. (65)
95. À data do seu falecimento, «EE» exercia o cargo de editora da “Dom Quixote”, onde seguia, entre outros projetos, o escritor «PP», auferindo cerca de € 3.150,00 mensais brutos, e também subsídio de férias e de Natal. (66)
96. «EE» era esposa dedicada e mãe extremosa. (67)
97. E tinha grande número de amigos. (68)
98. E era pessoa muito bem considerada no meio profissional onde se movia. (69)
99. Antes de ter adoecido com meningioma, era pessoa com grande alegria de viver. (70)
100. E a recuperação do meningioma fazia-lhe aumentar a alegria de viver. (71)
101. «EE» tinha muita vontade de viver, nomeadamente para acompanhar o crescimento dos seus filhos. (72)
102. E era pessoa muito culta, que retirava grande prazer da vida, nomeadamente através da leitura e do desempenho da sua profissão, com o contacto que proporcionava os meios literários. (73)
103. Antes do seu internamento, «EE» residia com o seu marido, 1.º Réu, e seus filhos, restantes Réus, em normal e harmoniosa vivência familiar. (74)
104. O falecimento de «EE» provocou profundo sofrimento e dor a seu marido e filhos, ora Réus. (75)
105. O que foi agravado pelo inesperado da sua morte. (76)

106. Após o falecimento da sua mãe, os Réus menores tiveram que recorrer a acompanhamento médico e psicológico. (77)

107. O exame por auscultação com estetoscópio, dada a sua simplicidade, não é muitas vezes registado na informação clínica, com exceção da situação em que apresente resultados significativos ou anormais. (84)

108. Pode contrair-se uma pneumonia na sequência de uma infeção viral ou bacteriana das vias respiratórias altas. (89)

109. O quadro inicial da pneumonia pode ser bastante ligeiro e incomum. (90)

110. O que pode dificultar o diagnóstico de pneumonia. (91)

111. O Autor transferiu responsabilidade civil decorrente da exploração e funcionamento do hospital para a «FF» através da apólice nº 8.249.962, cuja cópia consta a fls. 443 e segs., cujo teor se dá por reproduzido, onde consta das “Condições Particulares” que “4. *Âmbito de Cobertura: 4.1. De acordo com as Condições Gerais 22, o presente contrato tem por fim a cobertura da responsabilidade civil extracontratual imputável ao segurado pelos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes de lesões corporais e/ou materiais causadas a terceiros pela exploração do «AA», nomeadamente: (...). 4.2. Este contrato garante ainda a responsabilidade civil profissional de todos os profissionais com atuação no «AA», independentemente do vínculo laboral que possa existir, no exercício de funções nesta Unidade Hospitalar. (...). 6. Definição de Sinistro e Prazo para Reclamação: a) A garantia concedida pelo presente contrato abrange os eventos ocorridos e reclamados durante o período de vigência do mesmo. No que respeita à garantia constante do ponto 4.2, o presente contrato abrange os eventos ocorridos e reclamados durante o período de vigência do mesmo, desde que digam respeito a atos e omissões cometidos no período de dois anos antes da data de reclamação”.* (AL)

112. O contrato de seguro referido em AL) tem um capital de € 997.956,00, mas tem um capital disponível por sinistro limitado ao montante de € 125.000,00, por sinistro e por lesado. (AM)

113. O contrato de seguro referido em AL) possui as seguintes franquias: Responsabilidade civil profissional de € 1.250,00 por sinistro; Responsabilidade civil de exploração de € 250,00 por sinistro. (AN)

Fundamentação da decisão sobre a matéria de facto

Os factos provados (acima elencados) resultaram da análise crítica e conjugada dos vários meios de prova, nomeadamente, por confissão (ainda que ficta), documental, pericial e testemunhal.

As testemunhas tinham conhecimento dos factos pelas seguintes razões:

1- «HH», médico no Hospital Autor desde 2001, especialista em medicina desportiva, atendeu a falecida na urgência, na noite de 30 para 31 de dezembro.

2- «KK» trabalha para «AA» há cinco anos, desde novembro de 2009, como internista. Não tinha conhecimento direto dos factos; o que sabia deles foi por intermédio de colegas ou pela leitura do processo. Registo que esta testemunha depôs no sentido de ser normal, numa consulta de urgência, não auscultar um doente ao qual observa a garganta e diagnostica uma amigdalite (já havendo uma causa, diz, não vai à procura de outra).

3- «LL» é médica, empregada do Autor desde setembro de 2001, e assistiu a falecida 2 vezes durante o seu internamento, em 8 e 16 de janeiro de 2009.

4- «MM» trabalha para o Autor desde maio 2011, tendo por isso conhecimento do funcionamento do hospital Autor, mas não teve conhecimento direto dos factos, sabendo deles por intermédio de colegas.

5- «NN» trabalha para o hospital Autor como enfermeira, desde o início, março 2001. Na altura dos factos era subchefe na unidade de cuidados intensivos onde a falecida «EE» esteve internada.

6- «OO» é enfermeira no Autor, desde 2002, na unidade de cuidados intensivos onde a falecida esteve internada.

7- «PP» tinha conhecimento de parte dos factos por privar assiduamente com a falecida «EE», na medida em que esta era sua editora.

8- «QQ» foi médico psiquiatra da falecida «EE», no início dos anos 1990; após o meningioma, acompanhou-a em 3 consultas, sem diagnóstico clínico

nem medicação; apenas por sintomas de ansiedade naturais por causa das cirurgias. Depois viu-a, ainda, em eventos públicos, lançamentos de livros, etc...

9- «RR» era amigo da «EE» e família, desde o início dos anos 1990, quando trabalhou com ela na gravação de programas para a RTP, nos quais a falecida foi sua assessora.

10- «SS» foi fisioterapeuta da falecida.

11- «TT», médico pneumologista, era amigo do Réu e sua falecida mulher, e prestou serviços de perito médico ao Réu no âmbito deste processo.

12- «UU», médica pediatra há 25 anos, tinha conhecimento dos factos sobre que foi inquirida por ser irmã e tia dos Réus; e por ter observado e privado com a falecida na quadra natalícia, antes da hospitalização.

13- «JJ», médica, trabalhou para o Autor durante cerca de 10 anos, até há cerca de 4 anos; trabalhava na unidade de cuidados intensivos quando a falecida aí foi internada. Registo que não hesitou em diagnosticar à falecida uma pneumonia, logo de entrada.

14- «VV» é irmã e tia dos Réus.

15- «WW» é pai da falecida, sogro e avô dos Réus.

16- «XX» é pai e avô dos Réus.

17- «YY» foi empregada dos RR. Já anteriormente era empregada de «EE», desde há 20 anos, e permaneceu até cerca de ano e tal depois do óbito; teve, por isso, oportunidade de presenciar e viver o enorme sofrimento da família.

18- «II», médica pneumologista, trabalhou para o Autor cerca de um ano, no ano em que a mulher do R. faleceu. Foi a testemunha que recebeu «EE» na urgência, no dia 31 de dezembro de manhã e levou-a imediatamente para os cuidados intensivos, dado ser evidente a dificuldade respiratória extrema e uma sepsis grave.

19- «ZZ» foi colega de trabalho da falecida, na Editora Leya, onde trabalha como diretor de recursos humanos.

20- «AAA» trabalha para o Autor há 14 anos, nos cuidados intensivos, como especialista em medicina interna. Quando viu «EE», esta já lá estava havia cerca de uma semana.

21- «BBB» é enfermeiro no Autor há 14 anos, mas não tem memória da situação.

22- «CCC» trabalha para o Autor há 14 anos, como enfermeira, mas também não tem memória da situação.

23- «DDD» é enfermeira de pediatria do Autor desde 2003, e nada sabia sobre os factos dos autos.

24- «GG» foi o médico-cirurgião que operou o meningiona da vítima.

Concretizando, no que respeita aos factos da base instrutória:

A matéria dos arts. 1.º e 3.º da base instrutória provou-se nos termos constantes do facto 8, com base nos documentos de fls. 14 a 39, conjugados com os depoimentos de «LL», «NN» e «OO».

Do art. 2.º provou-se apenas, pelas mesmas razões, o que consta das als. J) e K).

A prova dos arts. 4.º e 5.º da BI alicerça-se no exame pericial (fls. 1071) e nos depoimentos de «QQ», «GG» e «WW».

A prova dos arts. 6.º e 7.º da BI fundamenta-se nos depoimentos de «PP», «QQ», «RR», «GG» e «SS»; e a prova do 8.º nos depoimentos de «PP», «QQ», «SS», «GG» e «XX».

A resposta conjunta aos arts. 9.º, 32 e 86 da BI alicerça-se na perícia realizada e nos depoimentos de «HH», «LL», «SS», «JJ», «II» e do Declarante.

A prova dos arts. 9.º e 10.º da BI alicerça-se na perícia realizada (fls. 1071).

A prova do 11 da BI baseia-se nos depoimentos de «UU», «VV» e «YY»; a do 12 alicerça-se nos depoimentos de «UU» e «JJ» e na perícia realizada; a do 13, nos depoimentos de «HH», «UU» e «VV»; a do 14, nos depoimentos de «UU», «VV», «WW» e «YY»; e a do 15, nos depoimentos de «UU», «WW» e «XX».

O que se provou dos art. 16 e 23 da BI resulta dos depoimentos de «JJ», «WW», «YY» e «II» e das declarações do Réu, conjugados com as regras da

lógica e da experiência comum. Note-se que o casal deslocou-se a meio da noite ao hospital; como tinham dois filhos pequenos em casa, tiveram que incomodar familiares, àquelas horas tardias, para virem cuidar das crianças. Meia dúzia de horas mais tarde, a falecida volta a dar entrada no hospital, à morte.

O que se provou do 17 (e do 80) da BI resulta do depoimento de «HH» e da perícia realizada (fls. 1071-3).

A matéria do 18 não se provou, por ser contraditória com os elementos de prova (perícia a fls. 1072); a do 19 foi eliminada por despacho de 03/11/2011.

O 20 e o 21 da BI fundamentam-se nos depoimentos de «TT», «UU» e «AAA» conjugados com as regras da lógica e da experiência comum. A própria perícia médica admite que «não é de excluir a existência de sinais e sintomas de pneumopatia quando da primeira deslocação ao Serviços de Urgência na madrugada de 31-12-2008». Em esclarecimentos em julgamento, o Sr. Perito disse claramente que, nas circunstâncias em que a senhora se apresentava e perante os antecedentes da mesma que foram registados, era exigível que se tivesse ido mais longe e se tivessem pedido exames complementares.

A resposta ao 22 da BI alicerça-se na perícia realizada, que refere claramente que os registos clínicos não permitiam excluir pneumonia, logo (impõe-se concluir, ao contrário do que faz o Sr. Perito), os sintomas eram compatíveis com a existência de pneumonia.

A matéria dos arts. 24 e 25 da BI provou-se pelas declarações do 1.º Réu que convenceram pela forma segura e autêntica como depôs. Não se afirma que a falecida estivesse efetivamente com 63%. Conforme foi referido por várias testemunhas (v.g. «MM») e perito, com tal valor, a vítima não andaria pelo próprio pé e estaria inconsciente de si e dos outros (valor incompatível com a função cognitiva). A corroborar a prática impossibilidade daquele valor está o facto de na manhã seguinte, em que a falecida estava muito pior, a medição ter sido de 84 %. Provavelmente, a máquina estaria avariada, e daí que a enfermeira não tivesse dado relevo ao valor. Alternativamente, poderia tratar-se da frequência cardíaca, que a máquina também mede, como referido por várias testemunhas.

O facto do art. 26 da BI não se provou por falta de elementos de prova no sentido do perguntado; as testemunhas não o sabiam, e o Declarante afirmou negativamente.

Os factos dos arts. 27 e 28 da BI provaram-se com fundamento nos depoimentos das testemunhas «HH», «LL», «TT» e «AAA» e na perícia realizada.

Os factos dos arts. 29 e 30 da BI são a decorrência lógica dos factos n.ºs 4, 5, 32 a 43, 50, 51, 61 a 65 e 73 a 75. É de presumir (presunção judicial) que – encontrando-se a vítima no estado de gravidade em que se encontrava pelas 10:00 horas, com uma pneumonia da comunidade em estado gravíssimo que determinou o seu internamento e entubação imediatos, estando ela a sentir-se extremamente mal a ponto de, a meio da noite, sair de casa para ir ao hospital, tendo de incomodar terceiros para ficarem com os filhos –, na primeira ida às urgências já haveria sinais seguros de pneumonia, detetáveis à auscultação e por radiografia. Estes factos são admitidos na perícia (fls. 1072).

O facto do art. 31 da BI foi confirmado por todos os que sobre ele depuseram («HH», «LL» e pelo Declarante), e consta do histórico clínico junto aos autos.

O facto do 33 (respondido em conjunto com o 85) da BI foi confirmado por todos os que sobre ele depuseram («HH», «LL», «SS», «JJ», «II» e pelo Declarante).

A matéria dos arts. 34 a 36 da BI é conclusiva e opinativa e, embora resulte da perícia e esclarecimentos do perito, conjugados com as regras da experiência comum, deve ser atendida em sede de fundamentação jurídica.

A matéria dos arts. 37 e 38 da BI fundamenta-se nas declarações do 1.º Réu. O 37 é, também, decorrência lógica do estado da vítima nas horas anteriores e posteriores.

Os factos dos arts. 39 a 41 da BI fundamenta-se no relatório pericial e nos depoimentos de «LL», «JJ» e «II».

O que se provou do art. 42 da BI fundamenta-se na perícia (fls. 1073) e nos depoimentos de «TT» e «UU».

O facto do art. 43 da BI foi confirmado por «LL», «NN», «OO», «JJ» e «AAA».

Sobre a matéria dos arts. 44 e 46 a 49 da BI não foi produzida prova em sentido afirmativo; quando se pronunciaram, as testemunhas disseram o contrário (nomeadamente «LL», «NN» e «OO»).

A parte provada do art. 45 da BI fundamenta-se nos depoimentos de «LL», «NN» e «OO». A parte não provada resulta dos mesmos depoimentos que explicaram que não havia qualquer intervenção cirúrgica adequada ao estado da falecida.

A parte provada do art. 50 e o facto do art. 51 da BI fundamentam-se no depoimento convincente do declarante Réu.

O facto do art. 52 da BI resulta provado pelos depoimentos de «LL», «NN», «WW» e do Declarante.

A resposta ao art. 53 da BI fundamenta-se nos depoimentos de «QQ», «UU», «WW», «YY» e do Declarante. A restrição provém do facto de várias testemunhas terem explicado que a vítima esteve sedada, inconsciente, praticamente desde o início, o que foi admitido também pelo Declarante.

A prova dos arts. 54, 55 e 78 da BI alicerça-se nos depoimentos de «UU», «VV», «WW» e do Declarante; a dos arts. 56, 57, 60 a 62, 64 e 65 da BI alicerça-se nos depoimentos de «RR» e «VV»; a dos arts. 58, 59 e 63 da BI, nos depoimentos de «PP», «RR» e «VV»; a do art. 66 da BI alicerça-se nos depoimentos de «PP», «VV», «WW» e «ZZ»; a do art. 67, nos depoimentos de «PP», «QQ», «VV», «WW», «YY», «GG» e do Declarante; a do art. 68 da BI, nos depoimentos de «PP», «QQ», «WW», «GG» e do Declarante; a do art. 69, nos depoimentos de «PP», «QQ», «ZZ», «GG» e do Declarante; a do 70, nos depoimentos de «PP», «QQ», «RR», «WW», «GG» e do Declarante; a dos arts. 71, 72, 73 da BI, nos depoimentos de «QQ», «RR», «GG» e do Declarante; a dos arts. 74 a 76 da BI alicerça-se nos depoimentos de «QQ», «VV», «WW», «YY», «GG» e do Declarante; e a do art. 77 da BI alicerça-se nos depoimentos de «QQ», «VV», «WW», «YY» e do Declarante.

Do art. 79 da BI nada mais se provou além do que já estava assente na al. E).

Os factos dos arts. 81 e 83 da BI fundamentam-se na perícia e nos testemunhos de «HH» e «LL».

O art. 82 fundamenta-se no depoimento de «HH».

O facto do art. 84 da BI admite-se, com base nos depoimentos de «HH», «LL» e «MM»; embora seja irrelevante, considerando o que se provou dos arts. 28 e 29 e a falta de prova do art. 95.

Os dos arts. 87 e 88 não se provam por falta de elementos consistentes nesse sentido (a perícia e os depoimentos testemunhais – «LL» e «MM» – indicam apenas alguma probabilidade, que se me afigura insuficiente perante os depoimentos no sentido da recuperação da vítima e da sua força anímica). Note-se que estes artigos da BI se reportam a uma suposta fulgurante pioria do estado de saúde entre as deslocações referidas em B) e D).

Os factos dos arts. 89 a 91 provaram-se, com base na perícia (fls. 1074) e nos depoimentos de «LL», «MM» e «TT», embora sejam irrelevantes, porque reportados aos que se pode passar em geral, sendo diferente o que se provou ter-se efetivamente passado no caso da vítima.

O 92 não se prova uma vez que o Perito, apesar de dizer «sim», logo acrescenta que se pode sempre efetuar um exame citobacteriológico, o que conduz à possibilidade de identificar o micro-organismo, contrariando o prévio «sim».

O 93 não se prova por a resposta da perícia ser com ele contraditória.

O art. 94 da BI fundamenta-se nos depoimentos de «LL» e «MM».

Sobre o art. 95 da BI não fiquei convencida dada a falta de elementos objetivos nesse sentido e o facto de que, atenta a gravidade da situação da vítima, a auscultação, se tivesse existido, teria evidenciado a doença. É certo que «HH» afirmou ter feito a auscultação, mas não me convenceu, pelas apontadas razões. Lembro que até houve uma testemunha («KK») que achou normal que, numa consulta de urgência, não se ausculte um doente ao qual se observa a garganta e se diagnostica uma amigdalite (já havendo uma causa, diz, não vai à procura de outra).

A prova do art. 96 da BI fundamenta-se nos depoimentos de «LL», «MM» e «UU».

O facto do art. 97 da BI não se provou por falta de elementos consistentes e convincentes. Apesar de ao médico «HH» ter parecido ver pus na garganta de «EE» e de ter anotado no seu registo «*Motivo/Observação Clínica: amigdalite pultácea, já medicada com Zithromax, sem efeito*», com enorme probabilidade, se tal pus existisse mesmo, ele teria sido assinalado dos registos clínicos posteriores (note-se que, poucas horas depois do registo de «HH», «EE» deu entrada no mesmo hospital e aí ficou internada até ao óbito.

3. O DIREITO

a) Da relação jurídica entre o Autor e «EE»; do (não) pagamento dos serviços prestados

Para esta questão relevam sobretudo os factos 7 a 11.

Um hospital é um estabelecimento aberto ao público vocacionado para a prestação de serviços médicos e afins, incluindo, consultas, meios auxiliares de diagnóstico, cirurgias, internamentos, aplicação de tratamentos, no âmbito de diferentes áreas da Medicina, e dirigidos à melhoria do bem-estar ou do estado de saúde dos clientes.

Nos termos do disposto no artigo 10.º do DL 279/2009, de 6 de outubro (que estabelece o regime jurídico a que fica sujeito o funcionamento das unidades privadas de serviços de saúde, como é o caso do Autor), as unidades privadas de serviços de saúde devem afixar nas suas instalações, em local bem visível, para os utentes e visitantes, a identificação dos serviços prestados e a licença.

Este anúncio dos serviços que se propõe prestar corresponde a uma *proposta ao público* – uma proposta contratual dirigida a um círculo indeterminado de pessoas⁴.

A proposta ao público está expressamente prevista no art. 230, n.º 3, do CC, e apresenta como especificidade de regime o facto de ser livremente revogável (até à aceitação).

Ao recorrer ao hospital Autor, «EE» aceita a proposta contratual. Essa aceitação faz-se, em geral, por declarações orais que ficam documentadas numa ficha de inscrição. Com a aceitação do cliente, a proposta (ao público) de prestação de serviço médico torna-se irrevogável e o contrato forma-se nesse momento. O início da efetivação dos cuidados médicos consiste num princípio de cumprimento contratual.

O contrato celebrado pode dizer-se um contrato socialmente típico de prestação de serviço médico (ou clínico) por hospital. Tratou-se de um contrato em que, predominando as notas da prestação de serviço, se adicionaram elementos da locação (espaço destinado ao internamento) e da compra e venda (medicamentos e outros consumíveis). Tratou-se de contrato oneroso, prestado por profissional com estabelecimento aberto ao público (art. 1158, *ex vi* do art. 1156, ambos do CC).

Durante o internamento nos serviços do Autor, este aplicou na paciente «EE» os bens e serviços descritos na fatura n.º F2009/33045 e sua lista anexa, constantes de fls. 14 a 39 dos autos, no valor global de € 30.847,96 (facto 8).

Do valor global de € 30.847,96, a «FF», no âmbito da apólice descrita em D), pagou o valor máximo, € 20.000,00 (factos 9 a 11).

Como o Autor refere na sua p.i., ficaram por satisfazer € 10.847,96. Os restantes € 720,42 pedidos na p.i. reportam-se a juros de mora desde a data da emissão da fatura.

Quem contrata uma prestação de serviço onerosa deve pagar o preço correspondente (arts. 405 e 406 do CC).

⁴ Neste sentido, Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos I*, 4.ª ed., Almedina, 2008, pp. 120-2.

Os Réus invocam que, nas circunstâncias do caso, o preço não é devido. Veremos, após apreciação da conduta do Autor-reconvindo se este preço não lhe é devido, e porquê.

b) Do incumprimento injustificado e culposo pelo Autor do contrato de prestação de serviço médico celebrado com a falecida

A relação jurídica entre o Autor-reconvindo e «EE» firmou-se como relação contratual de prestação de serviço médico (ou clínico) com vista à melhoria do estado de saúde da cliente/paciente. A obrigação do Autor para com «EE» não consistia na sua cura, dada a impossibilidade de garantir um tal desenlace, mas em fazer o que estivesse ao seu alcance, dentro dos meios e conhecimentos especiais de que dispunha, no sentido dessa cura ou, pelo menos, no sentido da melhoria do estado de saúde. Tratava-se de uma obrigação de meios ou de atividade⁵. O resultado não estava *in obligatione*. E sendo assim, não basta a prova de que o resultado não foi atingido (no caso de que a cliente não melhorou o seu estado de saúde, pelo contrário, faleceu) para se concluir pelo incumprimento. A prova deste é mais exigente, passando pela prova da falha na execução dos atos adequados à produção do resultado.

Que das últimas frases não resulte qualquer equívoco: no ordenamento português, o facto de o devedor se obrigar a prestar um resultado ou, apenas, a prestar a atividade apta à sua eclosão não determina diferenças no regime do ónus da prova, seja do cumprimento, seja da culpa. Neste sentido manifesta-se também a maioria da doutrina portuguesa que sobre a questão se debruça (alguma, implicitamente, por via da irrelevância que, em todo o plano, atribui à distinção)⁶.

⁵ Sobre a classificação que aparta as obrigações em obrigações de resultado e obrigações de meios (com origem atribuída a RENÉ DEMOGUE, no *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, t. V, Paris, Rousseau et Cie Editeurs, 1925, pp. 536-44) v. em especial, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das obrigações*, t. I, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 443-54; LOBATO GÓMEZ, «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, 45, 2 (abril-junho 1992), pp. 651-734; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Direito das obrigações*, I, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 143-59, e *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 32-42; ANDRÉ PLANCQUEEL, «Obligations de moyens, obligations de résultat», *RTDC*, 70 (1972), pp. 334-40; RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal, 2010.

⁶ Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das obrigações*, t. I, cit., sobretudo pp. 447-54; EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, *Direito das obrigações*, I, Lisboa, AAFDL, 2010, p. 110; MENEZES

Num caso e no outro, o Código Civil fornece as mesmas regras sobre a prova, respetivos ónus e presunções (*maxime*, artigos 342, 344 e 799). Num caso e no outro incumbe ao demandante a prova dos factos constitutivos do direito que pretende fazer valer e que podem resumir-se ao contrato de que emerge a obrigação da contraparte e ao vencimento do crédito (incumprimento *tout court*) ou podem ter de abranger também as falhas da execução (cumprimento defeituoso). E cabe ao demandado a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do demandante, por exemplo, a prova de que executou a prestação devida (caso lhe seja assacada falta de cumprimento ou mora), assim como lhe cabe a prova de que o incumprimento em que tenha incorrido não lhe é imputável a título de culpa.

Estando em causa, como está nestes autos, o *cumprimento defeituoso* de uma obrigação de *meios* tem o demandante de provar a fonte da obrigação originária e os defeitos do cumprimento. Mas não poderá fazer esta prova pela prova de um resultado defeituoso, pois o devedor não se obrigou à produção do resultado. A prova do cumprimento defeituoso de uma obrigação de meios passa pela demonstração de que não foi produzida a atividade apta a permitir a obtenção do resultado correspondente ao interesse do credor, ou, por outras palavras, de que existe uma divergência objetiva entre os atos praticados e aqueles que seriam adequados a que aquele resultado se pudesse produzir.

E é nisto que consiste a grande diferença, que na prática do direito se revela, entre uma obrigação de *resultado* e uma obrigação de *meios*. Na primeira, a prova do cumprimento e a do incumprimento defeituoso fazem-se, respetivamente, pela demonstração de que o resultado foi atingido, ou de que o resultado apresenta defeitos. Na segunda, a prova do cumprimento defeituoso efetua-se pela demonstração de que o devedor praticou atos inadequados a atingir o resultado. Num caso e no outro, não provado o cumprimento ou provado o incumprimento defeituoso, presume-se a culpa do devedor no incumprimento ou no cumprimento defeituoso, cabendo, portanto, ao devedor, a prova de que aqueles foram produzidos sem culpa da sua parte.

LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 142; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações*, 3.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2011, p. 182.

Neste mesmo sentido, as palavras de Carlos Ferreira de Almeida, em texto sobre a responsabilidade civil no contrato de prestação de serviço médico: «A presunção de culpa do devedor inadimplente estende-se ao cumprimento defeituoso (artº 799º, nº 1). Quem invoca tratamento defeituoso como fundamento de responsabilidade civil contratual tem de provar, além do prejuízo, a desconformidade (objetiva) entre os atos praticados e a *leges artis*, bem como o nexo de causalidade entre o defeito e o dano. Feita esta prova, o médico (ou a clínica) só se exonera de responsabilidade, se provar que a desconformidade não é devida a culpa sua»⁷.

Delineada a relação jurídica estabelecida entre «EE» e o Autor-reconvindo e explicadas as obrigações deste, devemos clarificar que o Autor-reconvindo é responsável pelos atos praticados pelas pessoas que utiliza para dar cumprimento às suas obrigações (médicos, enfermeiros, auxiliares, etc.), nos termos do disposto no art. 800, nº 1, do CC.

Na situação dos autos os Réus-reconvintes sucederam na prova que lhes competia do cumprimento defeituoso pelo Autor-reconvindo do contrato de prestação de serviços médicos. Com efeito, quando na noite de 30 para 31 de dezembro «EE» se dirige aos serviços de urgência do Autor-reconvindo é-lhe feito um diagnóstico errado, com culpa deste, que não usou os meios auxiliares de diagnóstico e os conhecimentos que tinha ao seu dispor e que o teriam conduzido ao bom diagnóstico e ao tratamento precoce ou, pelo menos, mais atempado.

O diagnóstico às 03:00 horas do dia 31 de dezembro foi de amigdalite pultácea, ou seja, com pus, e, como tal, de índole bacteriana (factos 5 e 42). Ora, o médico que fez este diagnóstico foi informado de que a paciente estava há vários dias a tomar Azitromicina, antibiótico adequado a debelar amigdalites bacterianas (factos 5, 34 a 37, 41 a 43). Passadas 7 horas, «EE» dá entrada no hospital com pneumonia e hipoxemia (factos 48 a 51, 57 a 59, 61

⁷ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, «Os contratos civis de prestação de serviço médico», in AAVV, *Direito da saúde e bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 75-120 (pp. 117). Em idêntico sentido, além da doutrina indicada na nota anterior, v. JORGE FIGUEIREDO DIAS e JORGE SINDE MONTEIRO, «Responsabilidade médica em Portugal», *BMJ*, 332 (jan. 1984), pp. 21-79 (pp. 45-6); ANTÓNIO SILVA HENRIQUES GASPAS, «A responsabilidade civil do médico», *CJ*, 3, 1 (1978), pp. 335-55 (pp. 344-5). Não se desconhecem outras posições - RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, cit., *maxime* pp. 125-31, e sobretudo RIBEIRO DE FARIA, «Novamente a questão da prova na responsabilidade civil médica – reflexões em torno do direito alemão», *RFDUP*, 1 (2004), pp. 115-95, cuja apreciação aqui não cabe.

a 65 e 75). Note-se que logo às 11:00 horas do dia 31 lhe é diagnosticada pneumonia, geradora de hipoxia (facto 75). E «EE» vem efetivamente a falecer por choque séptico provocado por uma pneumonia da comunidade (factos 61 e 62), adquirida antes da sua entrada no hospital (factos 48 a 50, 63 e 64). Nunca mais se fala em pus ou em amigdalite.

O diagnóstico das 03:00 horas estava indiscutivelmente errado.

Mas mais: estava injustificada e culposamente errado. Por um lado, os factos dizem-nos que era possível ter efetuado, logo aquando da primeira entrada nas urgências (02:00 às 03:00 horas de 31), o diagnóstico certo (factos 50 a 60 e 67 a 70). Por outro, os factos indicam-nos que era exigível que o médico tivesse dado melhor atenção a «EE», pela sua extrema fragilidade, antecedentes clínicos e grande mal-estar com que se apresentava (factos 25 a 27, 30 a 36 e 38 a 41).

Aliás, perante o objetivo incumprimento defeituoso do Autor-reconvindo, cabia a este a prova de que tal incumprimento não se deveu a culpa sua. Não só não o fez como se provou a culpa, atuação negligente, falta de atenção e de execução de certos atos que, perante as circunstâncias, eram exigíveis a um médico que atuasse com normal diligência.

c) Do dano e do nexa causal entre o comportamento do Autor-reconvindo e o dano; perda de *chance*

Os Réus-reconvintes invocam, e provam como veremos em seguida, a ocorrência de vários prejuízos de diferentes naturezas: dano-morte sofrido pela vítima; danos não patrimoniais da vítima e deles próprios, danos patrimoniais futuros. Todos são decorrência da morte de «EE», sendo este o dano principal a que me reporto nestes parágrafos.

«EE», depois de ter sido internada na manhã do dia 31, não mais saiu do Hospital Autor com vida. Como já assinalado, logo às 11:00 horas do dia 31 foi diagnosticada a «EE» uma pneumonia, geradora de hipoxia (facto 75). E «EE» vem efetivamente a falecer por choque séptico provocado por uma pneumonia da comunidade (factos 61 e 62). O principal fator que determina a evolução de uma septicemia é o diagnóstico atempado (facto 76). Numa

sepsis grave diagnosticada na primeira hora, a probabilidade de sobrevivência é de quase 80%, percentagem que desce para cerca de 40% quando passam cerca de 3 horas, e ao fim de 12 horas apenas 20% dos doentes sobrevivem (facto 77).

Devemos concluir que, se aquando da sua 1.^a ida ao hospital na noite de 30 para 31 de dezembro, «EE» tivesse sido internada e objeto de exames complementares de diagnóstico, como radiografia e repetição da medição de oxigénio com outro oxímetro, com enorme probabilidade ter-lhe-ia sido diagnosticada a pneumonia, e teria sido prontamente assistida com oxigénio e medicada de forma adequada, o que lhe teria dado uma maior probabilidade de salvação.

Não sabemos se a morte de «EE» não teria sobrevivido caso o Autor-reconvindo tivesse atuado de forma adequada e diligente, tivesse cumprido diligentemente e sem defeitos a sua obrigação de prestar os melhores serviços de diagnóstico e tratamento, que ao seu alcance estavam pelos seus conhecimentos e meios técnicos e humanos. Não podemos, com certeza, saber se «EE» teria sobrevivido se o reconvindo tivesse cumprido integral e diligentemente a sua obrigação. Podemos apenas formular um juízo de probabilidade sobre a sobrevivência. Além disso, sabemos, com certeza, que a defeituosa prestação do Autor-reconvindo retirou a «EE» qualquer possibilidade de sobrevivência. O comportamento do Autor-reconvindo fez perder a «EE» a *chance*, a oportunidade de sobreviver à doença.

É para casos como o presente que a jurisprudência e a doutrina têm recorrido ao conceito de perda de *chance* ou perda de oportunidade. Mais genericamente, a perda de *chance* reporta-se a atos ou omissões que conduziram a que alguém perdesse a hipótese de obter um benefício ou de evitar um prejuízo⁸.

⁸ JÚLIO GOMES, «Sobre o dano da perda de chance», *Direito e Justiça*, 19, 2, 2005, pp. 21-2; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 184; NUNO SANTOS ROCHA, *A «perda de chance» como uma nova espécie de dano*, Coimbra, Almedina, 2014, e-book, p. 14.

Perante situações como a dos autos, nas quais não se pode estabelecer um nexo de causalidade adequado entre a conduta do agente e o dano (final), podem tomar-se *grosso modo* três posições:

I. Para que o lesado seja indemnizado, o ordenamento jurídico português exige que exista um nexo de causalidade adequada entre o facto e o dano; no nosso ordenamento a indemnização não tem função punitiva, mas meramente ressarcitória, pelo que, não se estabelecendo o nexo causal com o dano (final), não há lugar a indemnização; a mera perda de *chance* não constitui um dano.

II. A perda de *chance* é indemnizável enquanto dano intermédio, autónomo do dano final, desde que se verifiquem os demais pressupostos da responsabilidade civil, nomeadamente o facto ilícito e culposo e o nexo causal entre ele e o dano da perda de chance. A perda de *chance* não constitui um problema do domínio da causalidade, mas do domínio do dano.

III. A perda de *chance* não constitui um dano autónomo, nem é indemnizável enquanto tal; no entanto, o dano (final) pode ser indemnizável, em certa medida, se se verificar elevada probabilidade de ter sido adequadamente causado pelo facto ilícito. A perda de *chance* constitui um problema de causalidade.

Compreendem-se as reticências de boa parte da doutrina em aceitar em termos gerais a indemnização por perda de *chances*. Neste sentido, leiam-se as palavras de Menezes Cordeiro: «não é possível condenar alguém a pagar – o que tem, sempre, um sentido expropriativo ou confiscatório – se não se estabelecer um nexo de causalidade entre o facto e o dano»; «ao mandar indemnizar pela perda de chance, dispensando, com isso, a prova da causalidade, está-se a proceder a uma (re)distribuição do risco não prevista na lei»⁹. Em idêntico sentido, Paulo Mota Pinto afirma: «não parece que exista já hoje entre nós base jurídico-positiva para apoiar a indemnização por perda de

⁹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte geral, negócio jurídico*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 288.

chances»¹⁰. Explica, no entanto, que tanto não significa que a *chance* não seja protegida quando «o âmbito de proteção garantida pela norma violada ou pelo bem afetado inclui igualmente a mera elevação do risco de lesão – que é outra forma de perguntar se inclui a diminuição de chances de evitar o prejuízo – bastando essa mera elevação do risco (no interesse negativo, de perda de oportunidades alternativas) para que se imponha ao agente o dever de indemnizar»¹¹. Esta posição aproxima-se daquela que Carneiro da Frada também manifesta. Na responsabilidade contratual, diz este Autor, «a perda de oportunidade pode desencadear responsabilidade de acordo com a vontade das partes (que erigiram essa “chance” a bem jurídico protegido pelo contrato)¹². Na responsabilidade delitual, «tudo depende da possibilidade de individualizar a violação de uma norma cujo escopo seja precisamente a salvaguarda da “chance”»¹³.

No entanto, tem vindo a fazer carreira a consideração da perda de *chance* como indemnizável enquanto dano intermédio, autónomo do dano final, desde que se verifiquem os demais pressupostos da responsabilidade civil, nomeadamente o facto ilícito e culposo e onexo causal entre ele e o *dano da perda de chance*. Neste sentido, Rute Teixeira Pedro afirma que a ressarcibilidade do dano por perda de *chance* depende de determinados pressupostos: - «terá de existir um determinado resultado positivo – a obtenção de uma vantagem ou a não concretização de uma desvantagem – que pode vir a verificar-se, mas cuja verificação não se apresenta certa»; - «é necessário que, apesar desta incerteza, a pessoa se encontre numa situação de poder vir a alcançar esse resultado»; «a pessoa terá, portanto, de estar investida de uma chance real de consecução da finalidade esperada» (sublinhados meus); - «é indispensável que se verifique um comportamento de terceiro, suscetível de gerar a sua responsabilidade, e que elimine de forma definitiva as (ou algumas das) existentes possibilidades de o resultado se vir a produzir»¹⁴. De um só golpe,

¹⁰ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 1106.

¹¹ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, II, cit., p. 1106.

¹² CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade civil: o método do caso*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 104.

¹³ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil...*, cit., p. 104.

¹⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 198-201.

acrescenta, «o facto do agente destrói as expectativas existentes e inviabiliza a obtenção do resultado esperado. O desaparecimento do elemento intermédio traz, por arrastamento, o desaparecimento do resultado final que eventualmente se viria a verificar»¹⁵.

Defendendo igualmente a consideração da perda de *chance* como dano autónomo, Nuno Santos Rocha explica que, para determinar o valor da indemnização terá de se proceder a três operações distintas: «Avaliar, primeiro, qual o valor económico do resultado em expectativa e, de seguida, a probabilidade que existiria de o alcançar, não fora a ocorrência do facto antijurídico. Este segundo valor, calculado numa percentagem – traduzindo a consistência e seriedade das «chances» –, terá que ser por fim aplicado ao primeiro, para que se possa finalmente obter o valor pecuniário da «perda de chance»»¹⁶.

A jurisprudência portuguesa tem aderido à doutrina da ressarcibilidade da perda de *chance*, como dano autónomo. A título meramente exemplificativo:

Acórdão do STJ de 06/03/2014, proc. 23/05.3TBGRD.C1.S1: «III - É admitida a ressarcibilidade do dano da perda de *chance* ou de oportunidade, que pressupõe: a possibilidade real de se alcançar um determinado resultado positivo, mas de verificação incerta; e um comportamento de terceiro, suscetível de gerar a sua responsabilidade, que elimine de forma definitiva a possibilidade de esse resultado se vir a produzir.»

Acórdão do STJ de 05/02/2013, proc. 488/09.4TBESP.P1.S1: «X - O dano da “perda de chance” que se indemniza não é o dano final, mas o dano “avançado”, constituído pela perda de chance, que deve ser medida em relação à chance perdida e não pode ser igual à vantagem que se procurava, nem superior nem igual à quantia que seria atribuída ao lesado, caso se verificasse onexo causal entre o facto e o dano final. XI - Para o que importa proceder a uma tarefa de dupla avaliação, isto é, em primeiro lugar, realiza-se a avaliação do dano final, para, em seguida, ser fixado o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo, após o que, obtidos tais valores, se

¹⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p. 203.

¹⁶ NUNO SANTOS ROCHA, *A «perda de chance» como uma nova espécie de dano*, cit., p. 44. Segue no essencial o método de cálculo de RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 227 a 232.

aplica o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, constituindo o resultado desta operação a indemnização a atribuir pela perda da chance».

Noutra abordagem do problema, a perda de *chance* não constitui um dano autónomo, nem é indemnizável enquanto tal; no entanto, o dano (final) pode ser indemnizável, em certa medida, se se verificar elevada probabilidade de ter sido adequadamente causado pelo facto ilícito. A perda de *chance* constitui, assim, um problema de causalidade. Trata-se da posição entre nós assumida por Rui Cardona Ferreira: nega que se possa sustentar, em face do nosso ordenamento, uma posição favorável quanto à admissibilidade da perda de *chance* como dano patrimonial, emergente e autónomo¹⁷.

Não é este o momento para analisar a perda de *chance* de forma geral, nem de tomar posição sobre o tema de modo genérico. Perante o caso que nos ocupa não há dúvida de que o Autor-reconvindo tinha a obrigação contratual de ter agido de outra forma, de ter realizado determinados exames que lhe teriam permitido diagnóstico certo e de ter assistido e medicado a paciente em conformidade. O cumprimento adequado e diligente da sua prestação teria dado à paciente a possibilidade de sobreviver, ou uma muito maior probabilidade de sobrevivência. A probabilidade de sobrevivência foi coartada pela conduta do Autor-reconvindo, gerando para «EE» um dano concreto: a redução drástica da probabilidade de sobreviver.

Entre a conduta lesiva do Autor-reconvindo e este dano autónomo, intermédio, há um irrefutável nexos causal. A omissão do Autor-reconvindo era adequada a causar, e efetivamente causou, aquele dano intermédio.

Em casos como o presente, em que, por via do incumprimento (em sentido lato) ilícito e culposo de um contrato, o contraente lesado perde a oportunidade que efetivamente tinha (em alguma medida) de vir a obter o resultado correspondente ao seu interesse primário ou final nesse contrato, a perda de *chance* constitui um dano autónomo, indemnizável, desde que entre este dano e a conduta lesiva se verifique o necessário nexos de causalidade adequada.

¹⁷ RUI CARDONA FERREIRA, «A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, out./dez. 2013, pp. 1301-29.

Concluindo pela verificação dos pressupostos da responsabilidade civil – facto ilícito e culposo, dano (intermédio ou autónomo, consubstanciado na elevada probabilidade de não sobrevivência ou quase impossibilidade de sobrevivência) e nexo causal (entre a conduta ilícita e culposa e o dano intermédio) –, resta quantificar o dano sofrido. Em que medida devem os Réus-reconvintes ser indemnizados.

d) Dos prejuízos causados e medida da sua indemnização

Os Réus-reconvintes pediram a condenação do Autor-reconvindo nas seguintes quantias indemnizatórias, para ressarcimento dos seguintes danos:

- i) € 50.000 a título de dano morte;
- ii) € 20.000 a título de danos morais sofridos por «EE»;
- iii) € 100.000 a título de danos morais sofridos pelos Réus;
- iv) € 450.000 a título de danos patrimoniais, sendo todas as quantias acrescidas de juros desde a citação.

É, atualmente, entendimento quase unânime do STJ a possibilidade de valoração/tutela dos danos não patrimoniais na responsabilidade contratual, desde que tais danos sejam em si graves, por aplicação do disposto no art. 496 do CC¹⁸.

Não sendo possível a reconstituição natural, impõe-se a indemnização em dinheiro (arts. 562 e 566 do CC). Em quanto? Mesmo recorrendo a critérios de equidade (art. 566, n.º 3, do CC), a resposta não é imediata. Se não puder ser averiguado o valor exato dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados, assim o determina a norma por último citada.

A ressarcibilidade do dano da perda de *chance* ou de oportunidade existe tanto na responsabilidade contratual como extracontratual¹⁹.

¹⁸ Neste sentido, e a título de exemplo, o Acórdão do STJ de 30/09/2014, proc. 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1. Vai distante a doutrina contrária, expressa por Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, I, 4.ª ed., nota 8 ao art. 496.

¹⁹ Acórdão do STJ de 30/09/2014, proc. 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1.

Que os danos acima elencados se verificaram é indiscutível perante a factualidade assente. Relativamente aos danos morais sofridos pela vítima, leiam-se sobretudo os factos 61, 81 e 82; a respeito dos danos morais sofridos pelos Réus, leiam-se sobretudo os factos 83, 84, 96 a 106; sobre os prejuízos patrimoniais, leiam-se os factos 85 a 95 e 98.

Porém, estamos, como já exposto, perante um caso em que o Autor-reconvindo é responsável apenas pela perda de *chance*, pelo que se impõe quantificar a indemnização por referência à *chance* perdida e tendo em consideração a medida das probabilidades de sobrevivência se a oportunidade da sua obtenção não tivesse sido frustrada com a conduta, sobretudo omissiva, do Autor-reconvindo.

Para aferir a medida da indemnização num caso de perda de *chance*, como o presente, importa proceder a uma tarefa de dupla avaliação: em primeiro lugar, avaliar o dano final; em seguida, fixar o grau de probabilidade de obtenção da vantagem. Uma vez obtidos tais valores, aplica-se o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, constituindo o resultado de tal operação o valor da indemnização a atribuir pela perda da *chance*²⁰.

Relativamente ao dano final, admito serem adequados os valores atribuídos pelos Réus-reconvintes aos vários danos. Relativamente ao grau de probabilidade de sobrevivência se o Autor-reconvindo tivesse realizado a prestação adequada e exigível, considerando o apurado no facto 77 e o disposto no art. 566, n.º 3, do CC, parece-me razoável fixar a probabilidade de sobrevivência às 02:00 ou 03:00 horas em 40%.

Aplicando a referida percentagem (40%) ao valor do dano final, concluímos que os Réus-reconvintes devem ser indemnizados pelos danos emergentes da perda de *chance* em € 248.000,00.

Perante o quadro fáctico apurado e juridicamente enquadrado como cumprimento defeituoso do Autor, que contribuiu de forma pesada para a morte da cliente, com todos os severos prejuízos causados à mesma, marido e

²⁰ NUNO SANTOS ROCHA, A «perda de chance» como uma nova espécie de dano, cit., p. 44. Segue no essencial o método de cálculo de RUTE TEIXEIRA PEDRO, A A Responsabilidade Civil do Médico..., cit., pp. 227 a 232.

filhos, entendo que a contraprestação pecuniária da prestação de serviço não é devida. Boa parte dos gastos do Autor só tiveram de ser efetuados na tentativa de remendar o agravamento do estado de saúde da vítima causado pelas prévias omissões/cumprimento defeituoso do próprio Autor. Ainda que assim não fosse, a prestação do autor teve valor negativo para a vítima, pelo que a contraprestação deveria ser reduzida a zero. E, ainda que assim não se entendesse, dadas as circunstâncias, a tentativa de cobrar dos Réus os valores faturados sempre seria abusiva à luz do art. 334 do CC.

e) Da responsabilidade da Seguradora Interveniente

De acordo com o exposto nos factos 111 a 113, o Autor transferiu responsabilidade civil decorrente da exploração e funcionamento do hospital para a «FF» através da apólice n° 8.249.962. O sinistro dos autos está contemplado na medida em que «garante a responsabilidade civil profissional de todos os profissionais com atuação no «AA», independentemente do vínculo laboral que possa existir, no exercício de funções nesta Unidade Hospitalar». Apesar de o contrato de seguro ter um capital de € 997.956,00, o capital disponível por sinistro é de apenas € 125.000,00. Além disso, a franquia pela responsabilidade civil profissional importa em € 1.250,00 por sinistro.

Assim, a Interveniente apenas é responsável pelo pagamento de € 123.750,00, cabendo ao Autor o pagamento dos restantes € 124.250,00.

4. Decisão

Pelo exposto, julgo a ação parcialmente provada e procedente, condenando o Autor-reconvindo a pagar aos Réus-reconvintes indemnização no valor de € 124.250,00, acrescida de juros de mora à taxa legal, desde a notificação da contestação até integral pagamento; e condenando a Interveniente a pagar aos Réus-reconvintes indemnização no valor de € 123.750,00, acrescida de juros de mora à taxa legal, desde a sua citação até integral pagamento.

Custas por Autor, Réus e Interveniente, na proporção de $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{2}$ e $\frac{1}{4}$, respetivamente, com dispensa do remanescente (atenta a boa conduta processual das partes e a excessiva demora do Estado – art. 6.º, n.º 7, do RCP).

Registe e notifique.

★

Lisboa, 23/07/2015

(férias judiciais desde 16 de julho)

Hígina Castelo

Juíza de Direito

1.ª Secção Cível da Instância Central
do Tribunal da Comarca de Lisboa



Data  **enia**

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 3 • N.º 04 • Dezembro 2015

