

JURISMAT

Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes

N.º 12 – PORTIMÃO – NOVEMBRO 2020

Ficha Técnica

Título:	JURISMAT – Revista Jurídica – N.º 12
Director:	Alberto de Sá e Mello
Edição:	Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes Rua Dr. Estêvão de Vasconcelos, 33 A 8500-656 Portimão PORTUGAL
Capa:	Eduarda de Sousa
Edição on-line:	http://www.ismat.pt/investigacao/70-investigacao-direito
Catálogo:	Latindex – folio 24241
Correspondência:	info@ismat.pt
Data:	Novembro 2020
Gráfica:	ACD Print
Tiragem:	100 exemplares
ISSN:	2182-6900

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	7
 ARTIGOS	 11
 PEDRO CARIDADE DE FREITAS O Direito de Visita e a Abolição Internacional do Tráfico de Escravos: Uma Questão Histórico-Jurídica	 13
 PAULO FERREIRA DA CUNHA Democracia, Civilização, Humanidade – Uma Defesa de Numância?	 45
 ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA Inteligência Artificial na Decisão Jurisprudencial?.....	 73
 JORGE MIRANDA Os Direitos Fundamentais na Constituição de Cabo Verde	 93
 CARLOS BLANCO DE MORAIS O Precedente na Justiça Constitucional Portuguesa e Brasileira: Um Apontamento Comparado em Tempos de Crise.....	 109
 JORGE GODINHO A evolução dos crimes de corrupção no direito penal de Macau	 121
 DORA ISABEL MENDES LOPES FONSECA A Problemática da Atenuação Especial da Pena Prevista no Decreto-Lei 401/82 de 23 de Setembro e os Contributos da Psicologia do Desenvolvimento e da Sociologia	 155
 JOSÉ CASALTA NABAIS Considerações sobre as despesas fiscais	 171

MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA	
Julgamento de Facto em 1ª e 2ª Instâncias	203
 CARLOS ROGEL VIDE	
Contratos Aleatorios y Compraventa en el Código Civil Español	221
 ALBERTO DE SÁ E MELLO	
Modificação ou resolução dos contratos por alteração das circunstâncias, no contexto da pandemia COVID-19 (breve anotação ao regime da lei civil)	247
 VANESSA MAMEDES	
Contrato-Promessa – Inobservância da Forma Legal: Nulidade e Abuso do Direito	257
 ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES	
Entre a Caducidade e o Despedimento	267
 ANTÓNIO AMADO	
A Sociedade por Quotas, perante o Decreto-Lei 33/2011, de 7 de Março	285
 MARCOS EHRHARDT JÚNIOR & GABRIELA BUARQUE PEREIRA SILVA	
Diretrizes Éticas para a Inteligência Artificial Confiável na União Europeia e a Regulação Jurídica no Brasil	305
 MANUEL CATARINO	
O Fascismo, a Revolução, a Contra-revolução em Portugal e o Papel da Economia Política	339

PALAVRAS DE ABERTURA

JURISMAT – A Revista Jurídica do ISMAT

ALBERTO DE SÁ E MELLO *

A JURISMAT conheceu duas edições anteriores, desde 2012.

A Revista Jurídica do ISMAT congregou, sobretudo na sua primeira edição, entre 2012 e 2015 (oito números publicados em três anos), a publicação de artigos científicos da autoria dos maiores especialistas de todas as Faculdades de Direito nacionais, portugueses e muitos estrangeiros (de Espanha, Brasil, Marrocos, Itália e México). A JURISMAT mereceu, de resto, a acreditação em catálogo internacional (Latindex). Cumpriu cinquenta dos cinquenta e cinco critérios exigidos. Continuará a merecê-lo.

A Revista serve, antes de mais, a publicação de artigos dos Docentes do curso de Direito do Instituto. Esta é uma exigência da renovada Direcção do Curso e uma das missões fundamentais da Revista.

Incluiu, ainda, durante a sua primeira edição, uma rubrica consagrada à publicação de artigos de Estudantes de Direito, especialmente escrutinados pela Comissão Científica da Revista, segundo regulamento próprio. Esta opção editorial é, agora, reeditada, publicando-se, já neste número, artigo de um Estudante do ISMAT. Naturalmente, os trabalhos de Estudantes reflectem ainda algum academismo, compensado pelo entusiasmo inerente a uma primeira publicação.

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 9-10.

* Doutor em Direito. Professor catedrático convidado da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias (ULHT – Lisboa) e do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes (ISMAT – Portimão). albsamello@netcabo.pt

A Comissão Científica da Revista é também, agora, toda ela renovada. Agrega especialistas reconhecidos das Faculdades e Tribunais superiores portugueses e de Universidades estrangeiras de relevo. A partir do próximo número da Revista, eles voltarão a garantir a revisão por pares (“blind peer-review”), que selecionará os artigos a publicar. Em qualquer caso, os artigos publicados reflectem unicamente a opinião dos seus autores.

Convencemo-nos de que esta nova terceira edição da Revista permitirá recuperar, renovar e melhorar a tradição de qualidade que já fez da JURISMAT uma referência.

A JURISMAT segue regras editoriais claras. A selecção dos textos cabe ao Conselho de Redacção, que procede a uma primeira leitura de todas as propostas e decide da sua passagem à avaliação científica externa, em regime de duplo anonimato, assegurada por especialistas nas matérias tratadas, de acordo com os critérios usualmente utilizados em periódicos científicos de circulação internacional. Todas as decisões tomadas sobre as propostas recebidas comunicam-se aos autores. A aceitação de um texto para publicação supõe a transmissão dos direitos de autor para o titular da revista, o ISMAT. Será facultada aos autores a revisão de provas, que terão de ser devolvidas à Redacção da revista num prazo de 10 dias. A cada autor será oferecido um exemplar impresso da revista que contiver o seu texto, bem como uma separata em formato digital.

Comissão Científica da JURISMAT (já instituída e que assegurará a revisão, sob anonimato, dos artigos a publicar, a partir do próximo número da Revista):

- * Carlos Rogel Vide / Universidad Complutense de Madrid;
- * Jorge Miranda / Universidade de Lisboa, Universidade Católica Portuguesa & ULHT;
- * José de Faria-Costa / ULHT & ISMAT;
- * José Lebre de Freitas / Universidade Nova de Lisboa;
- * Luiz Cabral de Moncada / ULHT & ISMAT;
- * Manuel Couceiro Nogueira Serens / Universidade de Coimbra & ULHT;
- * Maria Serrano Fernández / Universidad Pablo Olavide – Sevilha;
- * Maria dos Prazeres Beleza / Supremo Tribunal de Justiça;
- * Mário Ferreira Monte / Universidade do Minho;
- * Milagros Parga / Universidad de Santiago de Compostela;
- * Paulo Ferreira da Cunha / Universidade do Porto;
- * Silvia Larizza / Università degli Studi di Pavia.

Novembro de 2020

O Director da JURISMAT

ARTIGOS

O Direito de Visita e a Abolição Internacional do Tráfico de Escravos: Uma Questão Histórico-Jurídica¹

PEDRO CARIDADE DE FREITAS *

Resumo: Desde o Congresso de Viena de 1815 que ingleses e portugueses esgrimiam argumentos para abolir ou dilatar no tempo a abolição do tráfico de escravos. O principal garante desta situação era a Grã-Bretanha que através de tratados bilaterais exercia o patrulhamento e fiscalização da costa africana. Não obstante os esforços ingleses, o impacto das suas pressões foi limitado e cada país aboliu o tráfico de escravos mais por razões de política interna, do que por pressão directa do Reino Unido. Uma das medidas adoptadas pelo Reino Unido foi o direito de visita, que, ao desrespeitar as soberanias estaduais, constituiu uma violação do Direito Internacional e uma prevalência da potência mais forte sobre a mais fraca.

Abstract: Since the Congress of Vienna in 1815, the English and the Portuguese government have argued for abolishing or delaying in time the abolition of the slave trade. The main guarantee of this situation was Great-Britain, which through bilateral treaties exercised the patrol and inspection of the

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 13-44.

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação IURIS – FDUL.

¹ Este texto corresponde, com alterações, à conferência intitulada *A Abolição Internacional do Tráfico de Escravos: A Questão Luso-Inglesa*, proferida no dia 7 de Julho de 2017, no âmbito do II Encontro Hispano-Luso de Historiadores do Direito, realizado na Universidad Autónoma de Madrid, nos dias 6, 7 e 8 de Julho. O presente texto é uma adaptação e actualização de uma parte do capítulo IX, do nosso livro *Portugal e Comunidade Internacional Na Segunda Metade do Século XIX*, Lisboa, Quid Juris, 2012, pp. 639-709.

African coast. Despite the British efforts, the impact of their pressures was limited and each country abolished the slave trade more for internal policy reasons than for the direct pressure of United Kingdom. One of the measures adopted by United Kingdom was the right to visit ships which, by disrespecting state sovereignty, constituted a violation of international law and a prevalence of the stronger power over the weaker.

Palavras-chave: Escravatura, Abolição do Tráfico, Portugal, Reino Unido, Direito de visita.

Key-words: Slavery, Abolition of the Slave Trade, Portugal, United Kingdom, Right to Visit Ships

Sumário: 1. A abolição internacional do tráfico de escravos. 2. As negociações entre Portugal e o Reino Unido para a abolição do tráfico de escravos. 3. O *bill* de Lord Palmerston. 4. O tratado de 1842 celebrado com o Reino Unido. 5. O direito de visita sobre as embarcações. 6. O direito de visita nos tratados de abolição do tráfico de escravos. 7. As comissões mistas. 8. Conclusão. Bibliografia.

1. A abolição internacional do tráfico de escravos

1. O século XIX ficou conhecido como o século dos movimentos abolicionistas da escravatura.

A abolição da escravatura era uma decorrência natural do pensamento liberal que defendia a liberdade dos cidadãos.

Os movimentos abolicionistas² não tinham apenas um cariz nacional, assumiram também uma dimensão internacional, nomeadamente através da celebração de tratados internacionais.

Para EDUARDO CORREIA BAPTISTA as normas que impunham aos Estados o dever de se absterem de praticar o tráfico de escravos e de incentivar a repressão do tráfico eram normas *iuris cogens*, ou seja, normas do costume internacional, que tinham

² Vide o desenvolvimento dos movimentos abolicionistas, nomeadamente os dos *quakers*, em Marques, João Pedro, *Portugal e a Escravatura dos Africanos*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2004, pp. 129-130.

força obrigatória geral,³ pelo que os tratados que dispusessem em contrário deveriam ser considerados nulos.

Foi em 1773 que apareceu pela primeira vez no Reino Unido um panfleto contra o tráfico negro, da autoria de WILBERFORCE. A este autor seguiu-se CLARKSON que, em 16 de Janeiro de 1786, escreveu o *Essay on the slavery and commerce of human species*. Este movimento teve eco no Parlamento que, por lei de 25 de Março de 1807, proibiu o tráfico dos escravos para as colónias inglesas. A abolição da escravatura veio a ocorrer anos mais tarde, em 1820.

A abolição do tráfico criou um grave problema nas colónias britânicas que, para manter a produção em níveis rentáveis, teve de recorrer à mão-de-obra livre, mais cara, mais difícil de obter, menos produtiva e que, não raro, criava graves problemas sociais.

O Reino Unido ficou nesta medida em posição de inferioridade face aos restantes países que mantinham o tráfico e emprego de escravos. Como meio de ultrapassar estes problemas sociais e de os fazer repercutir noutros países, teve o Reino Unido de transportar para o plano internacional a abolição da escravatura: «*desfraldando o pavilhão da humanidade e da filantropia defendia ao mesmo tempo os seus interesses económicos, pela destruição de uma situação que a colocava em nítida inferioridade de concorrência*».⁴

2. As negociações entre Portugal e o Reino Unido para a abolição do tráfico de escravos

1. O primeiro instrumento internacional através do qual o Reino Unido consagrou a adesão de um outro país colonial a assuntos relacionados com a abolição do tráfico de escravos foi o Tratado de Comércio e Navegação, Aliança e Amizade entre Portugal e Inglaterra, celebrado em 19 de Fevereiro de 1810⁵, no Rio de Janeiro, pelo Príncipe Regente de Portugal, D. João, e o Rei de Inglaterra, Jorge III, ratificado por Portugal a 26 de Fevereiro do mesmo ano.

³ Cfr. Baptista, Eduardo Correia, *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lisboa, Lex, 1997, pp. 21 e 158.

⁴ Cfr. Caetano, Marcello, *Portugal e a Internacionalização dos Problemas Africanos*, 4.^a edição, Lisboa, Edições Ática, 1971, p. 59. Vide também Cunha, Joaquim da Silva, *O Bill de Lord Palmerston e o Livro do Escritor Christopher Lloyd – The Navy and the Slave Trade*, in Boletim Geral das Colónias, ano XXV, n.º 300, Lisboa, Agência Geral das Colónias, Junho 1950, pp. 23-37, nomeadamente pp. 24-27.

⁵ Vide o tratado em Castro, José Borges de, *Colecção dos Tratados, Convenções, Contratos e Actos Públicos Celebrados entre a Coroa de Portugal e as mais Potências*, tomo IV, Lisboa, Imprensa Nacional, 1857, pp. 396-415.

No artigo X deste Tratado lê-se:

*S.A.R. o Príncipe Regente de Portugal, estando plenamente convencido da injustiça e má política do comércio de escravos e da grande desvantagem que nasce da necessidade de introduzir e continuamente renovar uma estranha e factícia população para entreter o trabalho e indústria nos seus domínios do Sul da América, resolveu cooperar com S.M. Britânica na causa da humanidade e justiça, adoptando os mais eficazes meios para o conseguir em toda a extensão dos Seus domínios a gradual abolição do comércio de escravos. E movido por este princípio, S.A.R. o Príncipe Regente de Portugal obriga-se a que não se permitirá aos Seus vassallos continuar o comércio de escravos com qualquer parte da Costa de África que actualmente não pertença aos Seus domínios e onde esse comércio haja sido interrompido e abandonado pelas Potências e Estados da Europa que antigamente ali comerciavam; reservando contudo para os Seus próprios vassallos o direito de comprar e negociar escravos nos domínios africanos da Coroa de Portugal.*⁶

Portugal obrigava-se ainda, num artigo secreto ao Tratado de Aliança e Amizade, a «cooperar eficazmente na causa da humanidade, tão gloriosamente sustentada por S. M. Britânica, proibindo estritamente e abolindo por completo todo o comércio e tráfico de escravos nos estabelecimentos de Bissau e Cacheu».⁷ Por este tratado, reservaram-se os direitos portugueses relativamente a Cabinda, Molembo, Ajudá e Costa da Mina.

O tratado constituiu uma afirmação de princípios, não contendo nenhuma cláusula de efectivação imediata, nem de concretização do combate ao tráfico de escravos.

2. O Congresso de Viena não reuniu com o intuito de resolver a questão do tráfico de escravos, no entanto, o Reino Unido aproveitou a presença das principais potências coloniais, nomeadamente Portugal, para conseguir que anuíssem à sua causa e adoptassem um acordo internacional que tivesse como objectivo a cessação do tráfico de escravos.

⁶ Idem, pp. 406-409 (sublinhado nosso).

⁷ Estes estabelecimentos seriam cedidos por anos à Grã-Bretanha desde que se obtivessem os territórios de Olivença e Juromenha e se resolvesse a favor de Portugal a questão dos limites na Guiana Francesa. Idem, pp. 412-414.

O tráfico de escravos foi estudado por uma Comissão, constituída no âmbito do Congresso de Viena, composta por Portugal, Espanha e França. Esta Comissão teve como função evitar os prejuízos de uma abolição precipitada do tráfico.

Em 30 de Maio de 1814 foi firmado em Paris um Tratado entre a França e as potências aliadas, em que num artigo adicional estipulado com a Grã-Bretanha, a França declarava que *«participando sem reserva de todos os sentimentos de S.M. Britânica relativamente a um género de comércio que repugna tanto aos princípios de justiça natural como das luzes do tempo em que vivemos, obriga-se a unir no futuro Congresso (a realizar em Viena) todos os seus esforços aos de S.M.B. para fazer pronunciar por todas as Potências da Cristandade a abolição do comércio da escravatura, de modo que cesse este comércio universalmente, como definitivamente cessará e em todos os casos da parte da França dentro do espaço de cinco anos e que, além disto, durante este prazo, nenhum contratante de escravos os possa importar nem vender senão nas colónias do Estado de que é súbdito»*.⁸

Além dos compromissos individuais de França, o tratado previa a celebração de um outro Congresso para discutir a questão da escravatura.

Devido aos esforços de Palmela, o Congresso de Viena aprovou uma *declaração* com a data de 8 de Fevereiro de 1815, que figura entre os Anexos ao acto final, como Anexo XV, onde se pode ler:

... declaram à face da Europa que, considerando a abolição universal do tráfico de negros como medida particularmente digna da sua atenção, conforme ao espírito do século e aos princípios generosos dos seus augustos soberanos, se acham animados do sincero desejo de concorrer para a execução mais pronta e mais eficaz daquela medida por todos os meios à sua disposição e de obrar, enquanto ao emprego destes meios, com o zelo e toda a perseverança que devem a uma causa tão grande e tão justa.

(...) os ditos plenipotenciários reconhecem ao mesmo tempo que esta declaração não deve influir no termo que cada potência em particular possa considerar como o mais conveniente para a abolição definitiva do comércio negro. Por conseguinte a determinação da época em que

⁸ Cfr. Caetano, Marcello, *Portugal e a Internacionalização dos Problemas Africanos*, ob. cit., p. 62. e *Portugal e o Direito Colonial Internacional*, Lisboa, 1948, pp. 49-50 (sublinhado nosso). Em França a escravatura foi abolida na segunda república, por decreto de 17 de Abril de 1848, ainda que tivesse sido pela primeira vez decretada em 1794 e restabelecida em 1801.

*este comércio deve cessar universalmente será objecto de uma negociação entre potências.*⁹

Produziu-se assim uma simples afirmação de princípios, ficando o momento da abolição dependente da vontade individual dos vários Governos presentes no Congresso de Viena. A possibilidade de cada Estado poder determinar o momento em que cessava o tráfico de escravos nos seus domínios era importante para Portugal, atendendo aos fortes interesses económicos envolvidos.

3. No decurso do Congresso de Viena, o Reino Unido e Portugal celebraram, a 22 de Janeiro de 1815, um tratado que proibia o tráfico de escravos na África portuguesa, excepto ao sul do Equador, e unicamente para fornecer de escravos as possessões transatlânticas possuídas por Portugal.¹⁰ O tratado ressaltava os escravos que se encontravam em viagem a norte de Equador, por um período de seis meses posterior à publicação do tratado.

O tratado tornou lícito o comércio de escravos ao sul do Equador nos domínios que Portugal tinha em África, e naqueles a que tinha reservado direitos.

O tratado de 22 de Janeiro de 1815 celebrado entre o Reino Unido e Portugal foi o primeiro tratado a regular de forma completa e integrada o combate ao tráfico de escravos.

Um artigo adicional ao tratado permitia aos colonos portugueses o direito de se fazerem acompanhar dos seus escravos quando mudassem de residência, mesmo que fosse para possessões situadas a norte do Equador, desde que a viagem não fosse realizada em navios preparados para o tráfico de escravos e os colonos se fizessem acompanhar por certidões e passaportes comprovativos da mudança de residência e do número de escravos que os acompanhavam.

Como compensação pela cessação do tráfico de escravos a norte do Equador e como indemnização pelas presas feitas ilegalmente pelos cruzadores ingleses, o Reino Unido consignou a Portugal, através da convenção de 21 de Janeiro de 1815, uma soma de 300.000 libras esterlinas destinadas a indemnizar quem se dedicava ao tráfico.¹¹

⁹ Vide o documento em Castro, José Borges de, *Colecção dos Tratados*, ob. cit., tomo V, 1857, pp 194-201. O mesmo documento encontra-se em Homem, António Pedro Barbas e Pedro Caridade de Freitas, *Textos de Apoio de História das Relações Internacionais*, 2.^a reimpressão, Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 159-161.

¹⁰ Tratado de 22 de Janeiro de 1815. Vide Castro, José Borges de, *Colecção dos Tratados*, ob. cit., tomo V, 1857, pp. 18-29

¹¹ Idem, pp. 12-17.

O Congresso de Viena, ao invés de proceder à abolição formal do tráfico dentro de curto prazo, como pretendia o Reino Unido, produziu uma simples afirmação de princípios, ficando o momento da abolição dependente de cada governo, segundo as suas possibilidades e conveniências.¹²

Não obstante os esforços do Reino Unido, o Tratado de Viena constituiu, quer para Portugal quer para o DUQUE DE PALMELA, uma vitória em matéria de escravatura. Portugal conseguiu obter uma declaração que remetia para negociações futuras, a empreender entre as potências, a determinação do momento em que seria declarada a cessação do tráfico de escravos e salvaguardava o tráfico de escravatura a sul do Equador, mercado por excelência da mão-de-obra do Brasil.

4. A questão do tráfico foi melhor definida na convenção adicional ao tratado de Viena, de 28 de Julho de 1817, ratificada no Rio de Janeiro, a 8 de Novembro do mesmo ano.¹³

A convenção enunciava os casos em que se devia considerar criminoso o comércio de escravos negros,¹⁴ e declarava ilícito o comércio que fosse feito em navios sob bandeira britânica ou por súbditos britânicos em navios de qualquer bandeira; em navios portugueses em portos da costa de África em que o comércio fosse proibido, em navios de bandeira portuguesa e inglesa, mesmo que por indivíduos de outros Estados ou em navios portugueses destinados a portos fora do domínio português.¹⁵

Faziam parte integrante da convenção três documentos importantes: 1.º Formulário do passaporte para as embarcações portuguesas que se destinassem ao tráfico lícito de escravos; 2.º Instruções destinadas aos navios de guerra portugueses e ingleses que tivessem a seu cargo impedir o comércio ilícito de escravos; 3.º Regulamento para as comissões mistas que deviam residir na costa de África, no Brasil e em Londres.

Foi com esta convenção que se instituiu a vigência de dois institutos que fizeram história nas relações diplomáticas luso-inglesas e no Direito emergente dos tratados

¹² Cfr. Caetano, Marcello, *Portugal e o Direito Colonial Internacional*, ob. cit., p. 52.

¹³ Vide o tratado em Castro, José Borges de, *Colecção dos Tratados*, ob. cit., tomo V, pp. 324-369. A 15 de Março de 1823 foram assinados em Lisboa dois artigos adicionais à convenção de 28 de Julho de 1817, um com o intuito de acautelar o facto de navios desembarcarem escravos antes de serem visitados e o outro a prever a supressão de comissários que faltem por qualquer causa que não a morte. Vide o texto do tratado em Borges de Castro, tomo V, pp. 478-483.

¹⁴ Pelo artigo 3.º da convenção, Portugal obrigava-se a promulgar uma lei, no prazo de dois meses após a troca de ratificações, que definisse as penas em que incorriam os transgressores das disposições da convenção. Estas obrigações foram cumpridas pelo alvará de 26 de Janeiro de 1818.

¹⁵ Cfr. Sá, José de Almeida Corrêa de, *A Abolição da Escravatura e a Ocupação do Ambriz*, Lisboa, Livraria Bertrand, 1934, p. 58.

firmados com o fim de combater o tráfico de escravos: o direito de visita e as comissões mistas, que desenvolveremos neste trabalho.

5. Desde a Convenção adicional de 28 de Julho de 1817 e do artigo separado de 11 de Setembro do mesmo ano sobre a repressão do tráfico de escravos, que o Reino Unido e Portugal se comprometeram a celebrar um tratado com o intuito de extinguir o tráfico de escravos.

Os diversos projectos desenvolvidos não tiveram o mesmo objecto. Até à lei de 1836 podemos dizer que os tratados visavam a abolição do tráfico de escravos e o combate ao tráfico, a partir desta lei o objecto dos tratados passa a ser a efectivação da abolição e a penalização de quem não cumprisse os tratados.

Por questões políticas e económicas, nomeadamente a revolução liberal, a guerra civil e a perda do Brasil, Portugal logrou adiar a discussão da convenção com a Grã-Bretanha. As constantes insistências inglesas forçaram o Duque de Palmela a iniciar negociações, não terminadas pela revolução de Setembro.

A primeira oportunidade para celebrar o tratado surge em 1836, quando o DUQUE DE PALMELA e o representante britânico na Corte portuguesa, LORD HOWARD DE WALDEN, estiveram prestes a concluir um tratado. O acordo não viu a luz do dia devido à Revolução de Setembro.

O tratado negociado, e que não foi assinado, era composto por dezoito artigos,¹⁶ e tinha como objecto a abolição total e perpétua em todas as possessões portuguesas do tráfico de escravatura.¹⁷ Como meio de consolidar a abolição total do tráfico Portugal aceitava adoptar, num prazo de seis meses desde a troca de ratificações, uma lei penal, «*que imponha o mais severo castigo a todos aquelles de seus súbditos que, debaixo de qualquer pretexto, tomarem alguma parte no tráfico da escravatura*».

6. A proibição do tráfico de escravos em todo o domínio português foi feita pelo Decreto de 10 de Dezembro de 1836, do Governo setembrista. No decreto estabeleceu o Governo restrições mais rigorosas que as estabelecidas no projecto de tratado negociado pelo DUQUE DE PALMELA.

A partir da publicação do Decreto de 1836, os objectivos portugueses com a celebração de um tratado alteraram-se, pelo que SÁ DA BANDEIRA apresentou um contra

¹⁶ Vide o texto do tratado em Biker, Júlio Firmino Júdice, *Suplemento à Colecção dos Tratados, Convenções, Contratos e Actos Públicos Celebrados entre a Coroa de Portugal e as mais Potências desde 1640*, tomo XXVIII, Lisboa, Imprensa Nacional, 1880, pp. 43-53.

¹⁷ Artigo 1.º

projecto de tratado aos ingleses, inspirando-se nos tratados concluídos entre a Grã-Bretanha e a França em 1831 e 1833, e entre a França e a Suécia em 26 de Maio de 1836.

O contra-projecto de tratado para reprimir o tráfico da escravatura foi enviado pelo VISCONDE DE SÁ DA BANDEIRA a LORD HOWARD DE WALDEN pelo ofício da Secretaria de Estado dos Negócios Estrangeiros, de 4 de Maio de 1837.¹⁸

O contra-projecto¹⁹ parte de uma premissa inexistente no projecto de 1836, o tráfico de escravos já se encontrava abolido nos domínios portugueses por decreto daquele mesmo ano. O tratado deixava de ter como objectivo a abolição do tráfico, mas a adopção de medidas para evitar que os súbditos das duas potências se dedicassem ao tráfico.

O tratado convencionado não foi assinado por LORD HOWARD DE WALDEN por ter sido chamado para Londres e substituído por outro Ministro. De entre as causas que podemos referenciar para a não-aceitação do tratado pelo Governo inglês cabe acentuar a não qualificação do tráfico de escravos como crime de pirataria. Para o Governo português a equiparação do tráfico à pirataria implicava a consideração como um crime de alta traição, punível com a pena de morte.

Se em Portugal existia uma repugnância em aplicar a pena capital aos crimes, mesmo que estivesse prevista, por maioria de razão, o mesmo aconteceria numa situação que os portugueses não consideravam como crime ou, sendo-o, que não tivesse a gravidade para se aplicar a pena de morte.²⁰

O Governo português, na nota de SÁ DA BANDEIRA a LORD HOWARD, propugnava a aplicação ao projecto de tratado das penas previstas no decreto de 10 de Dezembro de 1836, e que eram a pena de prisão, galés, perda de empregos com inabilidade de servir outros, degredo e multas.²¹

Numa tentativa dilatória, Portugal informou o Reino Unido que aceitaria equiparar o tráfico ao crime de pirataria após a aceitação desta equiparação por outras potências coloniais europeias.

¹⁸ Cfr. Biker, Júlio Firmino Júdice, *Suplemento à Colecção dos Tratados*, ob. cit., p. 54.

¹⁹ Vide o texto do contra-projecto em Idem, pp. 55-65.

²⁰ Vide Nota do Visconde de Sá da Bandeira para Lord Howad de Walden, de 22 de Maio de 1838, em resposta à do mesmo Lord de 20 de Maio e ao ofício de Lord Palmerston de 12. Idem, pp. 154-156.

²¹ Idem, pp. 156-158.

7. O novo Ministro inglês junto da Corte de Lisboa, MR. JERNINGHAM apresentou, por ofício de 1 de Agosto de 1838, um novo projecto de tratado.²² Os termos do ofício em que o projecto é enviado ao VISCONDE DE SÁ DA BANDEIRA são os mais atentatórios à soberania e independência de Portugal, porquanto a Grã-Bretanha se recusou a receber qualquer alteração ao texto enviado e caso o Governo português o fizesse, o mesmo seria considerado «*como equivalente a uma recusação da parte de Portugal em cumprir as obrigações pelas quais está ligado a este respeito*».²³

Manteve-se no texto o sistema de presunção de que o navio se dedicava ou se tinha dedicado ao tráfico de escravos, pela presença de determinados objectos ou quantidade de alimentos a bordo. A presunção podia ser ilidida, se se provasse que o navio se dedicava a comércio lícito e os objectos encontrados se destinavam a esses mesmos fins (artigo 9.º).²⁴

3. O *bill* de Lord Palmerston

1. A ausência de um tratado entre Portugal e o Reino Unido e as ambições desta última no combate ao tráfico de escravos para compensar o desenvolvimento das suas colónias fizeram com que o Reino Unido praticasse o acto insólito de votar no Parlamento uma lei – *Bill de Lord Palmerston*, de 1839 – que permitia aos seus navios o *direito de visita* aos barcos portugueses suspeitos de transporte de escravos.

O *bill* de LORD PALMERSTON tinha o seguinte teor:

1.º Que não só os navios ingleses empregados no cruzeiro fossem autorizados a apresar os navios empregados no tráfico, mas que essa autorização se estendesse a qualquer pessoa a quem o almirantado inglês ou qualquer secretário de Estado de S.M.B. a desse, e que os navios apresados seriam adjudicados nos tribunais do Almirantado da Inglaterra ou nos de qualquer vice-almirantado dos domínios ingleses.

2.º Que todas as acções judiciais que houvessem sido ou viessem a ser começadas contra qualquer pessoa, por ter sido parte em alguma busca, detenção, apreensão, captura ou condenação de algum navio

²² Vide documentos relativos a esta negociação em *Documentos Officiaes Relativos à Negociação do Tractado entre Portugal e a Gram Bretanha para a Supressão do Tráfico da Escravatura Mandados Imprimir por Ordem da Câmara dos Senadores*, Lisboa, Na Imprensa Nacional, 1839

²³ Cfr. Biker, Júlio Firmino Júdice, *Supplemento à Colecção dos Tratados*, ob. cit., p. 169.

²⁴ Vide *infra* “O direito de visita sobre as embarcações”.

navegando debaixo da bandeira portuguesa, que houvesse sido em-contrado conduzindo escravos ou preparado para o tráfico, eram nu-las, improcedentes e as referidas pessoas seriam indemnizadas.

3.º Que fosse lícito para o tribunal supremo do almirantado de Ingla-terra e para todos os tribunais dos vice-almirantados, tomarem co-nhecimento, julgarem, condenarem, qualquer embarcação que nave-gue debaixo da bandeira portuguesa que for detida ou aprisionada por condução de escravos.

4.º Que todo o navio navegando debaixo da bandeira portuguesa fica-ria sujeito a aprisionamento, embargo e condenação se: tivesse as es-cotilhas grandes abertas; se tivesse no porão ou coberta mais divisões do que as que existem nos navios que se empregam no comércio líci-to; se levassem pranchas sobressalentes para se empregarem como uma segunda coberta; se tivessem a bordo grilhões, cadeias ou alge-mas; se tivessem a bordo maior quantidade de água do que a necessá-ria para o consumo da guarnição; se tivessem um número extraordi-nário de cascos de água, salvo se provassem por certificado da alfândega que esses cascos eram destinados a encher de óleo de pal-meira ou para outros fins de comércio lícito; se tivessem maior quan-tidade de celhas para rancho do que as necessárias para a tripula-ção; se tivessem uma caldeira maior do que a precisa para a tripulação, ou mais de uma caldeira de tamanho ordinário; se levas-sem quantidade extraordinária de mantimentos não indo declarado no manifesto que parte desses mantimentos eram para comerciar; se ti-vessem maior quantidade de esteiras do que as necessárias para a tripulação.

*5.º Que todos os navios apresados com escravos ou equipados para o tráfico seriam condenados.*²⁵

O *bill* foi aprovado na Câmara dos Comuns, mas rejeitado na Câmara dos Lordes, onde WELLINGTON defendeu Portugal. LORD PALMERSTON apresentou um novo *bill*, com os mesmos objectivos, mas modificado na forma. O novo *bill* foi aprovado no Parlamento, com o voto contrário do DUQUE DE WELLINGTON.²⁶

²⁵ Cfr. Sá, José de Almeida Corrêa de, *A Abolição da Escravatura*, ob. cit., pp. 70-73. Vide ainda Brazão, Eduardo, *Relance da História Diplomática de Portugal*, Lisboa, Livraria Civilização, Editora, 1969, pp. 285-287.

²⁶ Vide este assunto em Testa, Carlos, *Conflitos Internacionais e Diferentes Phases de Ulti-matums*, Lisboa, Typographia Universal, 1890, pp. 22-26. Vide também o recente texto de Kern, Holger Lutz, *Strategies of Legal Change: Great Britain, International Law, and the Abo-lition of the Transatlantic Slave Trade*, in JHIL, vol. 6, number 2, 2004, pp. 252-253. No texto

LORD PALMERSTON justificou a aprovação do *bill* por Portugal não ter abolido o tráfico de escravos como se comprometera, mesmo após ter sido monetariamente compensado pela Grã-Bretanha em 1815.²⁷

O *bill* ordenava a navios britânicos «a captura em todos os mares das embarcações que, com bandeira portuguesa, se empregassem, ou fossem suspeitas de se empregar, no tráfico da escravatura; e as pessoas e as propriedades portuguesas, que se achassem a bordo, ficassem sujeitas à jurisdição exclusiva dos tribunais ingleses».²⁸ Os navios, pessoas e bens portugueses eram tratados como se fossem britânicos.

O *bill* criou uma presunção legal do emprego do navio no transporte de escravos, pelo simples facto de nele serem encontrados escotilhas com xadrezes, cadeias, machos ou algemas, maior quantidade de água, de alimentos, de objectos para a confecção das refeições, etc.²⁹ Esta presunção apesar de não ser alheia às negociações havidas entre portugueses e ingleses era imposta unilateralmente. Caso se demonstrasse que o navio se dedicava ao tráfico devia ser dado como perdido para a Coroa, salvo se o Mestre ou o dono do navio provasse que no momento da detenção ele andava empregue numa actividade lícita.

A lei inglesa era explícita quanto ao destino da embarcação que fosse apanhada em actividades ilícitas: «póde ser tomado para o serviço de Sua Magestade contra pagamento d'aquella somma que o Lord Almirante ou os Lords Comissários do Almi-

refere-se a seguinte passagem do Duque de Wellington em relação ao *bill* “the greatest judge who had ever presided in the Court of Admiralty had concluded in the *Le Louis* case that there was no right of search in peacetime. He also avowed that *this measure was one to which their Lordships could not with propriety agree, if they entertained that respect for the rights of other nations, which had been the uniform practice of this country to observe in the best days*”, p. 252.

²⁷ Vide o motivo justificativo da compensação monetária feita pelo Reino Unido em Sá, José de Almeida Corrêa de, *A Abolição da Escravatura*, ob. cit., pp. 73-74.

²⁸ Cfr. Lobo, António da Rosa Gama, *Princípios de Direito Internacional*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1865, vol. I, pp. 111-112. Palmerston terá declarado então que «Portugal não tem cumprido as suas promessas, e não há exemplo na história de uma violação tão flagrante de solenes obrigações contraídas.» Cfr. Grunspán, Marcel, *A Propósito do Tráfego de Escravos e da Opinião Pública Portuguesa*, in *Congresso do Mundo Português*, VIII volume, Lisboa, 1940, p. 456. Lê-se num texto da Sociedade de Geografia: «Contudo, esses tribunais e diversas autoridades inglesas reconheciam e afirmavam que a escravatura se fazia em larga escala em colónias que não eram nossas, e para mercados que não eram os nossos; que navios americanos, espanhóis, de outras nações, usavam fraudulentamente da nossa bandeira, que no próprio Brasil era inglês principalmente o capital que promovia o tráfico, que a moeda mais corrente nele eram mercadorias de Manchester, Glasgow, etc.», cfr. *A Questão do Zaire. Portugal e a Escravatura*, Sociedade de Geographia de Lisboa, Lisboa, Casa da Sociedade de Geographia, 1883, p.16. Vide o texto do *bill* em Biker, Júlio Firmino Júdice, *Supplemento à Coleção dos Tratados*, ob. cit., pp. 428-437.

²⁹ Cfr. § IV do *bill*, pp. 433-435.

*rantado julgarem ser o preço próprio do mesmo, ou não sendo adquirido por este modo, será desmanchado e desfeito inteiramente, e os seus materiaes serão vendidos publicamente em lotes separados».*³⁰

Atente-se ainda que o *bill* previa a captura de embarcações com bandeira portuguesa, sabendo-se à época que, como Portugal era o único que fazia o tráfico a sul do Equador, navios de outras nacionalidades que rumavam para as colónias do centro e sul do continente americano, nomeadamente Cuba e Brasil, usavam a bandeira portuguesa para legitimar o comércio de escravos.

A utilização de pavilhão falso também era comum para impedir o direito de visita, nomeadamente a utilização de bandeiras de países que não consentiam o direito de visita. Esta prática levou a divergências de actuação entre ingleses e americanos. Os primeiros defendiam a confirmação da legitimidade do pavilhão, os segundos rejeitavam a visita para confirmar a veracidade do pavilhão.³¹ A aprovação do *bill* não levava necessariamente a um combate férreo contra o tráfico de escravos, uma vez que o traficante poderia substituir a bandeira portuguesa, por outra respeitada pelos cruzadores britânicos.

Esta lei, mais que eficaz no combate ao tráfico, foi-o na humilhação de Portugal.

O *bill* previa também que os navios apresados com bandeira portuguesa fossem julgados por tribunais do almirantado inglês ou de qualquer vice-almirantado dos domínios ingleses. Todo o navio português ou que navegasse sob a bandeira portuguesa podia ser aprisionado e condenado, caso estivesse a traficar escravos ou apenas preparado para o fazer.³²

Este *bill* constituiu uma agressão à soberania de um Estado independente e ligado por ancestrais laços com o Reino Unido, razão pela qual Portugal não podia aceitar o seu teor, nem a sua imposição. A Portugal só restava propor a negociação de um tratado.^{33/34}

³⁰ Cfr. § V do *bill*, pp. 434-435.

³¹ Cfr. Baptista, Eduardo Correia, *Ius Cogens em Direito Internacional*, ob. cit., p. 153.

³² Neste último caso bastava que “tivesse as escotilhas grandes abertas; se tivesse nos porões ou cobertas mais divisões do que as que existem nos navios que se empregavam no comércio lícito; se levassem pranchas sobressalentes para se empregarem como segunda coberta; se tivessem correias ou algemas; se tivessem a bordo mais quantidade de água do que a necessária para o consumo da guarnição, etc”, cfr. Cunha, Joaquim da Silva, *O Bill de Lord Palmerston e o Livro do Escritor Christopher Lloyd – The Navy and the Slave Trade in Boletim Geral das Colónias*, ano XXV, n.º 300, Lisboa, Agência Geral das Colónias, Junho 1950, p. 30 e ss.

³³ Idem, p. 29

³⁴ Como elogio ao desempenho inglês no combate ao tráfico de escravos, quer através da consideração do exercício do direito de visita quer pela publicação de um *bill*, que tinha como objetivo o combate aos navios negreiros com pavilhão português, vide uma obra anónima, em 16

A Grã-Bretanha consciente que não podia, pelas razões invocadas, legitimar o *direito de visita*, impôs às outras potências tratados em «que [proclamava], mais ou menos de forma explícita, que a visita em tempo de paz, sobre os navios de todas as nações, lhe pertencia, para poder exercer a polícia em todos os mares e sobre todas as bandeiras».³⁵

2. A lei aprovada no Parlamento inglês, na parte referente a Portugal, constitui uma violação grosseira do Direito das Gentes, em especial uma violação do princípio da soberania de um Estado independente.

Só as leis de cada Reino podem prever a punição dos seus navios como piratas quando se dedicarem ao tráfico de negros, bem como só elas, ou mediante sua autorização, podem determinar quando os navios são aprisionados.³⁶

A posição inglesa era humilhante para Portugal a nível interno e externo, fazendo-o passar por uma situação de vassalagem a um outro Estado, o que punha em causa a independência e representatividade internacional. Acresce ainda que cidadãos e bens portugueses passariam a ser julgados por tribunais de outros países por delitos cometidos em águas sobre domínio português.

4. O tratado de 1842 celebrado com o Reino Unido

1. A ingerência unilateral do Reino Unido sobre os navios portugueses escandalizou a Europa que, em 20 de Dezembro de 1841, celebrou o Tratado de Londres entre a Áustria, Prússia, Rússia, Grã-Bretanha e França, denominado de *Quíntuplo Tratado*, que estabeleceu a proibição geral do tráfico, considerou o tráfico como pirataria, consagrou o direito de visita aos navios suspeitos numa parte do Atlântico e admitiu que fossem apresados, caso a suspeita se confirmasse.³⁷

páginas, intitulada *Breves Reflexões Acerca do Estado Actual do Tráfico da Escravatura*, em *Relação ao Progresso da Civilização Europeia*, Typographia de J. F. de Sampaio, s/d.

³⁵ Cfr. Lobo, António da Rosa Gama, *Princípios de Direito Internacional*, vol. I, p. 109.

³⁶ O Barão da Torre de Moncorvo, Ministro português em Londres, teve ordens para protestar de forma veemente contra o *Bill*.

³⁷ O tratado foi ratificado em Fevereiro de 1842, apenas por quatro potências, tendo França recusado a ratificação por causa do direito de visita. Cfr. Baptista, Eduardo Correia, *Ius cogens em Direito Internacional*, ob. cit., p. 154.

O tratado de 1841³⁸ constituiu um tratado matriz que foi reproduzido em muitos outros tratados bilaterais, como o anglo-português de 1842.³⁹

As potências signatárias comprometiam-se:

- i) a proibir o comércio de escravos exercido pelos seus súbditos, ou sob as suas bandeiras, ou com capitais dos seus cidadãos;
- ii) a considerar o tráfico como acto de pirataria;
- iii) a considerar que qualquer navio que nele se empregasse perderia *ipso facto* o direito à protecção da bandeira arvorada;
- iv) a reconhecer em determinada zona geográfica aos navios de guerra das potências signatárias o *direito de visita* aos barcos mercantes de qualquer delas, quando suspeitos de se empregarem no tráfico, podendo apreender e conduzir esses navios até um porto onde pudessem ser julgados.⁴⁰

2. O Tratado de 1842 foi negociado pelo DUQUE DE PALMELA e por LORDE HOWARD DE WALDEN⁴¹ e assinado pelo DUQUE DA TERCEIRA e por COSTA CABRAL. Acto contínuo à celebração do tratado foi abolida a lei de 1839, que tão vexatória foi para Portugal (*Bill de Lord Palmerston*).⁴²

O tratado foi assinado em Lisboa a 3 de Julho de 1842 e as ratificações trocadas em Lisboa a 29 de Julho de 1842.⁴³

De entre os factores que tornaram possível a celebração de um tratado com o Reino Unido é de realçar a mudança de gabinete em Londres. LORD PALMERSTON foi substituído por LORD ABERDEEN, que desenvolveu uma política menos agressiva para com Portugal.

O tratado corresponde, *grosso modo*, ao texto entregue por JERNINGHAM a SÁ DA BANDEIRA em 1838.⁴⁴

³⁸ Para uma análise comparativa dos vários tratados celebrados a partir de 1841, vide Stoerk, Félix, *Nouveau Recueil Général de Traités et Autres Actes Relatifs aux Rapports de Droit International*, segunda série, tomo XVI, Gottingue, Librairie de Dieterich, 1891, pp.38-57.

³⁹ O tratado tinha três anexos: “Anexo A – Instruções para os navios das marinhas reais de ambas as Nações, empregados em prevenir e impedir o tráfico da escravatura; Anexo B – Regulamento para as comissões mistas; Anexo C – Regulamento para o tratamento de negros libertos.”

⁴⁰ Cfr. Caetano, Marcello, *Portugal e a Internacionalização dos Problemas Africanos*, ob. cit., p. 67; Lobo, António da Rosa Gama, *Princípios de Direito Internacional*, vol. I, p. 113.

⁴¹ Sobre a execução do tratado celebrado entre Portugal e a Grã-Bretanha, vide *Documentos Apresentados às Cortes na sessão legislativa de 1867*, pp. 50-76.

⁴² Vide o texto do acto do Parlamento britânico, de 12 de Agosto de 1842, que revogou o acto de 24 de Agosto de 1839 para a supressão do tráfico de escravatura na parte relativa às embarcações portuguesas em Biker, Júlio Firmino Júdice, *Suplemento à Colecção dos Tratados*, ob. cit., pp. 631-632.

⁴³ O tratado foi publicado no Diário do Governo n.ºs 192 a 195 de 1842.

O tratado de 1842 é composto por três anexos, o A. com *as instruções para os navios das marinhas reais de ambas as nações, empregadas em prevenir o transporte de negros e outros, feito com o fim de os reduzir à escravidão*; B. *regulamento para as comissões mistas* e o C. com o *regulamento para o tratamento dos negros libertados*.

Pelo tratado⁴⁵ qualificava-se o tráfico de escravos como crime de pirataria,^{46/47} designando como *prática infame e pirática de transportar por mar os naturais de África* (artigo 1.º) e admitia-se o recíproco *direito de visita* sobre os navios suspeitos encontrados fora dos limites definidos no artigo 2.º, «*mar Mediterrâneo e mar da Europa que estão fora do estreito de Gibraltar e ao norte de 37º paralelo de latitude setentrional, e que estão dentro e a leste de 20º de longitude ocidental do meridiano de Greenwich*».⁴⁸

A qualificação como pirataria do tráfico de escravos constituía uma forma de subsumir um facto que se entendia como ilícito a um crime previsto na pluralidade das legislações penais dos povos ditos civilizados, e não, como entendeu FÉLIX STOERK, um princípio de Direito das Gentes universalmente aceite pelas nações civilizadas.⁴⁹

⁴⁴ Vide supra.

⁴⁵ Vide o texto do tratado em Castro, José Borges de, *Colecção dos Tratados, Convenções, Contratos e Actos Públicos Celebrados entre a Coroa de Portugal e as mais Potências*, tomo I, Lisboa, Imprensa Nacional, 1840-1862, pp. 35 e segs.

⁴⁶ Pelo artigo 15.º equiparava-se o tráfico de escravatura ao crime de pirataria da seguinte forma: “Sua Magestade a rainha de Portugal e Algarves declara, por este artigo, pirataria o tráfico de escravatura, e que aqueles dos seus súbditos, que, debaixo de qualquer pretexto que seja, tomarem parte no tráfico de escravos, serão sujeitos à pena mais severa imediata à de morte.”

⁴⁷ Sobre o estatuto jurídico da pirataria, com especial referência para a época medieval e moderna, vide o estudo de Albuquerque, Ruy de, *Para um Estatuto Jurídico da Pirataria* in *Estudos em Memória do Professor Doutor Mário de Albuquerque*, Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, Instituto Histórico Infante Dom Henrique, Lisboa, 2009, pp. 995-1084.

⁴⁸ GAMA LOBO não considerou justa a comparação entre o tráfico de escravos e o crime de pirataria: «*o pirata percorre em um navio armado, sem comissão ou licença de algum governo, todos os mares, para se apoderar de quantos navios encontrar; é o ladrão dos mares. Inimigo de todos os povos, que exercem o comércio marítimo, está, por isso, sujeito a ser punido pelas leis do estado, a que pertencer qualquer navio, que conseguir apreendê-lo. O negreiro não está no mesmo caso: por mais revoltante que seja o tráfico, ninguém tem direito para lhe proibir este comércio, senão o próprio soberano: só ele pode impor-lhe a lei; só ele pode dizer-lhe: a religião e a humanidade*. Cfr. Lobo, António da Rosa Gama, *Princípios de Direito Internacional*, vol. I, p. 108.

⁴⁹ Cfr. Stoerk, Félix, *Nouveau Recueil Général de Traités*, ob. cit. segunda série, tomo XVI, p. 34.

Para permitir a aplicação do tratado, o Governo assinou em 25 de Julho de 1842 um decreto, publicado no Diário do Governo de 1 de Agosto, que considerou o tráfico de escravos como pirataria, aplicando-se-lhe as penas previstas para este crime.⁵⁰

O tratado não tinha prazo de validade, pelo que devia ser considerado perpétuo. A perpetuidade dos tratados constituiu sempre um obstáculo para a sua efectiva conclusão entre Portugal e o Reino Unido. No entanto, em 1842, e sob a expectativa de revogação do *bill* na parte relativa a Portugal, este vê-se na contingência de aceitar uma cláusula de perpetuidade.

5. O direito de visita sobre as embarcações

Como referimos o direito de visita é um dos principais institutos jurídico-internacionais incluídos nos tratados luso-ingleses de abolição do tráfico de escravos.

A génese do direito de visita é a de controlar durante o tempo de guerra os navios beligerantes e neutros. Foi, no entanto, admitido em tempo de paz, quando graves motivos permitiam desconfiar da violação do Direito das Gentes.

O direito de visita previsto, primeiro no Tratado de 1817, depois no *bill* de LORD PALMERSTON e, por fim, no Tratado de 1842, não está isento de críticas jurídicas e deve ser considerado como um direito excepcional aos princípios da liberdade e da igualdade dos Estados. Estes princípios são positivados numa regra de Direito das Gentes que prevê que os navios de um Estado não devem ser abordados em alto mar por navios de outros Estados.

O direito de visita apresentava excepções que se prendiam com a necessidade de proteger as rotas oceânicas dos piratas e garantir, em tempo de guerra, a protecção dos navios neutros e a fiscalização dos navios beligerantes, como forma de controlo

⁵⁰ O Decreto da Secretaria de Estado dos Negócios Estrangeiros tem o seguinte teor: «*Desejando concorrer da maneira mais efficaz para a total abolição do deshumano trafico da escravatura, que já se acha declarado pirataria pelas principaes Potencias da Europa; e Havendo Eu solennemente feito uma igual declaração para esse fim no artigo decimoquinto do Tractado concluído com Sua Magestade a rainha da Gram-Bretanha em data de três do corrente mez de Julho. Hei por bem, depois de ouvido o Conselho d'Estado, Determinar que ao dito crime do trafico da escravatura, declarado pirataria nestes Reinos e seus Domínios, sejam applicadas todas as penas estabelecidas pelo Decreto de dez de Dezembro de mil oitocentos e trinta e seis. Os Ministros e Secretários d'Estado de todas as Repartições assim o tenham entendido, e façam executar. Paço das Necessidades, em vinte e cinco de Julho de mil oitocentos e quarenta e dous. = RAINHA. = Duque de Terceira = António Bernardo da Costa Cabral = Barão do Tojal = António d' Azevedo Mello e Carvalho = António José Maria Campelo.*», Diário do Governo, n.º 179, de 1 de Agosto de 1842.

da propriedade e destino da carga. Como acentuou THOMAS BARCLAY estas excepções corporizam o direito universal de verificação do pavilhão em tempo de paz e tempo de guerra, como garante da segurança dos mares.⁵¹

A estas excepções acresceu no século XIX o direito de visita a navios que transportavam escravos, como forma de combater o que se entendia como um crime de lesa humanidade.

Sob pretexto de prosseguir o combate ao tráfico de escravos por mar, o Governo inglês iniciou uma política de visita aos navios de outros Estados que se dedicassem ao tráfico.

O direito de visita constituiu uma ameaça à soberania do Estado, razão pela qual apenas podia ser admitido se acordado no âmbito de um tratado, e desde que o outro Estado reconhecesse o tráfico de escravos como uma prática a combater.

O internacionalista português GAMA LOBO situou o problema no campo da defesa do direito de soberania: “em virtude da independência completa, em que as nações vivem, umas a respeito das outras, o chefe de um estado é a única autoridade que pode exercer jurisdição sobre os navios mercantes dos seus súbditos; que só os comandantes dos vasos de guerra, como agentes da autoridade pública, podem fazê-los parar no mar largo, e visitá-los. Dizem mais que é o completo aniquilamento da independência dos estados, e a inversão das sociedades actuais, a delegação em estranhos da soberania. (...)».⁵²

O Governo português sempre se opôs às medidas tomadas pelo Governo britânico de intromissão no direito de soberania português através do direito de visita, tendo ponderado submeter as questões entre os dois países à mediação de uma terceira potência.⁵³

⁵¹ Cfr. Barclay, M. Thomas, *Le Droit de Visite, le Trafic des Esclaves et la Conférence Antiesclavagiste de Bruxelles*, in *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, tome XXII, Bruxelles, 1890, p. 317.

⁵² Cfr. Lobo, António da Rosa Gama, *Princípios de Direito Internacional*, vol. I, p. 114. Mr. De Hautefeuille, em texto de 1858, corroborou este entendimento. Massé considerou o direito de visita como um acto de polícia, que nenhuma nação podia exercer sobre outra, por atentar contra a independência.

⁵³ Cfr. Arquivo Histórico-Diplomático do Ministério dos Negócios Estrangeiros (AHDMNE), A15, M27 I, doc. n.º 13, de 27 de Setembro de 1859.

6. O direito de visita nos tratados de abolição do tráfico de escravos

1. No artigo 5.º do Tratado de 1817 são dadas aos comandantes dos navios de guerra portugueses e ingleses encarregados de impedir o tráfico de escravos instruções explícitas no combate do mesmo.

Para execução do artigo 5.º, Portugal aceitou que os seus navios mercantes fossem vistoriados pela marinha inglesa. Instituiu-se, desta forma, o exercício do direito de visita. Como garantia contra abusos e para aplicação de coimas foram criadas duas comissões mistas anglo-portuguesas para julgamento rápido e sem apelação das legislações anti-tráfico.

O apresamento de navios resultava assim, quer de legislação interna quer de convenções internacionais celebradas entre várias nações. Neste último caso, as presas podiam ser feitas nas águas territoriais dos Estados contratantes ou em qualquer lugar desde que na presença de vassalos das potências contratantes.

Pelo artigo 8.º do Tratado de 1817 previu-se a instalação, dentro do prazo de um ano, a contar da ratificação, de comissões mistas para julgarem, sem apelo, as causas que lhes fossem apresentadas sobre o tráfico ilícito de escravos, salvaguardando-se os locais pertencentes à coroa de Portugal onde o tráfico era admissível.⁵⁴

2. O projecto de tratado de 1836 dedicava os artigos 4.º e 5.º ao direito de visita. Os navios das duas marinhas reais, desde que possuidores de uma autorização, podiam visitar os navios mercantes das duas potências contratantes, no caso de haver *motivos razoáveis* para suspeitar que andavam *empregados no tráfico da escravatura ou que foram equipados para esse fim*.

O direito de visita não podia ser exercido de forma arbitrária, tendo sido definidas regras que regulavam a visita de um navio de um Estado a outro de um estado terceiro. De entre as regras fixadas refira-se que apenas os navios da marinha real, expressamente autorizados, podiam dedicar-se a esta actividade. O direito de visita só podia ser exercido contra navios mercantes e era necessário um registo circunstanciado da visita.

⁵⁴ Os territórios onde o tráfico de escravos era lícito eram os possuídos por Portugal na costa de África a sul do Equador. Na costa oriental de África o território compreendido entre o cabo Delgado e a Baía de Lourenço Marques e na costa ocidental o território compreendido entre 8º e 18º latitude sul. Discriminavam-se ainda os territórios a sul do Equador e sobre os quais Portugal declarava reserva de direitos, como Molembo e Cabinda.

A competência jurisdicional para julgar os navios mercantes dedicados ao tráfico de escravos cabia a dois tribunais de justiça mistos, *compostos por um igual número de indivíduos de ambas as nações, nomeados para este fim pelos seus respectivos soberanos* (artigo 7.º), e instalados, quer nos domínios territoriais portugueses quer nos ingleses.

Os tribunais, como dispunha o artigo sétimo, último parágrafo, *«julgarão as causas a elles submetidas em virtude das estipulações do presente Tratado, sem apelação, e na conformidade dos regulamentos e instrucções que estão annexas ao mesmo Tratado e são consideradas como uma parte integrante d'elle»*.

As comissões mistas criadas pela convenção de 28 de Julho de 1817, que também tinham competência para julgar sem apelação, manter-se-iam em funcionamento até à instalação de um dos tribunais de justiça mistos (artigo 8.º).

Os escravos que fossem libertados pelo tribunal de justiça mista deveriam ter a sua liberdade garantida pelos Estados contratantes.

3. O contra-projecto de tratado, como referimos, enviado pelo VISCONDE DE SÁ DA BANDEIRA a LORD HOWARD DE WALDEN pelo ofício da Secretaria de Estado dos Negócios Estrangeiros, de 4 de Maio de 1837, é constituído por quinze artigos, inicia-se pela regulamentação do direito de visita, sem proceder, na parte relativa às regras gerais (artigo 1.º), a nenhuma inovação em relação ao discutido em 1836. A novidade trazida pelo contra-projecto encontra-se no artigo 2.º e diz respeito à definição dos locais onde o direito de recíproca visita podia ser exercido pelos navios da marinha das partes contratantes.⁵⁵

⁵⁵ O direito de recíproca visita podia ser exercido a bordo dos navios de uma das Nações apenas nos seguintes locais:

“1.º Dentro da distância de 100 milhas das costas dos domínios portugueses, na África, que abrangem

Na costa ocidental:

- a) O arquipélago de Cabo Verde;
- b) Os territórios na costa de Guiné com as ilhas adjacentes, que estão compreendidas entre a margem setentrional do rio Casamansa, cuja foz está na latitude setentrional de 12º 35' 30'', e em 16º 48' de longitude ocidental do meridiano de Greenwich, e o cabo das Vergas, cujo cume se acha na latitude setentrional de 10º 18', e na longitude ocidental de 14º 21' do dito meridiano;
- c) O Governo das ilhas de S. Tomé e Príncipe e suas dependências;
- d) Os territórios do Governo Geral de Angola compreendidos entre 8º e 18º grau de latitude meridional;

Na costa oriental:

Os territórios do Governo Geral de Moçambique, compreendidos entre 10º e o 26º grau de latitude meridional.(...)

2.º Dentro da distância de 100 milhas de qualquer outra parte da costa ocidental ou oriental de África.

Neste artigo 2.º do projecto, Portugal consagrou uma petição de princípio relativa aos domínios que reclamava e que lhe eram contestados: «*Fica porém entendido que Sua Majestade Fidelíssima não desiste das pretensões da sua Corôa, nem dos direitos dela reservados em anteriores Tratados, sobre qualquer porção de território da África, não declarada no presente artigo*».

Portugal propôs o fim das comissões mistas, com a assunção de responsabilidades pelas instâncias políticas e jurídicas portuguesas em reprimir e julgar os infractores à lei, ampliou para 100 milhas da costa dos domínios portugueses o limite em que podia ser exercido o direito de visita e previu que os escravos que fossem capturados a bordo de negreiros portugueses fossem desembarcados nas possessões portuguesas da costa de África.⁵⁶

No contra-projecto, a exemplo do projecto de tratado negociado em 1836, era incluído um artigo, o sexto, que instituíra uma presunção legal, através da qual os capitães de navios podiam ser legitimamente detidos e conduzidos perante as autoridades judiciais dos seus respectivos países, para serem julgados em conformidade com as suas leis, se no navio fossem encontrados escotilhas grandes abertas, em vez de fechadas; gargalheiras, algemas, cadeias; maior quantidade de água em pipas ou tanques, do que a necessária para a tripulação; maior quantidade de celhas, gamelas ou bandejas para a alimentação; quantidade de bens alimentares, como arroz, feijão, milho, carne e peixe salgado, que o necessário para alimentar a tripulação.

Apesar do teor do artigo do projecto de 1836 ser, quanto à presunção legal, replicado no contra-projecto de 1837, apresentava, este último, uma diferença essencial em sede de jurisdição. Enquanto no texto de 1836 a competência para julgar os navios aprisionados pertencia aos tribunais de justiça mista, no contra-projecto de 1837 a competência é atribuída aos juízes competentes dos Estados respectivos.⁵⁷

3.º Em igual distância das costas da ilha de Madagáscar.

4.º Dentro da distância de 100 milhas das costas da ilha de Cuba.

5.º Em igual distância das costas da ilha de Porto Rico.

6.º Em igual distância das costas de toda a América Meridional.

Fica porém entendido que qualquer navio suspeito, avistado e perseguido pelos cruzadores dentro da dita distância de 100 milhas de qualquer das regiões e ilhas mencionadas neste artigo, pode ser por eles visitado, mesmo fora destes limites, se, não o tendo nunca perdido de vista, conseguirem alcançá-lo a maior distância.” Cfr. Biker, Júlio Firmino Júdice, *Suplemento à Coleção dos Tratados*, ob. cit., pp. 57-58.

⁵⁶ Cfr. Marques, João Pedro, *Os Sons do Silêncio: o Portugal de Oitocentos e a Abolição do Tráfico de Escravos*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 1999, p. 204.

⁵⁷ Acrescenta o artigo 8.º do contra-projecto “(...) se do processo se provar que os ditos navios estiveram empregados no tráfico da escravatura, ou que foram equipados com o fim de fazerem aquelle tráfico, proferir-se-há sentença sobre a sorte do Capitão, da tripulação e de seus cúmplices, assim como sobre o destino do navio e da sua carga, na conformidade das respectivas

4. O projecto de tratado de 1 de Agosto de 1838 mantém o direito de visita, exceptuando o seu exercício no mar territorial das partes contratantes.⁵⁸ Uma diferença deve ser acentuada, omite-se que os navios que podem ser visitados são apenas os mercantes.

Era referido, como nos outros projectos, que a reciprocidade do direito de visita obrigava a parte violadora a indemnizar a parte contrária por quaisquer perdas que os seus súbditos pudessem sofrer pela detenção arbitrária e ilegal dos seus navios (artigo 4.º).

Ainda relativamente ao direito de visita, salvaguardava-se, no artigo 5.º, o transporte de escravos *bona fide*, com limitações ao definido no projecto de tratado negociado com LORD HOWARD. Propunha o Reino Unido que o transporte dos dez escravos, admissível em caso de mudança de colónia, só seria possível se acompanhado da sua família, e desde que a viagem fosse directa às *ilhas portuguesas de Cabo Verde, Príncipe ou S. Tomé* (n.º3 artigo 5.º), omitindo-se os restantes territórios pertencentes à Coroa de Portugal, nomeadamente as de Cabo Delgado, Moçambique e Guiné.⁵⁹

A competência jurisdicional definida era atribuída a duas ou mais comissões mistas, que julgavam os casos sem apelação. No artigo 6.º do projecto previa-se a possibilidade de criar mais de duas comissões mistas. Dispunha o projecto, pelo artigo 7.º, que enquanto não fossem instaladas as comissões mistas era competente a comissão mista britânico-brasileira do Rio de Janeiro, conforme o previsto no tratado de 28 de Julho de 1817. Com esta disposição, o Reino Unido incluía num projecto de tratado bilateral uma nação terceira alheia ao tratado que, se recusasse, entregaria o julgamento dos navios aos comissários britânicos.

leis de cada paiz. Em caso de condenação, uma porção do producto liquido da venda dos ditos navios e das suas cargas, será posta à disposição do Governo do paiz a que pertencer o navio apresado, para ser distribuída por seu cuidado entre o estado maior e a tripulação desse navio (...)."

⁵⁸ O artigo 3.º, n.º 4, estipula que "não será lícito visitar ou deter, debaixo de qualquer pretexto ou motivo que seja, navio algum mercante fundeado em qualquer porto ou ancoradouro, pertencente a qualquer das duas altas partes contratantes, ou ao alcance de tiro de peça das baterias da torre, salvo se por parte das autoridades do país se pedir por escrito auxílio; porém se algum navio suspeito for encontrado nesse porto ou ancoradouro, far-se-á a conveniente representação às autoridades do país, pedindo-lhes que tomem as medidas necessárias para prevenir a violação das estipulações deste Tratado, e as ditas autoridades procederão a tomar medidas eficazes nessa conformidade." A expressão "ao alcance de tiro de peça das baterias da torre" era usada pela doutrina para proceder à delimitação do mar territorial.

⁵⁹ Sobre o tráfico de escravos na Guiné e em Cabo Verde, vide Carreira, António, *O Tráfico de Escravos nos Rios de Guiné e Ilhas de Cabo Verde (1810-1850)*, Junta de Investigações Científicas do Ultramar, Centros de Estudos de Antropologia Cultural, Estudos de Antropologia Cultural, n.º 14, Lisboa, 1981.

5. O tratado de 1842 prevê o direito de visita no artigo 2.º. O artigo relativo ao direito de visita não referia que a visita seria feita a navios mercantes, mas às embarcações *que [fossem] suspeitas com fundamentos razoáveis de se empregarem em transportar negros para o fim de os reduzir à escravidão*. Esta redacção lata permitia que a visita fosse feita a todo e qualquer navio.

A reciprocidade consagrada no tratado não era na prática efectiva, uma vez que Portugal não tinha navios de guerra capazes de interceptarem e visitarem um navio com pavilhão inglês suspeito de se dedicar ao tráfico de escravos.

Acresce ainda, para dificultar a actuação de Portugal, que no caso de uma das Partes prejudicar súbditos da outra com detenções ilegais ou arbitrárias tinha a obrigação de os indemnizar (artigo 4.º).

As partes contratantes delimitaram as áreas geográficas onde o direito de visita era admissível. O direito de busca e de detenção não seria exercido no mar Mediterrâneo, nem nos mares da Europa *«que estão fora do estreito de Gibraltar e ao norte de 37 graus paralelo de latitude setentrional e que estão dentro, e a leste de 20 graus de longitude ocidental do meridiano de Greenwich»* (n.º 5 artigo 2.º).

Não era ainda lícito pelo artigo 3.º, n.º 4 do tratado visitar uma embarcação que estivesse fundeada em qualquer porto ou ancoradouro pertencente a uma das partes contratantes ou ao alcance de tiro de peça das baterias de terra, salvo se *«por parte das autoridades do país se pedir auxílio por escrito»*. Se alguma embarcação fosse encontrada nos portos ou ancoradouros, as entidades do país deveriam ser alertadas para prevenir a violação do tratado.

Com a solução preconizada, as Partes contratantes quiseram salvaguardar os direitos de soberania sobre o mar territorial, relegando o direito de visita para o mar alto.

Se o tratado de 3 de Julho de 1842 concedia aos cruzadores ingleses o direito de visita,⁶⁰ não lhes conferia o direito de apreensão do navio, senão dadas as circunstâncias claramente definidas no Tratado. O Direito de julgar o navio apreendido não era da competência dos cruzadores, mas atribuído às Comissões Mistas.⁶¹

⁶⁰ Sobre uma análise comparativa do direito de visita nos tratados celebrados após 1841 vide Stoerk, Félix, *Nouveau Recueil Général de Traités*, ob. cit., segunda série, tomo XVI, pp. 40-55.

⁶¹ Esta interpretação é defendida no ofício n.º 28, de 24 de Fevereiro de 1859, do Conde de Lavradio ao Conde de Malmesbury, Principal Secretário de Estado inglês, na Repartição dos Negócios Estrangeiros, na sequência da actuação do vapor de guerra inglês «Lyra» contra o barco português «Flôr de Moçambique», cfr. AHDMNE, A15, M 27-I, doc. n.º 17.

A solução do tratado foi alterada em 1847 com a assinatura de um Protocolo entre Portugal e a Grã-Bretanha com o seguinte teor: «*permissão durante 3 anos, prorrogado por mais 3 em 1850, aos navios de guerra ingleses a entrada em baías, portos, enseadas, rios e outros lugares dos domínios portugueses da costa oriental Africana onde não se achassem estabelecidas autoridades portuguesas, a fim de capturar navios de escravos que aí se encontrassem e destruir as instalações existentes em terra destinadas a facilitar o tráfico*».⁶²

Esta permissão que terminou no ano de 1850 foi prorrogada até ao ano de 1853. Nesse ano, o Governo Português não procedeu à renovação dos protocolos de 1847 e 1850,⁶³ pelo que as mencionadas concessões temporárias feitas ao Governo britânico cessaram completamente. Os cruzadores ingleses ficaram limitados, no seu exercício, ao estipulado no Tratado de 3 de Julho de 1842.

O Protocolo não foi renovado em face dos abusos perpetrados pelos cruzadores britânicos, ao ponto de se poder afirmar, como fez o MARQUÊS DE LAVRADIO, que «*a vida e propriedade dos súbditos portugueses residentes nos domínios da África Oriental Portuguesa [estava dependente] não de lei alguma, mas sim do capricho dos cruzadores ingleses*».⁶⁴

7. As comissões mistas

Para acompanhar a execução do tratado de 1842 foram criadas comissões mistas luso-britânicas,⁶⁵ com competência para decidir sem direito de apelação as questões

⁶² No AHDME, A15, M 27-I, doc. n.º 15, há uma carta enviada pelo Secretário de Estado dos Negócios Estrangeiros, Jorge César Figueira, ao Conde de Lavradio, datada de 15 de Fevereiro de 1859, que refere a proibição dos cruzadores ingleses entrarem nas baías, portos e enseadas onde não existissem autoridades portuguesas: «No ofício junto transmite o Comissário da Comissão Mista Portuguesa e Inglesa no Cabo da Boa Esperança a carta que em data de 14 de Dezembro último, recebera de Sir Frederic Grey, Comandante das Forças Navais Britânicas ali estacionadas em resposta à que ele lhe havia dirigido no dia anterior, sobre as disposições dos Protocolos de 1 de Agosto de 1847 e 19 de Novembro de 1850. Nessa carta afirma Sir Frederic Grey que se acha ainda em vigor a autorização dada ao Governo britânico por aqueles Protocolos, para os seus cruzadores, empregados na supressão do tráfico da escravatura poderem entrar livremente nas baías, portos, enseadas, rios e outros lugares na Costa oriental de África onde não houverem autoridades portuguesas. O Sr. Conde de Lavradio, segundo as instruções que recebera do Governo de Sua Majestade declarou positivamente a Lord Clarendon, em data de 15 de Fevereiro de 1854, que aquela autorização havia caducado, e não podia ser renovada, como pretendia o Governo Britânico.»

⁶³ Vide Sá, José de Almeida Corrêa de, *A Abolição da Escravatura*, ob. cit., pp. 86-95.

⁶⁴ Idem, p. 86.

⁶⁵ Atente-se, a título de exemplo, na actuação das Comissões Mistas: pelo ofício n.º 8, de 10 de Janeiro de 1859, o conde de Lavradio oficia ao conde Malmesbury o comportamento do “Lyra”, em relação ao «Flor de Moçambique», nos seguintes termos: «... deteve-o e não o con-

suscitadas sobre o apresamento e detenção das embarcações que se dedicassem ao tráfico de escravos.⁶⁶

Enquanto as partes não procedessem à criação das comissões mistas era competente para julgar as violações ao tratado, nomeadamente as relativas ao julgamento de navios que se dedicavam ao tráfico de escravos, a comissão criada na sequência da convenção anglo-portuguesa de 28 de Julho de 1817.

Inicialmente foram criadas comissões mistas em Angola, Cabo da Boa Esperança⁶⁷ e na ilha da Boa Vista, em Cabo Verde. Esta última foi suprimida por um acordo entre os signatários do tratado, de 18 de Setembro de 1851.

A detenção de navios e a subsequente apresentação às comissões mistas era possível no caso da presunção prevista no artigo 9.º, e que correspondia a um espírito normativo presente nos projectos de convenção anteriores.

As comissões foram reguladas pelo Anexo B ao tratado. Em termos de estrutura as partes contratantes deviam nomear um comissário e um árbitro⁶⁸ para conhecer e julgar sem apelação todos os casos de presa ou de detenção de embarcações que violassem as estipulações do tratado, bem como as reclamações de indemnização por perdas causadas às embarcações e cargas que tivessem sido detidas, mas não consideradas boas presas (artigo 7.º, do Anexo B). A comissão tinha ainda um secretário

siderando, segundo era seu dever, como um navio suspeito de se empregar no tráfico da escravatura, mas sim como se fora um navio que já tivesse sido julgado e condenado, mandou-o queimar e desembarcando a maior parte da tripulação nas ilhas de Bazaruto, apoderando-se da carga, despachos, papeis de bordo, e de tudo mais que encontrou no Pangaio. Sendo porém este arbitrário procedimento do oficial apressador levado ao conhecimento da Comissão-Mista, estabelecida no Cabo da Boa-Esperança, e instruído o processo, segundo as estipulações do Tratado de 3 de Julho de 1842, entre Portugal e a Grã-Bretanha, foi o Pangaio plenamente absolvido pela Comissão Mista. (...) O governo de S. M. Fidelíssima, bem certo da justiça com que sempre procede o Governo de S. M. Britânica, não pode duvidar de que ele se apressará a reparar quanto é possível a violação do Tratado de 3 de Julho de 1842, praticado pelo Comandante do vapor «Lyra», assim como a indemnizar os súbditos portugueses dos prejuízos resultantes da mencionada violação.», cfr. AHDMNE, A15, M 27-I, doc. n.º 16.

⁶⁶ Sobre o apresamento e as consequências do mesmo, Mendonça, Hygino Magalhães, *Presas e Escravatura*, Lisboa, Typographia da Gazeta de Portugal, 1888, pp. 108 e ss.

⁶⁷ Vide os relatórios anuais da Comissão Mista portuguesa e britânica no Cabo da Boa Esperança relativos aos anos de 1866 e 1867 em AHDMNE, caixa 985, Docs. n.º 89 e 89 a). Os dois relatórios referem a inexistência de casos durante o ano a que dizem respeito.

⁶⁸ As regras de substituição dos Comissários e dos árbitros em caso de falecimento, doença, ausência ou qualquer outro impedimento legal estavam previstos no artigo 10.º do Anexo B. Cfr. Castro, José Borges de, *Nova Coleção de Trtados, Convenções, Contratos e Actos Públicos Celebrados entre a Coroa de Portugal as mais Potências*, tomo I, Lisboa, Imprensa Nacional, 1890, pp. 60-62.

nomeado pelo Rei soberano do território onde residia a comissão, com a função de proceder ao registo de todas as actas da comissão (artigo 1.º, do Anexo B).

Num objectivo de celeridade processual, cada caso devia ser julgado num prazo de vinte dias *contados do dia em que a embarcação detida tiver sido levada ao porto onde residir a Comissão* que deve julgar o caso (artigo 3.º, §3.º, do Anexo B). O prazo recomendado podia ser dilatado até ao máximo de dois meses, por ausência de testemunhas ou por outro qualquer motivo.

Excepcionalmente, o regulamento previa, no artigo 3.º, §4.º, do Anexo B, que *«a requerimento de qualquer das partes interessadas, no qual caso, dando a mesma parte ou partes fiança idónea de que tomam sobre si a despesa e risco da demora, poderão as Comissões, a seu arbítrio, conceder uma dilação adicional que não exceda a quatro meses»*.

As partes podiam litigar com a presença de um advogado.

As sessões eram públicas e as peças escritas na língua do país em que residia a Comissão que julgava o caso (artigo 3.º, §5.º, do Anexo B).

Em termos de tramitação processual os Comissários dos dois Governos deviam examinar em primeiro lugar os documentos da embarcação detida e tomar os depoimentos do mestre ou comandante e, no mínimo, de dois ou três dos principais indivíduos da embarcação. Caso entendessem como necessário podiam tomar a declaração jurada do apressador. Após estes procedimentos os Comissários estavam habilitados a julgar o caso e, caso se provasse a violação do tratado, a condenar a embarcação.

Se os dois Comissários que compunham o tribunal misto não concordassem na sentença que deviam proferir, condenação ou absolvição, no valor da indemnização a conceder, ou outro qualquer motivo relacionado com o apresamento do navio, ou caso se suscitasse alguma diferença de opinião em relação ao modo de proceder da Comissão, deveriam sortear um dos dois árbitros nomeados, o qual, depois de estudar o processo, deveria analisá-lo com os Comissários, após que seria proferida a sentença final (artigo 4.º, §2.º, do Anexo B).

No caso de a Comissão absolver a embarcação, a mesma seria restituída ao mestre ou a quem o representasse no estado em que se encontrasse, nos termos do artigo 5.º; caso fosse condenada, seria declarada, nos termos do artigo 6.º, boa presa juntamente com a sua carga, com excepção dos escravos que eram libertados e entregues ao Governo a que pertencia o cruzador que fez a captura.

A restante carga deveria ser vendida em leilão e o produto beneficiaria os dois Governos.

Os abusos perpetrados pelas Comissões mistas deveriam, nos termos do artigo 8.º, do Anexo B, ser resolvidas pelos respectivos Governos.

As Comissões mistas deviam elaborar todos os anos um relatório para o seu Governo, onde fossem referidos, nos termos do artigo 11.º, do Anexo B, os casos apresentados para julgamento, o estado dos negros libertados e «qualquer informação que possam obter a respeito do tratamento e progresso feito na educação religiosa e mechanical dos negros libertos». O relatório deveria ser publicado.

O tratado de 1842 contém uma solução nova sobre o destino das embarcações detidas por força da execução do tratado.

Nos projectos negociados com o Reino Unido previa-se que o navio condenado seria inteiramente desmanchado e vendido em pedaços separados. Esta solução também se encontrava no tratado, mas como solução residual, uma vez que se previa, pelo artigo 11.º, que qualquer um dos governos pudesse comprar a embarcação condenada *para o serviço da sua marinha real*, tendo preferência na compra o governo cujo cruzador tivesse detido a embarcação. O preço a pagar seria estipulado por pessoa competente escolhida pelo tribunal.

A solução preconizada parece-nos muito mais favorável ao Reino Unido que a Portugal, com menos barcos e com menor capacidade financeira para a aquisição de navios. Através da execução de um contrato o Reino Unido podia aumentar a sua frota marítima, em detrimento de outra nação que a via diminuir.

8. Conclusão

O direito de visita causou sérias dúvidas aos juristas da época, fruto de se encontrar na fronteira entre o admissível em termos de Direito Internacional e a violação da soberania estadual. No caso português a imposição unilateral deste direito pelo Reino Unido constituía uma violação da soberania nacional.

Para que a mesma não ocorresse, as Potência signatárias dos vários tratados optaram, como forma de garantia, por regular minuciosamente o regime jurídico do direito de visita, desde a obrigatoriedade dos navios de guerra terem mandatos específicos, às regras de aproximação, de visita, de aprisionamento e por fim às competências judiciais para julgar os infractores. Estabeleceram-se também indemnizações para a hipótese de se provar que o navio aprisionado não se encontrava a fazer tráfico de escravos.

De entre todos os requisitos consagrados, a concessão do mandato constituiu um exercício de jurisdição nacional e uma salvaguarda do poder soberano de cada potência que, reciprocamente, aceitava, mediante regras por ela fixada, a fiscalização dos seus navios por outra potência.

A figura do mandato surgiu nas convenções anglo-francesas de 1831, 1833 e no tratado de 1841.⁶⁹ Nas convenções anteriores celebradas entre o Reino Unido, Portugal, Espanha e Estados Unidos da América a figura não se encontrava consagrada.

O Reino Unido encontrou muitos obstáculos à implementação do direito de visita, uma vez que algumas potências europeias defenderam o tráfico como incentivo às actividades económicas e não consideravam esta prática como uma violação do direito internacional.

Uma nação apenas tinha direito de aprisionar navios e dos visitar em tempo de paz desde que tivesse celebrado uma convenção que o permitisse com o país ao qual o navio pertencia. Se num determinado país a lei defendesse o comércio de escravos, não seria permitido aos outros Estados que a violassem, e quem o fizesse devia ser punido.⁷⁰

O almirantado inglês entendeu que o direito de visita só seria admissível em tempo de paz se se encontrasse previsto em tratados,⁷¹ razão pela qual o Reino Unido celebrou tratados com várias potências europeias onde incluiu o direito de visita.⁷²

A partir de 1842, e nas palavras de ROLIN-JAEQUEMYS, a história da repressão do tráfico marítimo dividiu-se em dois braços: de um lado, os países que adoptaram o direito de visita; do outro, França, que o recusou e apenas aceitou um controlo documental do pavilhão para verificação da nacionalidade do navio.⁷³ A figura de controlo do pavilhão foi consagrada num tratado concluído com o Reino Unido em 29 de Maio de 1845.

⁶⁹ Sobre o direito de visita nos tratados celebrados entre a Grã-Bretanha, a França e os Estados Unidos para a supressão do tráfico de escravos, vide Fergunson, Jan Helenus, *Manual of International Law, for the USE of Navies, Colonies & Consulates*, vol. I, London, W.B. Whittingham & Co., 1884, pp. 421-425.

⁷⁰ Cfr. Barclay, M. Thomas, *Le Droit de Visite*, ob. cit., p. 325.

⁷¹ Idem, *ibidem*.

⁷² Sobre as relações jurídico-internacionais entre o Reino Unido, a França e os Estados Unidos para a abolição do tráfico de escravos e a consagração do direito de visita vide Freitas, Pedro Caridade de, *Portugal e a Comunidade Internacional*, Quid Juris, Lisboa, 2012, pp. 692-695.

⁷³ Cfr. Rolin-Jaequemys, M. G., *Quelques Mots Encore Sur l'Acte Général de la Conférence de Bruxelles et la Répression de la Traite*, in *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, tome XXIII, Bruxelles, 1891, p. 570.

Apesar do direito de visita não ser justificado, nem pelo direito primitivo nem pela opinião dos publicistas, foi consagrado sobre o pretexto de defesa de valores humanitários em tratados firmados pelas principais potências da Europa.

Como escreveu GAMA LOBO, o único meio justo e eficaz para abolir o tráfico não era o emprego da visita, mas a abolição da escravatura. Como meio de o alcançar, diz o VISCONDE DE SÁ DA BANDEIRA: «*dois modos se oferecem para chegar àquele fim, um, dando indemnizações pecuniárias aos senhores dos escravos, ficando estes livres desde logo, ou dentro de pouco tempo, como se praticou nas colónias britânicas; outro, legislando de sorte que os mesmos escravos vão gradualmente recebendo a liberdade, do mesmo modo que foi praticado por Portugal em 1773 (...)*»⁷⁴.

Portugal foi durante todo o processo que conduziu à abolição do tráfico de escravos uma vítima do Reino Unido.

Os ingleses extravasando os limites da razoabilidade e da esfera soberana do Estado criaram e impuseram um direito de visita a navios de outras nações. Não obstante os esforços ingleses, o impacto das suas pressões foram limitadas e cada país aboliu o tráfico de escravos mais por razões de política interna, do que por pressão directa do Reino Unido,⁷⁵ como se demonstra pela política desenvolvida por Portugal no sentido de protelar a negociação de um tratado com esse país.

⁷⁴ Cfr. Lobo, António da Rosa Gama, *Princípios de Direito Internacional*, vol. I, p. 116.

⁷⁵ Kern, Holger Lutz, *Strategies of Legal Change: Great Britain, International Law, and the Abolition of the Transatlantic Slave Trade*, in *Journal of the History of International Law*, vol. 6, number 2, 2004, pp. 257-258.

Bibliografia

- *A Questão do Zaire. Portugal e a Escravatura*, Sociedade de Geographia de Lisboa, Lisboa, Casa da Sociedade de Geographia, 1883
- Albuquerque, Ruy de, *Para um Estatuto Jurídico da Pirataria* in *Estudos em Memória do Professor Doutor Mário de Albuquerque*, Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, Instituto Histórico Infante Dom Henrique, Lisboa, 2009
- Baptista, Eduardo Correia, *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lisboa, Lex, 1997
- Biker, Júlio Firmino Júdice, *Supplemento à Coleção dos Tratados, Convenções, Contratos e Actos Públicos Celebrados entre a Coroa de Portugal e as mais Potências desde 1640*, tomo XXVIII, Lisboa, Imprensa Nacional, 1880
- Barclay, M. Thomas, *Le Droit de Visite, le Trafic des Esclaves et la Conférence Antiesclavagiste de Bruxelles*, in *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, tome XXII, Bruxelles, 1890
- Brazão, Eduardo, *Relance da História Diplomática de Portugal*, Lisboa, Livraria Civilização, Editora, 1969
- *Breves Reflexões Acerca do Estado Actual do Tráfico da Escravatura, em Relação ao Progresso da Civilização Europeia*, Typographia de J. F. de Sampaio, s/d.
- Caetano, Marcello, *Portugal e o Direito Colonial Internacional*, Lisboa, 1948
- Caetano, Marcello, *Portugal e a Internacionalização dos Problemas Africanos*, 4.^a edição, Lisboa, Edições Ática, 1971
- Carreira, António, *O Tráfico de Escravos nos Rios de Guiné e Ilhas de Cabo Verde (1810-1850)*, Junta de Investigações Científicas do Ultramar, Centros de Estudos de Antropologia Cultural, Estudos de Antropologia Cultural, n.º 14, Lisboa, 1981.
- Castro, José Borges de, *Colecção dos Tratados, Convenções, Contratos e Actos Públicos Celebrados entre a Coroa de Portugal e as mais Potências*, tomo I, Lisboa, Imprensa Nacional, 1840-1862
- Castro, José Borges de, *Colecção dos Tratados, Convenções, Contratos e Actos Públicos Celebrados entre a Coroa de Portugal e as mais Potências*, tomo IV, Lisboa, Imprensa Nacional, 1857
- Castro, José Borges de, *Colecção dos Tratados, Convenções, Contratos e Actos Públicos Celebrados entre a Coroa de Portugal e as mais Potências*, tomo V, Lisboa, Imprensa Nacional, 1857

- Castro, José Borges de, *Nova Coleção de Trtados, Convenções, Contratos e Actos Públicos Celebrados entre a Coroa de Portugal as mais Potências, tomo I, Lisboa, Imprensa Nacional, 1890*
- Cunha, Joaquim da Silva, *O Bill de Lord Palmerston e o Livro do Escritor Christopher Lloyd – The Navy and the Slave Trade*, in Boletim Geral das Colónias, ano XXV, n.º 300, Lisboa, Agência Geral das Colónias, Junho 1950
- *Documentos Apresentados às Cortes na sessão legislativa de 1867*
- *Documentos Officiaes Relativos à Negociação do Tractado entre Portugal e a Gram Bretanha para a Supressão do Tráfico da Escravatura Mandados Imprimir por Ordem da Câmara dos Senadores*, Lisboa, Na Imprensa Nacional, 1839
- Fergunson, Jan Helenus, *Manual of International Law, for the USE of Navies, Colonies & Consulates*, vol. I, London, W.B. Whittingham & Co., 1884
- Freitas, Pedro Caridade de, *Portugal e a Comunidade Internacional Na Segunda Metade do Século XIX*, Quid Juris, Lisboa, 2012
- Freitas, Pedro Caridade de vide Homem, António Pedro Barbas
- Grunspán, Marcel, *A Propósito do Tráfego de Escravos e da Opinião Pública Portuguesa*, in Congresso do Mundo Português, VIII volume, Lisboa, 1940
- Homem, António Pedro Barbas e Pedro Caridade de Freitas, *Textos de Apoio de História das Relações Internacionais*, 2.^a reimpressão, Lisboa, AAFDL, 2018
- Kern, Holger Lutz, *Strategies of Legal Change: Great Britain, International Law, and the Abolition of the Transatlantic Slave Trade*, in JHIL, vol. 6, number 2, 2004
- Lobo, António da Rosa Gama, *Princípios de Direito Internacional*, vol. I, Lisboa, Imprensa Nacional, 1865
- Marques, João Pedro, *Os Sons do Silêncio: o Portugal de Oitocentos e a Abolição do Tráfico de Escravos*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 1999
- Marques, João Pedro, *Portugal e a Escravatura dos Africanos*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2004
- Martins, J. P. Oliveira, *O Brasil e as Colónias Portuguesas*, Lisboa, Guimarães e C.^a, Editores, 1978
- Mendonça, Hygino Magalhães, *Presas e Escravatura*, Lisboa, Typographia da Gazeta de Portugal, 1888
- Rolin-Jaequemyns, M. G., *Quelques Mots Encore Sur l'Acte Général de la Conférence de Bruxelles et la Répression de la Traite*, in *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, tome XXIII, Bruxelles, 1891
- Sá, José de Almeida Corrêa de, *A Abolição da Escravatura e a Ocupação do Ambriz*, Lisboa, Livraria Bertrand, 1934

- Stoerk, Félix, *Nouveau Recueil Général de Traités et Autres Actes Relatifs aux Rapports de Droit International*, segunda série, tomo XVI, Gottingue, Librairie de Dieterich, 1891
- Testa, Carlos, *Conflitos Internacionais e Diferentes Phases de Ultimatus*, Lisboa, Typographia Universal, 1890

Democracia, Civilização, Humanidade Uma Defesa de Numância?

PAULO FERREIRA DA CUNHA *

But it is vain to imagine that the mere perception or declaration of right principles, whether in one country or for many countries, will be of any value unless they are supported by those qualities of civic virtue (...) and by those instruments and agencies of force and science which in the last resort must be the defense of right and reason.

Civilization will not last, freedom will not survive, peace will not be kept, unless a very large majority of mankind unite together to defend them and show themselves possessed of a constabulary power before which barbaric and atavistic forces will stand in awe.

Winston S. Churchill

I. Na sociedade da (des)informação

A profusão do espetáculo do Mundo é impressionante nestes tempos de explosão e caleidoscópica replicação de informações, em jorros de palavras, sons, imagens coloridas. São mensagens múltiplas vezes pouco significativas as que imediatamente chegam, de interesse fátuo, frequentemente repetitivas, mas ao mesmo tempo infini-

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 45-72.

* Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça; Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (em licença para o exercício daquele cargo judicial).

tas e infundáveis. Como bem tinha observado, com antevisão profética, Vilém Flusser: “Quando, por exemplo, o receptor não precisa distanciar-se do seu espaço privado para ser informado, isto quer dizer que o espaço público (a política) se tornou superficial”.¹ Não será preciso dizer mais sobre esta questão.

O que há a dizer, escutar e ver com profundidade, não só se perde na multidão dos *faits divers*, como é mesmo ocultado por eles. E, por vezes, torna-se difícil distinguir o real do falso. A mistificação impera. Há, em algumas pessoas lúcidas, a tentação, que nos foi inspirada (interpretando-o mal ou bem) por Jacques Derrida, e talvez também João Paulo II: desligar os aparelhos, deles fazer um consumo moderado ao menos.² O silêncio parece ser, em muitos casos, uma dieta de grandes e positivos efeitos. No silêncio, sem o bombardeamento das propagandas, comerciais e políticas, parece ganhar-se uma tranquilidade, um sentido crítico e uma sensibilidade ao verdadeiramente importante que tornam quem o pratique alguém com mais profunda visão. Só que, *ubi commoda, ibi incommoda*: se o *black out* for total, faltará a esse eremita isolado do mundo informação atual... Mesmo se um fragmento de Heraclito nos ensina o que parece considerar o máximo dos segredos: “ser sábio é estar apartado de todas as coisas”.³ Mas é possível, aí, num meio termo entre o isolamento total e a total imersão aturdida, depender um pouco mais apenas do ouvir dizer (de coisas importantes, claro – não de meros boatos), certamente – até certo ponto. Para os que gostam das sabedorias e práticas orientais, o silêncio tem um valor especial, mesmo se for para depois falar:

Le silence est notre nature profonde. (...) Être silencieux: revenir à l’origine de la nature humaine. Faire appel au silence: à partir du silence, parler. La parole devient profonde, le mot juste. (...) les sages n’ont jamais beaucoup parlé. Du silence s’élève l’esprit immortel.⁴

Não fazemos, obviamente, uma apologia do isolamento, nem do corte radical com os *media*: apenas observamos que a moderação no seu uso pode ser uma boa pedagogia até para a sua utilização mais inteligente. Por exemplo: só quando cortámos pessoalmente com as redes sociais é que tivemos tempo para descobrir os tesouros escondidos dos programas culturais da televisão e da rádio, que se podem encontrar, com enorme proveito, na *Internet*. É preciso fazer escolhas, e escolher o melhor, pelo menos o melhor para cada um.

¹ FLUSSER, Vilém – *O Mundo Codificado*, org. de Rafael Cardoso, trad. de Raquel Abi-Sâmara, São Paulo, Cosac Naify, 2013, p. 153.

² DERRIDA, Jacques — *L’Autre cap*, suivi de *La Démocratie ajournée*, Paris, Minuit, 1991.

³ DIELS, Hermann (org.) — *Die Fragmente der Vorsokratiker*, 9.^a ed., Berlim, Weidmannsche, 1960.

⁴ DESHIMARU, Taisen — *La Pratique du Zen*, nova ed., revista e corrigida, Paris, Albin Michel, 1981, p. 40.

Entretanto, a possibilidade de aceder, de praticamente qualquer ponto do globo, a qualquer informação de um acervo gigantesco, autorreprodutivo, apenas pelo deslizar dos dedos num teclado ou num *écran*, maravilha, impressiona, e chega, num segundo pensamento, a amedrontar. As grandes experiências dos nossos netos (mesmo emocionais), vaticinava já Vilém Flusser, passar-se-ão com os dedos num teclado e os olhos numa tela. Se isso fosse só o que sublinhou Anaxágoras de Clazómenas, para quem o homem pensa porque tem mãos! Mas é muito mais concreto e perigoso para a Humanidade.

Há maravilhas, sim, mas têm um alto custo. Podemos saber rapidamente quase tudo o que são perguntas objetivas pelos meios da *Internet*. Podemos também, sem custos, ou praticamente sem eles, pronunciarmo-nos sobre tudo o que queiramos, quer em simples comentários a notícias ou a publicações em redes sociais, quer em textos próprios (*motu proprio*), nessas mesmas redes, em *blogs*, etc. Tudo isto é conhecido de quase todos, sendo cada vez mais raros, mesmo residuais, os que, nas sociedades desenvolvidas, se podem considerar verdadeiros “infoexcluídos”. Apenas se recordam aqui tais banalidades do nosso tempo para que tenhamos bem presente o contexto real em que nos movemos. É neste mundo que nos inserimos.

Tudo é possível procurar saber. Embora seja altamente resvaladiça, ardilosa, perigosa, esta nova ágora planetária, globalizada. Nunca a alegoria da caverna foi tão minuciosamente verdadeira. Simone Weil já dizia que os cinemas sonoros muito se lhe assemelhavam.⁵ E se tivesse conhecido a realidade mediática de hoje?

Sublinhe-se ainda que, ao contrário do que muitos querem fazer crer, a ordem mediática dos nossos tempos não é democrática, mas plebeizada, e altíssimamente manipulada. Veja-se os perfis falsos nas redes sociais, os disparos de mensagens no WhatsApp, ao que se diz com resultados eleitorais conseguidos, etc. Aliás, as confusões sobre o que seja democracia são abundantíssimas: umas por ignorância, outras por má fé. A “democracia” dita digital é uma das quintas colunas do populismo. Há muito que essa encenação foi denunciada por pessoas de visão e experiência, como, entre nós, o antigo presidente do Parlamento, António de Almeida Santos. Contudo, como explicar convincentemente a tantos que poder votar automaticamente com o “clic” de computador ou de telemóvel não é democracia, e pode bem ser antecâmara do seu contrário? Como diria alguém, os ditadores fazem plebiscitos. O voto digital “na hora”, sobre tudo e sobre nada, é o plebiscito dos tempos atuais... ou futuros. Depende de nós ficarmos subjugados ou não a esse simulacro de democracia.

⁵ WEIL, Simone — *La Source Grecque*, Paris, Gallimard, 1953, trad. port. de Filipe Jarro, *A Fonte Grega*, 1.ª reimp., Lisboa, Cotovia, 2014, p. 92.

Para haver democracia é necessário muito mais que essa opção das massas, totalmente desinformada. É preciso que os intervenientes no respetivo processo de decisão estejam devidamente formados e informados. Ora, as catadupas de pseudo-informação que hoje recebemos pelos meios de comunicação social não são de molde a promover verdadeiramente nem formação nem mesmo informação. Há uma poluição e ao mesmo tempo uma seleção por tribos, por grupos, que atinge níveis de incomunicação e mesmo de ódio que não permite clareza de pensamento. Tudo isso engrossado com as *fake news*.

Mas estamos em crer que, embora cultura e cultura clássica não signifiquem, por si só, boa índole, boas maneiras, sequer inteligência e muito menos ações éticas, pacíficas e democráticas, há um profundo *deficit* de cultura nos tempos de hoje, que se terá devido a uma rendição de alguns responsáveis universitários e da gestão (mesmo ao mais alto nível) da Escola face aos cânones e à própria preparação dos novos estudantes que chegavam às universidades, por exemplo nos EUA nos anos oitenta e noventa do século passado.⁶ E depois foi-se a situação reproduzindo em cadeia. Outro elemento fatal para a educação e a cultura (e, portanto, a formação humanística) é o alijamento das responsabilidades do Estado nessa matéria (aliás, na senda do desinvestimento e alienação de empenhamento em setores sensíveis – e veja-se a Saúde e o quão isso pode ser imediatamente fatal). A Humanidade também se aprende no espírito das Humanidades, da Filosofia, das Ciências Sociais e Humanas não colonizadas por preconceitos ideológicos, nomeadamente politicamente corretos (antes, foram de outro tipo), das Artes, etc.

Uma universidade e um ensino em geral de pendor somente tecnocrático, utilitarista, todo posto ao serviço da sagrada Economia (supostamente, porque nem isso se tem alcançado com eficácia – veja-se o desemprego e a inadaptação juvenil a tantos níveis) não é digna desse nome, e é um engano dos cidadãos, que se veem privados de dimensões imprescindíveis da existência. Escolas assim são meras antecâmaras da linha de produção para proveito de apenas alguns. Não locais de estudo sério, autonomia e de preparação para a Liberdade e para a Felicidade, que são fins irrecusáveis do Homem moderno, emancipado – desde que Kant proclamou o manifesto das Luzes, *Was ist Aufklärung?*⁷

⁶ Cf. uma elucidativa panorâmica histórica em AGUIAR E SILVA, Vítor — *As Humanidades, os Estudos Culturais, o Ensino da Literatura e a Política da Língua Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 126 ss.

⁷ KANT, Immanuel — *Was ist Aufklärung?*, 1784. Sobre Humanismo e Humanidades, entre nós, numa abordagem que considera serem estas guardiãs da nossa própria humanidade comum, v. GIL, Isabel Capelo — *Humanidade(s). Considerações radicalmente contemporâneas*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016.

II. Os Exemplos e as Tribos

Por outro lado, os *espetadores dão-se em espetáculo*, seguindo uma tese de Rousseau,⁸ que não podia prever os resultados dessa “democratização”, a qual, na verdade desembocou em simples massificação, quando não mesmo mau gosto puro, como em tantos concursos e *reality shows*, em que o público telespetador, no mínimo, será compelido a um decerto não muito edificante voyeurismo. Aliás, o que é toda a panóplia de publicações que, em tela ou papel, glorificam, endeusam, uns tantos indivíduos (uns de pretensa nobreza, outros de dito “glamour”, identificável em geral com riqueza e fama, esta última obtida pelo espetáculo ou desporto, sobretudo), cujas vidas se vasculham, perscrutam, ou que (em certos casos) mesmo se esgadanharão para aparecer, ser falados, a qualquer preço. Qualquer escândalo ou indiscrição servirá. Uns são vítimas, mas outros parece procurarem a exposição.

Os modelos propostos em muitos *media* (os grandes educadores sociais do presente) são apenas os do charme indiscreto (por vezes nem isso) de umas tantas celebridades, pelo sangue, pelo dinheiro, ou pelo aparecer nos *écrans* e nos jogos. Não se vislumbrando, entretanto, uma robusta política de educação cívica, ética, republicana, e de cultura geral. Parece assim natural que se vandalizem os monumentos aos grandes da História (confundindo, pela ignorância certamente mais que pela má fé, nomes como o Padre António Vieira, Kant ou Churchill – com escravocratas, certamente), e que alguns dos intelectuais de turno, ainda por cima, se sintam constrangidos a acompanhar a onda e justificar os vândalos. Outros, a nosso ver talvez mais tragicamente ainda, quererão um mundo de terra queimada. E tanto se veem ao espelho narcisicamente, e à sua ideologia politicamente correta encaram como o “novo céu e a nova terra”. Assim, eles sinceramente aderem a essa onda de iconoclastas no velho sentido, simplesmente literal.

Ao nível intelectual vive-se muito de modas e capelinhas. Mas a que nível não se vive assim? Apesar das grandes estradas da informação, da glorificada globalização, as pessoas não saem do seu quintal, do seu campanário, da sua terrinha, ainda que seja uma capital... É por isso que um estudo sobre o recrutamento para cargos de poder e decisão, públicos e privados, seria de muita utilidade. Da mesma forma que se devem perseguir os focos e fontes de infeção, e respetivas cadeias, um grande desafio sociológico é buscar os *plutocratas*, os *donos do poder*, os que compõem as

⁸ “Mais quels seront enfin les objets de ces Spectacles ? Qu’y montrera-t-on ? Rien, si l’on veut. Avec la liberté, par-tout où regne l’affluence, le bien-être y regne aussi. Plantez au milieu d’une place un piquet couronné de fleurs, rassemblez-y le Peuple, & vous aurez une fête. Faites mieux encore : donnez les spectateurs en spectacle ; rendez-les acteurs eux-mêmes ; faites que chacun se voye & s’aime dans les autres, afin que tous en soient mieux unis.” ROUSSEAU, Jean-Jacques – *Lettre à D’Alembert (sur les spectacles)*, 585.

não se sabe quantas famílias que estão do lado risonho das altas sebes que dividem, como dizia Agostinho da Silva, os choros dos risos.⁹

Salvam-se alguns que tiveram a sorte de, formal ou autodidaticamente, estudar e refletir, de pensar pela cabeça própria. Mas são raros, e naturalmente não estão nas graças de muitos outros, que preferem vizinhos e correligionários próximos e dóceis. São muito incômodos, e podem dar-se por felizes por não serem muito incomodados no ambiente geral de macro democracia em que ainda vivemos.

No geral, as pessoas alinham pelos preconceitos que receberam (uns bebidos no leite materno, outros recebidos encantatoriamente da TV). As leis da imitação de Gabriel de Tarde são implacáveis.¹⁰ E os preconceitos tendem hoje a ser veementes e muito excludentes dos demais. Sobe o discurso do preconceito e do ódio nas suas diferentes modalidades (que nem todos querem ver, porque a alguns acabam por aderir, ou pelo menos tolerar). Hoje, qualquer ignorante ou malquerente pode vociferar impropérios e destilar ódio na grande praça pública do ciberespaço: está à vista de todos. Tal libertinagem (não liberdade) é inquinação do espaço público, engrossando populismos e particularismos antidemocráticos e anti universalistas.

III. Exílio do Bom Senso. Barbarização e Politicamente Correto

As advertências de Umberto Eco sobre os perigos da barbarização invadir a *Internet*, e desde logo as redes sociais, e, por elas, o nosso quotidiano e as nossas vidas, deveriam ser mais difundidas e interiorizadas. Cada um deveria procurar encontrar formas de se proteger.

Ora, a primeira forma de proteção é a independência (e a não dependência) desses meios. Há, infelizmente, inúmeras pessoas de cabeça mergulhada nos telemóveis, de olhar vidrado nas telas dos computadores ou das televisões. Nem lhes fica tempo para quase mais nada.

Outra, muito importante, é, obviamente, a formação, a cultura. É certo que se os politicamente corretos mais agressivos conseguirem – será muito difícil, mas o que é impossível aos engenheiros sociais? – proibir a Bíblia por muito escandalosa (cheia de crimes e imoralidades – dizem), os filmes e os romances com fumadores, racistas, imperialistas, sexistas e não se sabe que mais... se banirem também da História o que ferir a delicadíssima presumida suscetibilidade de crianças e jovens, como, por ex-

⁹ AGOSTINHO DA SILVA — “A Justiça”, in *Diário de Alcestes*, nova ed., Lisboa, Ulmeiro, 1990, pp. 23-24.

¹⁰ DE TARDE, Gabriel — *Les Lois de l'imitation*, Paris, 1895, trad. port., *As Leis da Imitação*, Porto, Rés, s/d..

emplo, se abolirem dos manuais escolares as guerras, golpes de Estado, genocídios (alguns terão que ficar, certamente...para documentar alguns ódios?), atentados, o que vai restar? Uma sensaborona estatística de História económica sem pessoas? Porque a própria História social tem gente, e gente que vive e sofre, embora a alguns tal possa chocar ainda, por terem do mundo uma visão mais idílica. E esse sofrimento não será mais chocante que um *cowboy* num *western* clássico a enrolar a mortalha de um cigarro, ou um chefe índio a acender um cachimbo da paz? Será que alguém se converte ao fumo por ver esses filmes? Uma História e uma Escola sem dor, anestesiadas?

A falta de bom senso (já nem se fala do sentido histórico) está a alastrar de uma forma só comparável à do progresso do fascismo e do nazismo no século passado, em que o absurdo do racismo e do belicismo se impuseram, contra toda a lógica, pelo poder da comunicação social e a pressão do medo, a partir do momento em que essas forças se apossaram do poder (por puro receio de uns e tacticismo suicida de outros). Teme-se que a Escola, ao invés de ser uma couraça da democracia e uma arma de sucesso e mobilidade social ascendente dos mais desfavorecidos (que essas são suas importantes funções num Estado constitucional moderno), passe a ser uma instituição de doutrinação dominada por burocratas sem alma, que debitarão quaisquer conteúdos, a par de entusiastas militantes de um mundo às avessas, que faria corar como meninos de coro os antigos revolucionários mais extremos, esses que tanto medo colocavam aos pacatos burgueses. Não admira que os pais do anarquismo ou do socialismo (nas duas diversas modalidades), esses que Eça de Queiroz, com algum carinho de antigo proudhoniano, caricaturou como santos do futuro, sejam agora ou esquecidos ou mesmo atacados pelo niilismo (*hoc sensu*) dos novos destruidores da civilização:¹¹

¹¹ Ao contrário de uma tradição já antiga, mas que tem ainda hoje os seus cultores, o que nos interessa neste estudo, com o conceito de Civilização, não é uma sobrevalorização de certos grupos de nações ou mesmo de uma nação (por exemplo, de “civilização portuguesa” se falava no Estado Novo, e havia mesmo manuais históricos com esse título), sempre com um toque etnocêntrico e eventualmente imperialista. Também não se trata de “choque de civilizações” ou de um panorama de modos de viver, ou de exposição “exótica” de “outras civilizações”. O que nos interessa, como se espera ir ficando mais claro ao longo deste texto, é a Civilização Humana, a Civilização enquanto humanismo, direito e democracia, Civilização como caminho para o grau mais avançado de convivência entre Pessoas na Terra, que juridicamente tem hoje como forma o “Estado constitucional”. Tal é um lugar-paralelo ao debate das “raças”, que cientificamente se sabe hoje não existirem, sendo convenções ideológicas (tal seria muito interessante ver no debate sobre o antissemitismo em que participou Celso Lafer muito esclarecidamente). Por isso, também não se quer exaltar estes ou aqueles caracteres físicos que constituiriam uma raça, mas, *grosso modo*, a única “raça” que existe no Mundo: a “raça humana”. Embora não pareça ser muito proveitoso usar a expressão “raça”, com tradição de segregação e divisão, para a universalidade humana. Já, pelo contrário, o uso de Civilização se justifica pela diferença entre Civilização e barbárie. Não no sentido de que há bárbaros de outras “raças”, “línguas”, etc., mas como critério aplicável a um mesmo e concreto espaço. Assim, houve tempos em que a Europa, por exemplo, foi mais civilizada que outros tempos. Os tempos do fas-

E assim como hoje erigimos capelas aos santos padres (...) talvez um dia, quando o socialismo for religião do Estado, se vejam em nichos de templo, com uma lamparina em frente, a imagem dos Santos Padres da revolução: Proudhon de óculos, Bakounine parecendo um urso com as suas peles russas, Karl Marx apoiado ao cajado simbólico do pastor de almas tristes.¹²

IV. Ameaças à Civilização

Realmente é de sérias ameaças à Civilização que se trata. E não estamos a defender as velhas perspectivas de uma fictícia e sacrossanta “civilização ocidental”, o que seria, obviamente, pretexto para a mira dos novos anticolonialistas, anti-imperialistas, etc. Nada disso.

Trata-se da Civilização *tout court*. Em que, como bem explica, a outro propósito (mas tudo conflui, sobretudo o que se eleva e eleva, como diria Teilhard de Chardin¹³), Yadh Ben Achour,¹⁴ comungam civilizações, culturas, tradições, que hoje desaguam num padrão civilizacional comum, definido pelos Direitos Humanos (onde se inclui o Direito à tradição, à História, ao pluralismo cultural, à não programação utópica da educação e da cultura, etc.) e pela Democracia em geral. E será

cismo e do nazismo, no séc. XX, foram a mais recente floração da barbárie: época, portanto, de retrocesso da Civilização. Alguns períodos na Idade Média tradicionalmente se consideram de “trevas” (por exemplo, quando se mata Boécio), mas é um preconceito cronocêntrico classificar esse milénio que construiu as catedrais e viu nascer a *Summa theologiae* de Tomás de Aquino (entre tantos outros monumentos) como de pura barbárie. Se não se virem as ideias em termos hábeis, o risco de nada entender, e, pior, de fazer proliferar preconceitos de puro barbarismo, é muito grande. Por isso temos consciência de que há algum risco em usar o conceito, mesmo que o tenhamos, *tant bien que mal*, exposto. É que, infelicissimamente, há quem não leia o que se escreve, mas apenas os preconceitos que se cultivam na própria cabeça, em geral importados de lugares-comuns sectários. Mas deveremos calar-nos só por sabermos de antemão que há quem possa tresler, por ignorância ou má fé? Ninguém diria nada, no limite.

¹² QUEIROZ, Eça de – *Cartas de Inglaterra e Crónicas de Londres*, 1.ª ed. 1905 (póstuma), nova ed., Lisboa, Livros do Brasil, s.d., p. 63.

¹³ CHARDIN, Teilhard de — Conferência em 8 de março de 1947: “*Tout ce qui monte converge inévitablement.*”.

¹⁴ BEN ACHOUR, Yadh – *Au service du droit démocratique et du droit constitutionnel international. Une Cour constitutionnelle internationale*, «Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger», 2014, n.º 2, Mars-Avril 2014, p. 419 ss., recolhido em BEN ACHOUR, Yadh / FERREIRA DA CUNHA, Paulo – *Pour une Cour Constitutionnelle Internationale*, Oeiras, A Causa das Regras, 2017.

esse padrão das “nações civilizadas”, quer dizer, hoje, as “nações democráticas”, o que virá a permitir, um dia – quando as loucuras populistas e híper nacionalistas (soberanistas, xenófobas, etc.), ajudadas objetivamente pelo Coronavírus, se ativerem ao seu lugar de resíduos folclóricos inexpressivos – que se venha a coroar o edifício institucional da defesa desta Civilização, no Direito, com a criação de um Tribunal Constitucional Internacional.

Há na nossa sociedade ainda grandes instituições, religiosas e laicas, que são depositárias do legado civilizacional de que falamos. Academias de Ciências e Letras, Igrejas tradicionais cheias de história (que nada têm a ver com seitas fanáticas e curandeirismos, aliados dos populismos políticos), redutos universitários e escolares que resistam à vaga politicamente correta, associações e sociedades filosóficas, filantrópicas, cívicas, e mesmo – apesar de se encontrarem no desgaste da liça diária – partidos políticos com ideologia e o peso de um passado. Há ainda, esquecidos pela *Fama* caprichosa, certamente ainda algumas mãos cheias de sábios que são verdadeiras arcas da sabedoria, e que sempre, com humildade e de braços abertos, acolhem as nossas questões e esclarecem as nossas raízes, dando assim razões do passado e do presente para Esperança no futuro. Esses são alguns dos verdadeiros exemplos, tal como pessoas de ação que criam verdadeiramente riqueza e humanidade, os da linha da frente do combate à pandemia, os da inventiva, os da arte, os do mundo real e não da mistificação.

Evidentemente que aos jovens muitos propõem pouco mais que o aturdimento do novo *pão e circo*, mais este que aquele. Ver-se-á o resultado de um desconfinamento inconscientemente festivo e sem regras, entre tantos. Em alguns casos parece ser mesmo uma roleta russa, de propositado desafio à morte. Oxalá tudo acabe por correr bem, ou, pelo menos, menos mal. Recordamos sempre o final d’*A Peste*, de Albert Camus:

Écoutant, en effet, les cris d’allégresse qui montaient de la ville, Rieux se souvenait que cette allégresse était toujours menacée. Car il savait ce que cette foule en joie ignorait, et qu’on peut lire dans les livres, que le bacille de la peste ne meurt ni ne disparaît jamais, qu’il peut rester pendant des dizaines d’années endormi dans les meubles et le linge, qu’il attend patiemment dans les chambres, les caves, les malles, les mouchoirs et les paperasses, et que, peut-être, le jour viendrait où, pour le malheur et l’enseignement des hommes, la peste réveillerait ses rats et les enverrait mourir dans une cité heureuse.¹⁵

¹⁵ CAMUS, Albert — *La Peste*, in *Théâtre, Récits, Nouvelles*, Prefácio de Jean Grenier, textos estabelecidos e anotados por Roger Quilliot, Paris, Gallimard, 1962, p. 1474.

Mas a despreocupação de muitos relativamente a uma pandemia, que está longe de ter sido vencida, afigura-se-nos ser um sinal da geral inconsciência e mero fruicionismo ou hedonismo como propósito de vida. Enquanto na construção civil, sem máscara, migrantes a baixo salário continuaram, ao que se diz, a trabalhar, durante todo o tempo do confinamento, enquanto os metros e autocarros continuam apinhados de pessoas que não têm qualquer hipótese de manter o recomendado distanciamento físico (realmente, “distanciamento social” pode ser uma expressão algo forte...), é ver já hoje as esplanadas, os bares e as praias. Estamos num mundo a várias velocidades, sobretudo porque uns podem e outros não podem, uns têm e outros não têm. E alguns foram de tal maneira criados no reino das facilidades e paparicos que se creem imortais, imunes ao Coronavírus e indiferentes à morte dos demais que possam contagiar. Uma das características mais salientes da sociedade atual é o egoísmo possessivo e sôfrego, a sede de vivências e o desprezo pelos outros. Há, evidentemente, ainda, altruísmo e sentido cívico. Mas teme-se que quase apenas em alguns que se souberam auto formar nesse sentido (pode mesmo ser que seja imprescindível uma séria ajuda da cultura, da educação, contra “o ódio, a ganância, o narcisismo e a inveja”¹⁶). Pelo contrário, os grandes formadores de opinião nas últimas décadas foram quase sempre no sentido de um desapiedado egotismo.

Apesar dessa ideologia dominante, que impera ainda, e tem os seus avatares em muitos aspetos da vida, é claro que a força de uma sociedade (e a sua coesão) se aquilata pelo cuidado que ela nutre pelo mais ínfimo, mais pobre, mais débil e indefeso dos seus membros (incluindo, evidentemente, os estrangeiros que aí vivem). Como refere o Preâmbulo da Constituição suíça. Só que o egoísmo, e mais ainda o egoísmo intelectualizado, feito ideologia, não desarma nem aprende. Os defensores do egoísmo institucionalizado, os que pregam “quem quer saúde paga-a”, passado o primeiro susto da pandemia, já voltam às suas velhas trincheiras mentais, muito confinadas, de resto. O Estado será sempre bom para lhes pagar as contas, fornecer os tratamentos, e cobrir as dívidas – mas apenas a eles. Aos demais, não. O *profanum vulgus* serve para descontar para que esses rombos e mordomias sejam pagos, e não para usufruir de nada dessa sua contribuição. Tem-se falado, com alguma propriedade, em socialização das perdas e privatização dos lucros.

Evidentemente que uma sociedade em que a ideologia dominante é o mero “vive, enriquece, e deixar empobrecer e morrer” não pode ensinar nada de bom. Os efeitos laterais desse lema que exalta o triunfo material a todo o custo são de perda incomensurável. Mesmo para os poucos que enriquecem e vivem – mas, apesar de todos os prazeres fugazes, vivem mal. Sem qualidade, sem elevação, e até sem Es-

¹⁶ Cf. a perspetiva do neurocientista LeDOUX, Joseph – *Nós, humanos, criámos egoísmo de formas novas, mais cruéis*, entrevista a Cláudia Carvalho Silva, “Público”, 13 de julho de 2020, pp. 26-27.

perança e Grandeza. Nos momentos de algum desafio, claudica a estrutura mental e emocional dos que vivem numa vida artificial, mesmo que aparentemente se encontrem muito bem na vida...

A falta de dimensão cultural e espiritual do mundo assim instituído e consolidado gera fenómenos aparentemente compensatórios de pseudocultura e pseudo espiritualidade, não poucos com dimensão exatamente igual à sede de lucro, poder e prazer com rosto mais tradicionais. É certamente um fenómeno mimético face à ideologia dominante.

O guru, quer se apresente como grande terapeuta alternativo ou sábio do mais oculto esoterismo, pode ser, afinal de contas, um empresário de maior ou menor sucesso, que vende um produto, apenas para um outro público – que se deixa iludir com uma decoração ou embalagem diversa. O mesmo ocorre com a oferta política: pode-se embrulhar “mais do mesmo” com vestes ecológicas ou basistas, de um lado, ou de protesto face ao *establishment* e a corrupção, por outro.

Mas é sempre muito importante saber a história dos protagonistas, o programa apresentado, e o programa real que se lê nas entrelinhas não apenas do escrito, como de todos os sinais, mesmo a própria linguagem corporal dos protagonistas e a *entourage*, a base de apoio inicial, etc.. Não é surpreendente que se tenha que reivindicar o resgate da Razão, mesmo da parte dos que pareciam mais espirituais, face à crise das ideologias (que, contudo, não morreram) e à invasão avassaladora daquilo a que, numa síntese intelectualizada, se poderá ainda chamar vários tipos de “gnoses”.¹⁷ A própria dissolução epistemo-metodológica de muito do “pós-moderno”, a começar por novas áreas de estudos, contribui para que séculos de rigor e disciplina científicas se confundam.¹⁸ Tal não fica restrito ao mundo dos académicos: a clareza de ideias expande-se, tal como a confusão e o erro (desde logo através da linguagem e de tudo o que ela cria ou destrói) para o mundo profano dos não escolares. E as escolas comuns reproduzem, em vulgarização, o que os professores aprenderam, ou

¹⁷ ARMOGATHE, Jean-Robert – *Um court traité d'intelligence*, prefácio a *L'Impatience des limites*, Versailles, Saint-Paul, 1999, p. 12 ss., máx. p. 15.

¹⁸ De “antidisciplinaridade” e “adisciplinaridade” fala, com abundantes, sólidos e eloquentes exemplos, AGUIAR E SILVA, Vítor — *As Humanidades, os Estudos Culturais, o Ensino da Literatura e a Política da Língua Portuguesa*, cit., p. 127 ss. V. *passim*. Algo de sentido e implicações muito diferentes parece-nos ser a pós-disciplinaridade de um Gonçal Mayos. Mas importa sempre sublinhar que não se pode nunca deixar de se ser *anão aos ombros de gigantes*. Sem os gigantes, e especialmente os clássicos, e as metodologias e epistemologias orientadoras, não oportunistas, não economicistas (como alertou, desde logo, também MORAN, Joe — *Interdisciplinarity*, Londres e Nova Iorque, Routledge, 2002) hiper ideologizadas (normalmente, agora, politicamente corretas) e não dissolutoras das regras normais do espírito, sem uma *tête bien faite* de base, todo o estudo ulte-rior é atomístico, caótico, e facilmente canalizável para experiências de engenharia social.

não... Não é por acaso que tantos querem mudar os nomes às coisas.¹⁹ Há mais que magia simples nisso, o que bem se sabe, pelo menos, desde o linguista Benjamin Whorf: as estruturas da língua moldam o pensamento. Tal não é nada indiferente à complexa e móvel fronteira e trincheira das lutas linguísticas de hoje. Não se trata apenas de bom ou mau gosto, exotismo ou bizarria.

Classificar, por exemplo (*contra legem* ainda), uma pessoa viúva, separada, ou divorciada como “solteira”, como ocorre hoje com frequência, até quando muitas pessoas nessa situação se referem a si próprias, não é sem consequências, não é inócuo. Talvez até já os mais jovens não saibam bem o que é mesmo, com propriedade, encontrar-se alguém nesse estado. Não deixa de ser interessante ouvir ou ler na comunicação social a propósito desta ou daquela celebridade: “Fulano ou Fulana “está *de novo* solteiro(a)” (sublinhado nosso). Será que, na nossa sociedade, ser viúvo, divorciado, ou separado serão estados civis / condições estigmatizantes, ou menos dignos? Cremos que a questão será outra... Muito longe, decerto, se iria na procura das razões profundas deste novo hábito social... Um apenas, entre muitos.

Retomemos o fio. Obviamente, nem tudo são gémeos inimigos (ou inimigos na verdade gémeos), nem o desfecho inusitado d’*O Homem que era Quinta-feira* de Chesterton está fadado a repetir-se sempre. Há pessoas e grupos genuínos, cada um no seu género. Mas é preciso separar o trigo do joio. O que de novo nos remete para a necessidade de ter para tais instrumentos de análise. Inteligência, cultura, informação, intuição.

Em muito grande medida, nem tudo isto se aprende. Mas sempre recordamos o nosso primeiro grande professor de Desenho, no Ciclo Preparatório, um Pintor premiado, que não nomeamos aqui por comedimento e recato apenas. Ele achava que se talvez nem todos podem ser um Rembrandt ou um Matisse, um Rafael ou um Picasso, na verdade todos podem aprender a desenhar e a pintar, ou seja, a exprimir-se graficamente com o uso de um objeto riscador e qualquer forma de coloração de formas inscritas numa superfície. O mesmo cremos suceder com a cidadania. Porque, em termos latos, de cidadania se trata. É possível fornecer a todos os cidadãos uma cultura essencial, e uma cultura política democrática que lhes permita não fazerem as tristes figuras de “carneirismo” e constante vômito de preconceito e ódio que tanto se podem contemplar nas redes sociais e mesmo nos simples comentários a notícias na *Internet*. E isso é apenas a ponta do icebergue da sua mentalidade e educação.

É um problema civilizacional grave, gravíssimo. Certamente que muitos responsáveis, preocupados com as premências do momento, cujo horizonte mais dis-

¹⁹ Cf., antes de mais, o clássico FOUCAULT, Michel — *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966.

tante terminará no próximo dia de eleições, não prestarão muita atenção a este desgastante e permanente descontentamento com tudo e todos, com este grito de revolta contínuo, com o impropério e o baixo palavrão, com o descrente contante, com o “bota-abaixo” sem remissão.

Não tendo obviamente nada a ver com o que se critica, não apenas nos parece um péssimo espetáculo do que possa ser o retrato do “cidadão comum”, como uma mancha inestética que choca a sensibilidade, bem como uma aberração moral, que revolta o espírito de justiça (entre outros). Mas, pior ainda. Culpa nossa se não endurecemos a carapaça suficientemente para nos enfadarem ou indignarem os insultos a tantos outros, a começar pelas instituições, que sempre têm as costas muito largas.

O que verdadeiramente consideramos muito preocupante é que, a menos que se tratem de legiões de robots manipulados pelos populismos que querem, por definição (mas, por vezes, descaem intenções concretas), derrubar o Estado constitucional e fundar uma nova ordem, se se tratarem, pelo menos majoritariamente, de pessoas reais, são descontentes desesperados, inconformados, extremistas, que têm ódios bem definidos. E um dos ódios é à ordem democrática. O que significa, em termos latos, não apenas o em si mesmo quase infantil (mas imprescindível e valiosíssimo) jogo de escolha majoritária de governantes e tomada de decisões pelo voto nos órgãos deliberativos próprios. Mas que coenvolve toda a nossa Civilização, enquanto modo de viver de respeito pelos outros, de acatamento da ordem, de cumprimento das leis, de mínima convivência com a diferença, de ao menos benefício da dúvida quanto à bondade do que se vai decidindo pelo *due process of law*, sem prejuízo da crítica, da análise, da oposição, mas com decoro, elevação, e nos limites do mínimo denominador comum social, que é a Lei.

V. Um clima de suspeição e desprestígio institucional

Há ataques a tudo e a todos, provindos aparentemente de indivíduos, nem sempre anônimos: até, ao que parece, raramente a coberto da capa do anonimato ou do pseudônimo. O que é de sublinhar. Parecendo significar que não temem consequências, parecendo acreditar que ficarão, em princípio, impunes, mesmo que profiram calúnias, injúrias, o que for.

Ressalta assim um outro tipo de bombardeamento sistemático certamente no mínimo tão perigoso e preocupante quanto este. É o protagonizado por órgãos de comunicação social, por jornalistas e articulistas que, abusando da liberdade de expressão, ou mesmo no limite do seu uso (mas que não é intocável: pode ser, no exercício de igual liberdade de expressão, criticável, ainda que legal), se dedica a sistematicamente denegrir as instituições, quer as mais formais, quer as menos. Não se critica, nem por sombras, a liberdade de expressão (cremos, aliás, ter sido dos poucos a

defendê-la contra limites excessivos, e mesmo contra fórmulas dúbias, que para tal poderiam eventualmente remeter²⁰). Apenas se recorda que ela não é unilateral. Não é privativa de alguns iluminados ou colocados em certas posições. Se alguém tem o direito de criticar e até com veemência, do mesmo modo tem de suportar igualmente veemente crítica à sua crítica. É preciso que haja, nestas coisas, como noutras, uma certa paridade ou igualdade de armas (ou de gládios).

Não apenas se trata de ataques aos governos que, de tanto serem sempre vilipendiados – sejam de que cor forem – constituem crítica que verdadeiramente não afeta o prestígio intrínseco das instituições, e, pelo contrário, se a crítica for construtiva ou pelo menos merecida, seria sinal de vigor da democracia. Em termos tradicionalíssimos, as pessoas que conhecem a democracia e a sua história sabem que o debate relativamente a governos pode ser muito apaixonado. Não deve é ser desonesto, pelo menos não desonesto além de um certo limite (tem de admitir-se que o ótimo, em alguns casos, é inimigo do bom...). O debate político pode, com efeito, consentir algumas hipérboles de menos bom gosto, algumas deselegâncias. Com a evolução da ética republicana, espera-se que se supere essa má tradição, que, contudo, está longe de ser a normalidade entre nós... Há, sabe-se, uma tradição parlamentar, por exemplo, de algum excesso. Não gostamos (como é evidente) mesmo nada desse tipo de deriva (que só desprestigia a instituição), mas tem de reconhecer-se que, a punir-se, no pormenor e a fio de espada, certamente se iria longe de mais. Até um limite razoável, é ainda manifestação de liberdade de expressão: certamente, em alguns casos, revelando um excesso de liberdade de expressão, mas que se consente suportar. Contudo, não mais que um pouco acima da linha vermelha.

Insista-se, de outro modo, para que fique claro: a crítica aos governos pela comunicação social acaba por ser interpretada como alinhamento pelas oposições. Claro que há críticas muito traiçoeiras, injustas, mentirosas, e essas contribuem para a corrosão do sistema. O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, para as cabalas e calúnias contra as oposições e seus líderes, que governos bem instalados, sem escrúpulos e com *longa manus* nos *media* podem levar a efeito, com verdadeiros assassinatos de caráter.

Não cremos serem do mesmo tipo as campanhas que se movem contra parlamentos, administração pública, tribunais e até algumas profissões, como sindicalistas, e professores, ou instituições, como sindicatos, escolas, partidos, igrejas, etc. Há alvos que são repetido bode-expiatório e que corroem a confiança nas instituições. Quando se instila a desconfiança, sistematicamente, não apenas em governos, mas em parlamentos e tribunais, sindicatos, partidos, etc., etc., para quem se virará o cidadão comum? “Fulano, ou isto ou aquilo, não me representa” – é uma expressão demasiado repetida, hoje. É este deserto de identificação, é esta mácula generalizada que

²⁰ Nomeadamente, a propósito da formulação pouco feliz, no nosso modesto ver, do art. 37, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa.

deixa no cidadão comum, à mercê do que vê e ouve na comunicação social (e sobretudo na sensacionalista, que vive de sangue e escândalo), num vazio, pronto a aderir ao salvador que tenha o ar imaculado de quem nunca sujou as mãos e vem aí com vassourada limpar os estábulos de Augias.

Tal não significa, importa também repeti-lo, nem nenhuma proposta de limitação exógena à liberdade de expressão mediática ou outra, nem nenhuma sugestão de controlo endógeno por parte dos profissionais – a menos que esse controlo seja o desejável e muito imprescindível exercício de uma deontologia profissional democrática e de lisura e dignidade, com respeito pelas leis e pelas pessoas. Desde logo, com compromisso com a verdade, e não com o sensacionalismo puro, ou o facciosismo. Quem dá uma notícia, quem faz um comentário, quem desenvolve uma interpretação, quem se arrisca a uma especulação, precisa de ter fontes seguras, pensamento desnuado e claro, intenção reta, e não meramente o desejo de denegrir, de adensar as nuvens negras do clima de suspeita generalizada e de náusea perante tantos abusos e faltas de ética e mesmo de tanta atividade criminosa. Um mundo visto pelas notícias dos dadores de más notícias que são alguns *media* (há países em que isso chega ao paroxismo) é, realmente, uma muito razoável prefiguração do inferno.

Não se pretende, evidentemente, uma comunicação social bem-comportada, atenta, veneradora e obrigada aos poderes. O que não parece que contribua muito para um clima de defesa da democracia (que, obviamente, ao contrário das ditaduras, não pode ser defendida com hipocrisia e encobrimento) é a insistência em insinuações, suspeitas, e mesmo teorias da conspiração, que não são provadas, ou são mesmo refutadas. A existência de uma “instituição” como o “Polígrafo”, que vai averiguando se certas notícias são verdadeiras ou falsas, independentemente de poder (*humanum est*) eventualmente errar ou não conseguir veredictos cabais por vezes, é muito eloquente de como se sente a necessidade de tirar teimas e esclarecer boatos, rumores, notícias mais ou menos bombásticas – e muito nocivas para algumas pessoas ou instituições. E muitas se revelam falsas, ou parcialmente falsas.

Acusar-se, por exemplo, o parlamento de sede de negociatas seria coisa para ser seriamente tirada a limpo. Não acreditamos nisso. Mas é repetido por alguns. Acusar-se algumas profissões de mordomias, como, por exemplo, férias de nababos, ou seja, de ganhar sem trabalhar, seria bom averiguar. Por exemplo, seria bom um contra-ataque de quem é visado (que normalmente se julga intocável, na sua torre de marfim e na sua tranquilíssima consciência). Por exemplo, quando criticam os professores universitários como sendo uns ociosos que só dão aulas uma dúzia de horas por semana e têm não sei quanto tempo de férias (hoje, férias mesmo, são quase só agosto), seria bom que se mostrasse o que é o verdadeiro quotidiano de escravatura do professor universitário normal, o que tem de corrigir de trabalhos, de exames, de atendimento e orientação de estudantes, de conferências, e de investi-

gação, elaboração de artigos, livros, e outros materiais. É apenas um exemplo, que conhecemos bem.²¹

Corroer a confiança e o prestígio de algumas profissões e cargos, como a docente, desde logo, é deixar lugar a quê? Que sociedade pode sobreviver sem um imaginário tranquilo quanto a quem pelo menos ensina, legisla, julga, cuida do policiamento, da defesa nacional, da saúde? Como pode uma democracia contar com o maior sustento de si própria, que é a fé e a esperança dos cidadãos, se eles desconfiarem ou mesmo já nem sequer desconfiarem, de profissionais e magistrados essenciais para o funcionamento normal das instituições?

Há um aspeto importante a ter em consideração nestes ataques. É que muitas vezes eles partem de informações incorretas sobre que laboram as opiniões e notícias dos jornalistas (ou dos políticos, que as passam aos jornalistas), ou deturpadas e já trabalhadas cavilosamente, ou, pura e simplesmente, decorrem de falta de formação cultural ou técnica do setor a que se dirigem as críticas. Políticos e jornalistas não podem ser, cada um deles, especialistas em tudo. Mas se vão criticar a política de saúde têm de saber algo de saúde, se vão zurzir a justiça, deveriam saber algum direito, se vão desancar os professores, seria desejável que soubessem algo de educação. Ainda há não muito havia, ainda há, alguns grandes jornalistas e políticos que têm sólida preparação sobre as matérias que tratam. Mas o amadorismo, a improvisação e o “achismo” também, pelo mundo fora, encontram muito eco em que tem o enorme poder de dispor da palavra e da a transmitir aos outros. É inacreditável que coisas essenciais (para entender muitas notícias mediáticas – ou o que lhes subjaz), como, por exemplo, as competências dos tribunais, a separação dos poderes, os mecanismos de (in)constitucionalidade, as garantias processuais mais elementares, ou os prazos processuais, possam ser confundidos, mal interpretados, ignorados (e até mistificados) por alguns desses atores fulcrais no espaço públicos. Chega a ser chocante que alguns deles possam esgrimir argumentos, ou tecer críticas, contra estes ou aqueles – endossando ou assacando responsabilidades, criando álibis, ou, simplesmente, chamando a atenção do público e fazendo barulho – sem qualquer razão, objetivamente, porque tudo confundindo, porque coisas essenciais desconhecendo (ou fingindo ignorar e agindo como tal). Para alguns, que ignoram (ou fingem ignorar) as regras do jogo institucional da nossa civilização, demoliberal desde há mais de dois séculos, o ideal pareceria ser que qualquer decisão política fosse alinhada com o seu preconceito particularista, e, se acaso se atrevesse a não o ser, houvesse um corpo de polícia (ou magistratura – mas, na verdade, seria uma outra coisa já), que alinhado precisamente com o seu dogma, anulasse o decidido e punisse os prevaricadores. Independência dos Tribunais, separação do Estado das Igrejas, distinção entre atos políticos e atos jurídicos, etc., não são tecnicidades que só inter-

²¹ Cf., v.g., o nosso livro *Direitos Fundamentais. Fundamentos & Direitos Sociais*, Lisboa, Quid Juris, 2014, p. 313 ss.

essem os juristas. Quem pretende ter um protagonismo sério na Pólis não pode ignorar estas regras – e muitas delas, a virem a ser dispensadas num mundo futuro, certamente seriam um contributo de tomo para uma distopia tenebrosa. Foram sendo regras que a experiência dos despotismos foi criando como espaços de liberdade. Já houve tempo em que política e direito se misturavam, com este a ser servo daquela; já houve tempo em que se mesclava o poder do Estado e o da Igreja, sempre com péssimos resultados – ao ponto de já Jesus ter mandado dar *a César o que é de César e a Deus o que é de Deus*; já houve momentos em que os Tribunais, normais ou revolucionários, fizeram o que os poderes lhes mandavam fazer. Será isto que, noutras vestes, com outra roupagem, alguns agora pretendem? Seria um enorme retrocesso civilizacional.

Infelizmente, as instituições não se encontram preparadas para responder a estas situações, e uma certa cultura (em geral muito positiva) de *self restraint*, em alguns casos, talvez até aconselhe a que nem se responda. Mas as instituições ficam assim indefesas e expostas, e para os leigos que assistem, a culpa é de quem pode não ter culpa nenhuma, porque as coisas funcionam mesmo assim... como funcionam. Coisa diversa é querer mudar a forma como funcionam, *de iure constituendo*.

Pois, evidentemente, que se noticie, que se ponham todos os dedos em todas as feridas. Mas daí a processos de intenção gerais e estigmatizadores sobre pessoas, classes de pessoas, ou instituições, vai um abismo.

Parece haver um enorme complexo em algumas sociedades (entre as quais a nossa, que Teixeira de Pascoaes já considerava ser de pessoas invejosas) a que chamaríamos *complexo da camisa lavada*. Não se suporta ver o vizinho “com uma camisa lavada”. Se alguém sobressai, se alguém é promovido, logo se vai procurar ou inventar algo que deslustre, desdoire, a dita personagem. A verdade é que seria complicado que alguém estivesse em condições de atirar a primeira pedra. Mas, como é óbvio, em muitos casos se atira a pedra e esconde a mão. Ou já nem há pudor sequer para isso, uma vez que o visado fica sempre machucado e amesquinhado – como bem sublinha a ária *La Calunnia*, do *Barbeiro de Sevilha*, de Rossini. E não tem, as mais das vezes, nem tempo, nem armas, para poder sequer defender-se.

Citemos Pascoaes, e apenas numa amostra do que relata:

A vil tristeza apagou-nos o carácter, o dom de ser. Somos fantasmas querendo iludir a sua oca e triste condição. Por isso, o valor alheio nos tortura, revelando, com mais clareza, a nossa própria nulidade. A inveja é ainda uma reacção do indivíduo contra a morte; e a calúnia é a sua arma... (...) A Inveja! Nós vêmo-la, nas trevas, farejar: é um

esqueleto de hiena visionando um cemitério. (...) ladrou furibunda aos calcanhares de Camões e de Bocage.²²

E note-se que nem Camões nem Bocage jamais “nadaram em mar de contentamentos”. A hiena invejou, prejudicou, não pela boa vida que nunca tiveram, nem um nem outro, mas porque se sentiu ferida no seu amor-próprio pelo génio dos dois vates.

Este complexo é um dos calcanhares de Aquiles clássicos da democracia. Já na Grécia Antiga fazia a sua aparição com a instituição do ostracismo. Ainda aparecem hoje cacos arqueológicos com o nome de Péricles, que poderia ter sido apeado do governo de Atenas se os votos dos invejosos tivessem sobrepujado a sua habilidade política (e a de Aspásia). E, por exemplo, em *Maquiavel e a Dama*, Somerset Maugham²³ comenta o problema lateralmente, a propósito do célebre Secretário florentino. O grande problema é quando a democracia não valoriza o elemento de responsabilidade e ética por parte dos cidadãos, e se resvala para as paixões da massa, com a imposição da força das opções inconscientes dela a todos, mesmo aos mais pensantes (“uma necessidade de bronze – uma lei de bronze – levá-lo-á a fazer aquilo que a multidão aprova”²⁴). Por tudo isso, na Hélade, já Aristóteles, na *Política*, registava um sentido decaído de “democracia”, não com o significado positivo que ainda tem hoje, mas com um sentido mais próximo da demagogia e da massificação. E assim é que já Platão (que, contudo, era inclinado a fórmulas aristocráticas) intitula o seu grande diálogo sobre a política e justiça *Politeia* – ou seja, *República*. Ainda no século XVII e inícios do séc. XVIII (dependendo dos lugares e dos círculos), havia quem ironizasse sobre a democracia. E mesmo hoje não há quem, do alto do seu preconceito ou do seu pequeno poder, pergunte: “Será que isto é uma democracia?”, para, no fundo, querer dizer que não é, nem pode ser. Pelo menos nos limites do poder dessa pessoa, que não a preza, nem a respeita.

A criação de um clima generalizado de descrença na democracia, pela instauração de um hálito comum de suspeição e desprestígio das instituições, mesmo das ainda há não muito “acima de toda a suspeita”, é uma situação favorável a todas as mais perigosas aventuras anticonstitucionais. Porque quem decida atravessar o Rubicão julgará contar com o apoio de uma população indignada com uma corrupção a todos os títulos que vê martelada por fazedores de opinião.

²² PASCOAES, Teixeira de — *Arte de Ser Português*, nova ed. com prefácio de Miguel Esteves Cardoso, Lisboa, Assírio & Alvim, 1991, pp. 100-101.

²³ MAUGHAM, William Somerset — *Maquiavel e a Dama*, trad. port., Lisboa, Livros do Brasil, reed. de 1992.

²⁴ PLATÃO — *A República*, VI, 493, d).

Os grandes meios de comunicação social, porém, sabem muito bem que o não entrar por essas diatribes, pessoais ou anti institucionais, é uma pedra de toque da sua qualidade, estilo e grandeza. Os que se deleitam com mexericos e verrina, têm material que os satisfaz em abundância; os que querem factos claros e inteligentes interpretações, ainda que vigorosamente críticas, felizmente ainda têm também onde procurá-los.

Por outro lado, embora a democracia não possa descansar nessa ténue consolação (e deva vigiar), vai um passo de gigante entre uma certa náusea com os vícios (reais ou inventados) da democracia e o fervoroso apoio a uma ditadura. Seria preciso uma situação terrível para que esta última recolhesse os sufrágios populares. Por isso é que tempos complicados, como a grave crise económica e social que já começa, na sequência da pandemia, são um desses “quanto pior melhor” que agradam aos extremistas. As repercussões da pandemia podem rapidamente enlouquecer as pessoas na miséria.

Nada do que aqui se diz é novidade. Basta aprender as lições da História. Basta que os moderados, os democratas, sejam suficientemente tenazes e imaginativos para defenderem o nosso comum modo de viver, a nossa civilização, contra qualquer barbárie que nos desejem vender, ou impor. Tal corresponde ao mais estrito dever de cumprir e fazer cumprir a Constituição e as Leis da República. Um dever de todos, e mais ainda dos que a tal dedicam a vida, os juristas. *Basta*, parece pouco. Mas é muito.

E quanto aos moderados, o problema é que terão certamente que sair das meias-tintas. São necessários planos imaginativos e robustos, para aplicar mesmo.²⁵ Não deixa de ser interessante que alguns multimilionários, em julho de 2020, já pediram para que haja mais pesados impostos sobre as grandes fortunas. É um princípio, mas não chega dinheiro. É preciso usá-lo bem, pô-lo a render e a beneficiar diretamente quem precisa e muito vai precisar num futuro próximo. É um tempo em que são realmente precisos estadistas, com rasgo e visão, e não meros gestores do quotidiano, ou sequer da crise... A crise, desta vez, é mesmo a sério e o momento realmente kairológico.

VI. Democracia e Civilização

A democracia não é, realmente, uma simples forma de governo, que a teoria e a história desgraçadamente contam, demasiadas vezes, perverter-se em demagogia e

²⁵ Sem entrar no mérito, não deixa de ser *bene trovato* e bem escrito o artigo de TAVARES, Rui – *O nosso plano de recuperação é um cozido à portuguesa*, in “Público”, 13 de julho de 2020, p. 40.

anarquia, para logo vir a ser restabelecida uma certa forma de ordem (ordem desordenada na sua essência, porque apenas formal, aparente), sob a forma da tirania, da autocracia, da ditadura. Mas é por sabermos que as democracias são frágeis que não podemos continuar a agir como se fossem sólidas como os rochedos. Um vento de população, à voz de um demagogo, faz tremer, se não derrubar, as estacas débeis em que assenta todo o edifício, barroco e pesado, porém.

Não sendo mera forma de governo, dizíamos, a democracia é uma forma de convivência social, e é a síntese da nossa atual “civilização civilizada”... É pela democracia e nela que prospera a liberdade artística (que contudo pode entrar em loucuras para tentar *épater le bourgeois*), assim como a económica (até excessiva, libertina, quando desregulada), tal como a vida normal, com tantos – e tão imprescindíveis – direitos, liberdades e garantias que os respiramos como se fosse o ar normal da existência. Ora é nesse mundo, certamente com exageros e defeitos muitos, que vivemos, e que se pode sonhar com alguma Paz, Fraternidade e Felicidade.

Frequentar as utopias negativas ou distopias (plasmadas em obras de ficção literária, dramática, cinematográfica) é muito útil para tentar fazer entender o que seria um mundo em que estes princípios e valores do Estado Constitucional (a forma jurídico-política mais perfeita a que até hoje se conseguiu levar a democracia²⁶) fossem esquecidos. No nosso *Constituição, Direito e Utopia*,²⁷ principalmente, fizemos um vasto levantamento quer de positivas quer de negativas “cidades ideais”, que nos elucidaram muito sobre a grande verdade do dito, atribuído a Churchill, sobre a democracia: algo como “O pior de todos os regimes, à exceção de todos os outros”. É, na verdade, de longe, o melhor, e o único que possibilita à sociedade civil e à pessoa desenvolverem-se livremente, sem o horrendo e caricatural desejo de formatar a vida das pessoas, de as fardar, arregimentar, robotizar.

A erosão constante da credibilidade das instituições, o desafio até a normas de simples proteção social imediata, como as que regulam a circulação e os ajuntamentos em tempos de pandemia, não tanto ferem a *potestas* do Estado (a coatividade lá se vai exercendo), mas sobretudo mina a sua *auctoritas*. Claro que a autoridade democrática tem uma legitimação pelo título e tem de a ganhar também, todos os dias, pelo exercício. Não é um *argumentum baculinum*, é uma pedagogia cívica, mas que não pode excluir formas adequadas e proporcionadas de firmeza, quando necessária. Uma civilização que apenas se autocompraz e deleita nos *gadgets* da tecnologia, em que a ideia de cooperação, solidariedade, e mesmo necessária obediência a leis justas e oportunas está muito ausente das preocupações hedonistas

²⁶ HÄBERLE, Peter — *El Estado Constitucional*, estudo introdutório de Diego Valadés, trad. e índices de Héctor Fix-Fierro, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

²⁷ *Constituição, Direito e Utopia. Do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas*, Coimbra, Faculdade de Direito de Coimbra, Studia Iuridica, Coimbra Editora, 1996.

de largas massas (que não pensam senão em como desconfinar, ir para praias, bares, discotecas e afins), é uma civilização que, compreensivelmente, nem goste muito de assim se chamar, e prefira caluniar a própria expressão como etnocêntrica, imperialista, *démodée*, etc.. Para que quer saber de Civilização quem não ultrapasse as preocupações superficiais e imediatistas? Conhecem-se de há muito as técnicas, e até os reflexos condicionados de descrédibilização de quem pretenda alguma ordem, alguma superação do humano, alguma ética. Ora sabemos muito bem do uso burguês da democracia, dos seus vícios eventuais, do uso preconceituoso e imperialista da expressão Civilização, do uso idealista e até ilusionista da Humanidade, do Humanismo, da própria ideia de Homem. Mas não é de nada disso que se trata. Se quiséssemos levar ao extremo a purificação da linguagem, para não esbarrarmos nos contratempos dos mal-entendidos e dos mal-intencionados, que a manipulam *pro domo* e que desejam atacar e descrédibilizar, estaríamos na situação aporética do Senhor Marquês de Saint Cyr, na sequência da Revolução Francesa. Corria então o ano de 1793: intercetado num posto, pediram que se identificasse. Primeiro, já não havia mais “Senhores”. E logo o seu nome teve de ir sendo resumido, e chegou a nada, dada abolição da nobreza (Marquês), da santidade (St. -Saint) e do tratamento de “Sire”. Teria pedido então que os revolucionários o batizassem, porque se lhe haviam esgotado os nomes.²⁸

A corrosão da *auctoritas* não visa apenas os titulares dos órgãos de soberania, nem esses mesmos órgãos. Notícias sucessivas, a que se sucedem rumores de café (os cafés já abriram – mas vem de muito antes da pandemia), esfalfam-se a denegrir, como voltaremos a ver, todos os que não se afundem nos baixos salários, nas pensões de miséria, numa existência totalmente anónima e sofredora. Mas não se pense que se trata de uma reação pelos pobres, humilhados e ofendidos, explorados e segregados. Fica-se com a ideia de que, quando esses são invocados, funcionam mais como pretexto e carne para canhão de argumentos que como vero objeto de compaixão (o que já seria moralmente condenável). Muito menos são protagonistas, sujeitos da crítica à sua situação. Aliás, a muitos parece nem particularmente chocar a pobreza, a desigualdade, a miséria moral. É contra os supostamente bem na vida que se vira o seu exercício de pretensa justiça, mas que não é senão inveja. E depois, se se pode invejar facilmente um banqueiro ou um político multimilionário, é curioso como as igualmente multimilionárias estrelas do espetáculo ou do desporto não costumam ser incomodadas. Crê-se ser um problema de demagogia: é fácil pintar um banqueiro (ou um político) como “mau da fita”, mas como tocar na aura sagrada dos ídolos dos tempos atuais? Pode haver um ou outro escândalo no desporto (nomeada-

²⁸ Cf., v.g. in *The Athenaeum*, vol. XII, ed. eletrónica in https://books.google.pt/books?id=Bt8XAQAIAAJ&pg=PA298&lpg=PA298&dq=marquis+d e+saint+cyr+anecdote&source=bl&ots=w1MIBgHSMe&sig=ACfU3U0pqapGOveO_wi_7PYP GMtVQU9M6Q&hl=ptPT&sa=X&ved=2ahUKEwisyJHRtszqAhWJZMAKHU9CBIwQ6AEw AHoECAsQAQ#v=onepage&q=marquis%20de%20saint%20cyr%20anecdote&f=false.

mente, no nosso quadrante cultural, o futebol), mas tal não parece afetar a grande instituição que é praticamente a única “transcendência” além da labuta quotidiana para muitos. De modo semelhante, também os escândalos no mundo do espetáculo não desportivo parece serem mais motivos de *glamour* que de choque para quem quer que seja.

E depois, em contrapartida, há alguns figurantes de terceira ou quarta linha que são preferenciais “bombos de festa” populista: curioso que não tanto se critica a educação (que vai fazendo o seu papel aculturador politicamente correto, pela normal docilidade dos docentes – ao que parece), mas os professores: a quem se vilipendia por mordomias que não têm a dimensão nem o significado que se lhes assaca, e que, na verdade, em muitos casos nem existem. Advogados, deputados, gente de colarinho branco e gravata não é do agrado dos populistas. Uma sociedade permanentemente induzida a reprovar e até a escandalizar-se contra os seus governantes, os seus legisladores, os seus agentes jurídicos, a administração pública, os docentes, é uma sociedade descontente, e, certamente, ainda mais doente na imagem que de si faz que na realidade da sua verdadeira situação. Recorde-se como os *cahiers de doléances*, com o incitamento a por por escrito as queixas dos franceses, foi um dos rastilhos que incendiaram os espíritos para a Revolução Francesa. Só que, aqui, não se trata de ter consciência de males, mas, em alguns casos (não se nega que haja males), a criação de um clima de descrença e rejeição da ordem instituída. Não é por acaso que o fantasma da corrupção é sempre agitado antes de se promover uma alteração do *statu quo* de tipo golpista. Os candidatos a ditadores são sempre, quando apenas candidatos, muito impolutos e indignados com a corrupção, de que depois usufruem, promovem, ou, pelo menos, acobertam – salvo raras exceções, se algumas. Nenhuma sociedade consegue prosperar e mesmo resistir muito a uma política do espírito de envenenamento contra si mesma. *Omnis civitas contra se divisa non stabit*. Ninguém, pluralista, democrata, deseja um unitarismo totalitário. Mas a sistemática guerra civil permanente também não é solução.²⁹ A solução é a pacífica convivência democrática, com aceitação por todos das regras do jogo.

Estamos, pois, perante um problema civilizacional muito sério. Porque a civilização democrática, que implica também legado histórico e a identidade cultural, que pressupõe uma política de verdade e pluralismo, e não um paternalismo infantilizador pretensamente para bem dos povos, está sob o fogo cruzado de um velho totalitarismo, que mal disfarça (ou nem isso) as suas origens, e um novo totalitarismo que, mal chegado a Portugal, esboça a conquista (técnica gramsciana – mas Gramsci não tem culpa nenhuma) da intelectualidade para uma correção política que transformaria o mundo num jardim infantil assético, sem História, educador de marionetes bem comportadinhas, segundo uma distopia tenebrosa.

²⁹ ENZENSBERGER, Hans Magnus — *Aussichten auf den Bürgerkrieg*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, trad. cast. de M. Faber-Kaiser, *Perspectivas de guerra civil*, Barcelona, Anagrama, 1994.

Será que há forças morais e energia para, com determinação e *auctoritas*, com eloquência e sem o *nem-nem-ismo* acomodado (recordemos Barthes³⁰) das democracias crepusculares, fazer crescer, entre Cila e Caríbdis, a alternativa democrática, evitando o afundamento da Civilização, pelo menos, como diziam os britânicos, “as we know it”? Não se trata apenas de o esperar. É preciso, é vital, fazer por isso. Pode não ser (com sorte) ainda a nossa sobrevivência pessoal. Mas é a do mundo que os nossos antepassados de sangue e os nossos maiores espirituais sonharam, e que nós deveríamos ter melhorado, não deixando arruinar, às mãos de ditadores desta ou daquela cor. Com bota cardada, ou luva de seda... Com voz grossa ou falinhas mansas... confluindo tenebrosamente para um mesmo fim.

Dito isto, é óbvio que algumas das causas pontuais de uns e outros são eventualmente legítimas. Nenhum democrata quer a corrupção, assim como nenhum democrata quer a discriminação de qualquer grupo. Mas usar a corrupção como forma de conspirar a natureza da própria instituição parlamentar ou outra, ou a discriminação para criar novas castas de privilegiados (que pretensamente fariam em nome desses grupos – e não estamos sequer a referir-nos a uma bem calibrada utilização da ação afirmativa) são formas consabidas de usar boas causas para fins nada positivos e nada desinteressados.

Temos dito e repetido que a democracia tem de fazer uma profunda autocrítica. Se está hoje sob estas ameaças, foi porque se esqueceu das suas dimensões ética e pedagógica, limitando-se ao formalismo ritualista da vertente técnica, que tudo reconduz às voltinhas da eleição. É muito pouco. É verdade que da I República para a II República (o Estado Novo não foi república, apesar de não ter sido monarquia), aquela em que estamos, muito se progrediu no plano da intervenção social do Estado. Mas não chega. Nem no plano simplesmente social (de equipamentos e facilidades coletivas), nem na Educação, que é a saúde da alma.

Nem por isso a Economia, sempre real prioridade das prioridades de Gregos e Troianos, conseguiu estruturalmente melhorar assim tanto. O breve milagre económico pós-troika terá ajudado a atenuar o ulterior desastre do Coronavírus, mas baseou-se excessivamente no turismo, que a pandemia seriamente afetou, e sabe-se lá por quanto tempo – certamente muitíssimo, sempre demasiado. Não seria o momento de a Democracia entre nós fazer um simultâneo esforço de luta pela sobrevivência e criação de bases para uma formação sólida dos cidadãos, além do mais única capaz de alicerçar os fundamentos pessoais e sociais de uma Economia verdadeiramente independente?

³⁰ BARTHES, Roland — *Mythologies*, Paris, Seuil, 1957, ed. port., *Mitologias*, trad. José Augusto Seabra, Lisboa, Edições 70, 1978.

Há toda uma reforma de mentalidades a proceder. E não apenas entre nós, mas na nossa Civilização, que, reconheça-se, está doente, de materialismo, argentarismo, egoísmo. A pandemia teria sido, ainda é, uma oportunidade para repensar as prioridades, e reformar profundamente as coisas. *Mudar de vida e mudar a vida*. Trata-se, assim, de uma regeneração civilizacional no seio da mesma, da nossa civilização. Não de cortar com ela, de a varrer do mapa e até da memória.

VII. Direito Constitucional, defesa da Democracia e da Civilização Democrática

O Direito Constitucional tem, nesta encruzilhada, um papel que nem caberia enaltecer ou sublinhar, por tão óbvio.

Estamos perante, por um lado, tentativas, em alguns casos já avançadas e até concretizadas, de subversão de ordens constitucionais legítimas, por erosão institucional, por *faits accomplis*, por implosão antidemocrática. Não se excluindo a possibilidade de, em crescendo, e aproveitando a crise pandémica e suas consequências económico-sociais, poder haver ações mais violentas e golpistas. É a ordem constitucional que periga com propostas anticonstitucionais e inconstitucionais graves, que colocam em causa os próprios fundamentos dos Estados de Direito democráticos em que vamos vivendo na nossa Civilização.

Estamos igualmente frente a casos múltiplos de violação ou apelo à violação de Direitos Humanos e Fundamentais, que são obviamente Direito Constitucional (nacional ou internacional), que vão desde os direitos de personalidade, aos de minorias, mas que, na verdade, são ataques transversais a todo o tipo de direitos constitucionais: desde os que colocam em causa liberdades políticas, aos que gostariam de extinguir os direitos sociais, aos que promovem ódios e discriminações contra grupos sociais-alvo, bodes expiatórios, em função de qualquer dos elementos distintivos constantes do n.º 2 do art. 13.º da Constituição da República Portuguesa.

Também são ataques aos Direitos Humanos e Fundamentais os que colocam em causa o património histórico, a língua, a independência nacional nas suas diversas dimensões democráticas e progressivas, a família, a educação e a cultura, etc., nomeadamente procurando formatações culturais e educativas utópicas (distópicas), em consonância com modas exógenas de alguns círculos intelectualistas, que nem sequer representam os países em que se desenvolveram e donde se exportaram. Na consideração destas dimensões, é de muita importância o relevo dado a direitos, um tanto obnubilados, na obra *Derechos Humanos*, de Francisco Puy.³¹ É interessante notar que, sendo os direitos sempre virtualmente conflituantes em alguns casos con-

³¹ PUY, Francisco — *Derechos Humanos*, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, 3 vols., 1985.

cretos entre si (e daí o princípio coordenador e superador de antinomias da concordância prática), também existe uma supervalorização de alguns direitos face a outros, conforme os tempos, os lugares e os grupos sociais. Não é que ocorra, como quiseram alguns, no rescaldo da aprovação da Constituição (compromissória) de 1976, em Portugal, que uns direitos consagrados constitucionalmente sejam verdadeiros direitos e outros não: os direitos sociais, económicos, culturais, ecológicos e de convívio e respeito social entre grupos e filosofias de vida não são menos direito que os direitos, liberdades e garantias de raiz liberal. Nem podem, de modo algum, ser considerados “normas constitucionais inconstitucionais”.³² Constituições compromissórias, como a nossa, não podem deixar de ser lidas todas, na sua globalidade e no equilíbrio entre os seus diversos elementos. Contudo, não deixa de ser uma realidade patente (embora pouco ou quase nada observada) que há como que “modas” de direitos, ou alguns grupos procuram promover certos direitos mais que outros, ou resolver as antinomias mais a favor de uns que de outros. Tudo isso é natural, dentro de uma situação de conflitualidade aberta e permanente, como é a das sociedades democráticas, e não de guerra camuflada e sufocada pela força, como ocorre nas ditaduras, e mais ainda nas totalitárias.

Estando em causa, sobretudo, vários tipos de direitos, uns mais do âmbito cultural, e outros mais do domínio político (alvo os primeiros sobretudo do politicamente correto e os segundos especialmente do populismo), é óbvio que os defensores da Constituição (não apenas os institucionais, como cada cidadão responsável, que o deve ser) necessitam estar vigilantes. E não só: porque não são apenas os direitos que estão em causa, mas a própria Constituição, a própria ordem política e jurídica de que a Constituição é expressão máxima. Porque não escondem uns, e pressupõem obviamente outros, que, na sua cidade ideal a construir, sobre os escombros da nossa Civilização, não poderá ainda estar vigente qualquer tipo de Constituição como as que governam os Estados democráticos de Direito de hoje.

Não poderia deixar de assim ser. A Constituição é cultura viva (recordemos Peter Häberle), feita Direito que, já em si, é “medicina da cultura”. Não se trata apenas de um nicho do real, com atinências eventuais, ou mesmo remotas, com a vida das pessoas comuns, como quando as Constituições eram somente “constituições políticas”, quase se limitando a traços gerais das regras do jogo da obtenção, manutenção e perda do poder central. As Constituições são hoje Constituições das Repúblicas. Ou seja, constituem, fundam, legitimam e regulam o todo (abstendo-se, contudo, de totalitarismos – ao invés, devendo combatê-los) da vida social, da *res publica*. São, obviamente, um fenómeno de civilização.

³² BACHOF, Otto — *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, trad. portuguesa de J. M. Cardoso da Costa, Atlântida, Coimbra, 1977.

Perante a crítica nacionalista a um Tribunal Constitucional Internacional, Yadh Ben Achour riposta que um computador poderia facilmente (e empiricamente, mesmo sem ele, também tal se poderá fazer) comparar as constituições dos países democráticos. E, na verdade, essas constituições, que são hoje amplamente dominantes e majoritárias pelo mundo fora, têm muito em comum. É possível encontrar uma constituição universal, um direito constitucional universal, comum, apenas através desse exercício de comparatismo.

O que é isso senão a consubstanciação, no Direito, de valores e princípios civilizacionais comuns?

VIII. A Civilização Democrática e os seus Inimigos. O Anti-Universalismo

A Civilização democrática é herdeira e consubstanciação hodierna de um legado poderosíssimo, riquíssimo, que não se compreende como tarda tanto em defender-se com denodo, à parte algumas vozes legitimamente indignadas, que têm saído a terreiro. Mas tal é muito escasso. E sabemos como a barbárie populista pôde, em pouco tempo, aniquilar democracias. É certo que se encontravam então claudicantes, frouxas, demasiado autoconfiantes, e assim muito vulneráveis. Como estará a saúde e vitalidade das nossas presentes democracias?

Nunca tivemos um desafio tão dissolvente como o do politicamente correto. Sem desprezar o perigo populista, há neste outro perigo uma porosidade viral, uma subtilidade que conquista mentes inteligentes e corações generosos, idiosincrasias que só agravam o perigo. Enquanto o populista tem como público a plebe moderna que a democracia não acolheu, antes marginalizou, o politicamente correto seduz, neste momento, como dissemos, algumas almas intelectuais, sensíveis e subtis. Depois passará, certamente, às massas.

Não deixa de ser um perigo adicional que os partidos e as pedras vivas tradicionais se possam deixar seduzir ou enganar por uns e outros.

O perigo populista estará, para já, sobretudo, em possíveis alianças, em que forças oportunistas (como já ocorreu) levem ao poder grupos populistas que, sozinhos, não o conseguiriam conquistar por votos.

O perigo politicamente correto (maior ainda, porque mais subtil), reside na conquista de muitos espíritos de lideranças de forças de esquerda que, tendo em alguns (ou muitos) aspetos renunciado a um programa social avançado, de algum modo parece procurarem compensar essa aproximação objetiva ao centro ou à direita com bandeiras civilizacionais contrárias à tradição comum da nossa Civilização. Abraçando causas mais ou menos bizarras ou lateralíssimas, inoportunas e até impopulares, e

dando-lhes uma caução de seriedade. Enquanto se emburguesam social e economicamente, parece quererem dar um ar da sua graça com causas que não são tradicionalmente as suas. E que chegam mesmo a desacreditar a sua credibilidade. Citemos um exemplo de um horizonte ideológico muito distante do nosso, mas que parece vir, de algum modo, a propósito: não terá sido por acaso que mesmo um anarcossindicalista como Emídio Santana terá reagido mal, no seu tempo, a proposta de renovação do grafismo do jornal “A Batalha” com argumentos de novas estéticas e movimentos, como o dadaísmo.³³

Sem qualquer fundamentalismo ou conservantismo estético-político (teria sido certamente interessante essa renovação de design), este episódio simbolicamente parece-nos recordar que há identidades ideológicas que se manifestam mesmo (até certo ponto) em formas estéticas. Que fará a dissolução da coerência de alguma direita democrática em conúbios pouco coerentes, ou da esquerda (quase toda ela) em causas que a sua cosmovisão abrangente e universalista (com os matizes próprios de cada grupo, naturalmente) não compreende, não abrange!

Porque, na verdade, uma das características mais salientes do politicamente correto é a frontal oposição (ainda que nem nisso muitas vezes pense, nem diga) ao legado universalista da Hélade (mãe de Roma – constituindo, como se sabe, a mãe e a filha, o Classicismo Antigo), do Cristianismo, do Humanismo e do Iluminismo,³⁴ de que o pensamento liberal, democrático e social são, de uma forma ou de outra, herdeiros.

³³ Documentário RTP, <https://www.rtp.pt/programa/tv/p39160>, programa emitido em 9 de julho de 2020.

³⁴ Cf., por todos, para alguma perspetiva, a partir de uma reflexão atual, destas fontes da nossa hodierna civilização, JAEGER, Werner — *Paideia, Die Formung des Griechischen Menschen*, Berlin, Walter de Gruyter, 1936, trad. port. de Artur M. Parreira, *Paideia. A Formação do Homem Grego*, Lisboa, Aster, 1979; KÜNG, Hans — *O Cristianismo. Essência e História*, trad. port., Lisboa, Temas e Debates, 2012; PINKER, Steven — *O Iluminismo Agora. Em Defesa da Razão, Ciência, Humanismo e Progresso*, trad. port. de Sara Totta, Lisboa, Presença, 2018. Apesar de haver belíssimos estudos sobre os vários sentidos e contributos do Humanismo (*et pour cause?*) não nos conseguimos decidir por um livro que o representasse, no mesmo plano dos outros. Em todo o caso, importa sublinhar que temos bem consciência de que a escolha de um único título para os demais pilares é obviamente um exercício de síntese e um risco. Mas uma nota com uma profusão enciclopédica erudita com inúmeros títulos de que valerá? Estamos num tempo em que mesmo os intelectuais não podem, não têm tempo sequer, para ler muito. E é necessário fazer escolhas. A profusão bibliográfica pode cair ainda bem em alguns círculos académicos mais tradicionais. Mas, qualquer estudante de hoje o sabe por experiência própria, raramente esse aparato chega a ser consultado mesmo. Acaba por ser, na melhor das hipóteses, um guia de leitura a visitar futuramente, em caso de necessidade concreta de estudo daquele específico tema. E voltamos a ter que fazer uma precisão: com isto não se está a advogar a facilitação, o facilitismo, o laxismo ou a tese dos “resumos” de nível rudimentar e superficial. Sobre as origens do pensamento moderno em geral, cf., v.g., SILVAIN, René — *Les Origines de la pensée moderne*, Paris, La Colombe, 1963. Continua a ser útil, apesar de muitas obras terem surgido depois. Com um sentido do fluir histórico e de um sentido para a evolução do pensamento filosófico, e de leitura muito agradável é FERRY, Luc — *Apprendre à Vivre*,

Anticlássico, anticristão, anti-humanista e anti-iluminista, o atomismo (por vezes dito “pós-moderno”) do politicamente correto é particularista, é sectário. E isso é muito mais fraturante que a luta de classes, ou outras categorias políticas cuja solução histórica se resolveria dialeticamente numa síntese. A oposição do politicamente correto, ou pelo menos de muito dele, é eterna, parece incansavelmente insatisfeita, e, precisamente ao contrário dos referidos “-ismos”, cada um a seu modo, parece estar de mal com a própria natureza ou condição humana. A luta de muitos revolucionários dirige-se contra formas sociais. A luta do politicamente correto é, sem dúvida, um mal-estar na civilização (para retomar o título de Freud³⁵), mas parece ser, antes de mais, uma revolta contra a Humanidade. Em muitos aspetos instalando uma guerra civil civilizacional, que periga não vir a ter nem vencedores nem vencidos.

O populismo, na sua expressão mais radical (como algumas de que se revestiu no passado) é igualmente um prometeísmo ao contrário, um anti-humanismo radical. Exaltando raças puras, procurando o extermínio de nações e grupos, ou a sua submissão degradante e servil, bem parece uma prefiguração do inferno na Terra.

Há, assim, mais uma vez, uma confluência. Os perigos que rondam a Democracia são os que ameaçam a Civilização, são os que cercam a própria Humanidade. Cada qual só se salva se todas as três se salvarem.³⁶

Traité de philosophie à l'usage des jeunes générations, Paris, Plon, 2006, trad. port. de Véra Lucia dos Reis, *Aprender a Viver. Filosofia para os Novos Tempos*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2007 (também há edição em Portugal).

³⁵ FREUD, Sigmund — *Das Unbehagen in der Kultur*, 1930, ed. fr., *L'Avenir d'une illusion. Malaise dans la civilisation*, Paris, P.U.F., 1971.

³⁶ Normalmente, escritos como este, na sociedade de severa (e certamente aleatória) seleção da difusão dos escritos em que vivemos, estão fadados a escassíssima divulgação, e certamente passarão despercebidos. Se, contudo, chegarem às mãos dos que não gostam, odeiam até, qualquer dos elementos que aqui se louvam e defendem – a Democracia, a Civilização e a Humanidade – obviamente terá o autor a recluir. Todo o tipo de confusões sobre o que dizemos, não dizemos, ou supostamente quereríamos dizer, serão de esperar. Mas não há nada a fazer. De que vale a vida submissa? É dever proclamar o que se pensa ser verdade. Como dizia Agostinho da Silva, não queremos o poder, mas essa liberdade de opinar, no nosso caso perfeitamente limitada pela nossa circunstância. “Hier stehe ich. Ich kann nicht anders. (...)”. Resta reiterar, na sequência de múltiplos livros, artigos, conferências, a nossa fidelíssima crença na Constituição da República Portuguesa, nos seus valores e princípios, e a esperança de que a ordem constitucional vigente proteja eficazmente das pretensas polícias (informais) do pensamento quem exerce a sua liberdade de pensar pela própria cabeça. Desejo que obviamente queremos tanto para nós como para todos, no respeito pelas leis e pela dignidade das pessoas.

Inteligência Artificial na Decisão Jurisprudencial?¹

ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA *

Resumo: A Inteligência Artificial encontra no raciocínio jurídico novas possibilidades de aplicação, ao serviço dos valores da segurança e da certeza do Direito. Todavia, a decisão jurisprudencial não se reduz ao silogismo do “if, then, unless” (se, logo, salvo se), antes faz apelo aos valores e princípios fundamentais do sistema, em conformidade com os quais as normas legais devem ser interpretadas ou até desconsideradas. Sendo a Constituição o parâmetro hermenêutico, suscita-se a questão da sua abertura e estabilidade, e até que ponto a Inteligência Artificial é capaz de substituir o raciocínio e a capacidade de juízo dos seres humanos. Este estudo conclui que a Inteligência Artificial pode ser um valioso auxílio na decisão jurisprudencial, a qual, todavia, envolve dimensões complexas que transcendem as capacidades da tecnologia, tal como a conhecemos.

Abstract: Artificial Intelligence finds in the legal reasoning new possibilities of application, as a tool of legal security and effectiveness. However, the jurisprudential decision is not limited to the syllogism of “if, then, unless”, rather it appeals to the fundamental values and principles of the system, in accordance with which legal norms must be interpreted or even disregarded. Having the Constitution as the hermeneutical parameter, the question arises of its openness and stability, and the extent to which Artificial Intelligence is

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 73-92.

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

¹ Baseado no ensaio «Lex informatica, ius ex machina e justiça artificial» publicado no volume I dos *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves* levados à estampa pela Coimbra Editora.

able to replace the reasoning and judgment capacity of human beings. This study concludes that Artificial Intelligence can be a valuable help in jurisprudential decision, but which involves complex dimensions that transcend the capabilities of technology, as we know it.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; lógica jurídica; princípios jurídicos; normas legais; constituição; juízo.

Keywords: Artificial Intelligence; legal logic; legal principles; legal norms; constitution; judgment.

Sumário: 1. Do mito de Golem ao «Dr Iuris Computer». 2. *If, then – unless or else?* 3. «Virtualidades entrópicas» da IA. 4. Novos princípios e decisão *contra legem*. 5. Validação científica, causalidade e arbitrariedade. 6. O código-fonte constitucional na sociedade de risco. 7. Interpretação da lei em conformidade com os princípios. 8. A criação jurisprudencial do Direito. 9. O papel da Inteligência Artificial e os limites da tecnologia. Referências.

1. Do mito de Golem ao «Dr Iuris Computer»

O progresso científico-tecnológico promete continuar o processo revolucionário, nomeadamente através da tecnologia bioinformática, anunciando-se o ciborgue (Dufresne 1999) com o “casamento de computadores e genes” (Rifkin 2000: 210s), prevendo-se que os “os computadores da segunda metade deste século pouco terão a ver com os computadores de hoje” (Costa & Simões 2004: 562).

No domínio da justiça e da realização do direito, a informatização do procedimento decisório administrativo e judicial é já uma realidade, não apenas no processamento e transmissão de dados, mas também - e sobretudo - na solução de casos. Conseguirá a engenharia informática desenvolver a inteligência artificial emulando o *modus operandi* do *logos* jurídico e realizando, no Direito, o mito de Golem (1580), que “reaparece na «sociedade de informação» de N. Wiener, o pai da Cibernética”, matemático, com a sua *Cybernetic or the Control and Communication in the Animal and the Machine* (1948)” (B. Pereira 1996, 51). Evocando um título de D’Amato, “Can/Should Computers Replace Judges?”.

Os autómatos jurídicos já não são apenas “ficção” (Nagel 1998). A automatização jurídica do direito fiscal e dos seguros de acidentes rodoviários foi há muito defendida e já é prática corrente (Viehweg 1995, Phillips 1995). Na metodologia do direito ressalva-se que o “juiz computador” que “fosse de uma vez só programado per saecula saeculorum causaria “horror até ao positivista mais impávido” (Kaufmann 1997: 121). Todavia, aceita-se que, “quando se trate de fenómenos massivos,

que se apresentam sempre de maneira idêntica [...], *o juiz que decide o caso concreto pode ser substituído pelo computador*, previamente instruído para todos os casos” (Larenz 1983: 282; v. Catala 1998), qual “robot da subsunção” (Ogorek 1986).

Em Portugal surgiram igualmente posicionamentos favoráveis à automatização jurídica (Hespanha 2000, G. Marques 2000), apontando-se o Direito com um campo fértil de aplicação da chamada *algoritmia analógica* (Moles 1990: 49). Outros, porém, manifestaram reservas à sua viabilidade, alegando a incapacidade “semântica” dos computadores (Castanheira Neves 1993: 251-2) ou que o “o «Dr. Iur. Computer» [enquanto] prótese mecânica” não conseguiria “*ajuizar*” os casos (Bronze 1998: 76). Numa palavra, o raciocínio jurídico não seria redutível a um algoritmo onnipotente (Dworkin 1992: 287-9). Ao invés da inteligência artificial, dever-se-ia antes apostar nos “processos naturais da inteligência jurídica” (F. Araújo 1999:71).

Recentemente, no Livro Branco sobre a inteligência artificial, a Comissão Europeia (2020:11-2) apontou a relevância “de soluções de IA para a aplicação da lei e o sistema judicial”, notando que a “IA pode desempenhar muitas funções que anteriormente só podiam ser desempenhadas por seres humanos”. Será a decisão jurisprudencial uma dessas funções?

2. *If, then – unless or else?*

O sistema jurídico é constituído, fundamentalmente, por normas legais, as quais têm normalmente uma estrutura lógica semelhante à informática: *if, then – unless or else*. Se *x*, logo *w*, *a menos que y (ou salvo se)*, então *k*. Isto é, têm uma hipótese, que prevê a situação típica, e uma estatuição, que estabelece a consequência, ambas se fundindo por via de uma “cópula” ou “nexo que as une” (S. Justo 2003: 142).

Todavia, a lei utiliza amiúde conceitos indeterminados ou cláusulas gerais (por ex. bons costumes), cuja determinação e concretização é tarefa do intérprete. A programação informática poderia suprir alguma porosidade linguística da lei, indexando tais conceitos indeterminados e cláusulas gerais a bases de dados jurisprudenciais e doutrinárias processadas em termos de encontrar uma posição dominante ou maioritária.

Há casos que o sistema logicamente programado não prevê e para as quais não provê solução. São as chamadas lacunas, no sentido de casos omissos. O modelo «se, logo» não reconhece casos que não se subsumem aos conceitos previstos no programa da lei, mas que não deixam de ser juridicamente relevantes, reclamando disciplina análoga à prevista para situações reguladas pela lei, em virtude de nele procederem as razões justificativas dessa disciplina legal (*eadem ratio*), como prescreve

o Código Civil (art. 10.º, 2), tarefa que “exige toda a finura por parte do intérprete” (Ascensão 1997: 446).

Estas situações exigem uma programação mais complexa, alargando a hipótese da norma a situações afins, como, por exemplo, programando o sistema no sentido de abrir o regime de uma norma com base no argumento *a fortiori*, por maioria de razão, ou *ad maius ad minus*.

As possibilidades de alargamento da norma poderiam, todavia, ser comprometidas no campo das normas excepcionais. Tomada à letra a proibição da analogia relativamente a estas normas, então o programa informático excluiria à partida a possibilidade de aplicação de tais normas a casos atípicos. O argumento por maioria de razão cederia face ao argumento *a contrario*, excluindo do campo de aplicação todas as situações que “contrariam princípios fundamentais, informadores da ordem jurídica ou dum ramo de direito em particular” (Ascensão 1997: 453). Porém, a proibição da analogia das normas excepcionais não tem em conta a “radical matriz analógica do discurso jurídico” (Bronze 1994), nem aceita que a norma se aplica analogicamente mesmo aos casos nela expressamente previstos – expondo-se ao argumento apagógico da *reductio ad absurdum*.

A relevância jurídica dos casos omissos é atribuída à sua ressonância no estrato do sistema que anima o *corpus iuris*, os chamados princípios fundamentais (Alexy 1995). O método tradicional denomina esta operação por analogia *iuris*. O caso omissos resolve-se segundo os princípios jurídicos gerais relativos ao instituto convocado pelo caso. Estes princípios seriam decantados a partir das normas que compunham o regime de tal instituto através das operações lógicas da indução e da dedução: por indução infere-se um princípio geral, do qual deduz uma solução para o caso omissos.

A programação informática já permite a indução lógica, com os chamados agentes reativos, aprendizes e adaptativos (Costa & Simões 2004: 37), apontando-se “a grande capacidade do sistema para reconhecer padrões e depois emular o raciocínio por analogia” (Marques 2000: 37).

É, todavia, duvidoso que a *machine learning* tenha algo de “espontâneo” (Levinson 1998: 255), em especial que consiga decidir *contra legem*. O computador limita-se a cumprir a rotina dos «se, logo» que implementam informaticamente o programa normativo, pelo que a decisão *contra legem* seria, pela natureza das coisas, impossível.

Mas podemos razoavelmente supor que o computador poderá um dia induzir os princípios jurídicos gerais a partir das normas legais, de modo a afastar a normas legais que contrariem tais princípios. O sistema informático integraria lacunas por

via da elaboração indutiva dos princípios jurídicos gerais e controlaria a legalidade das normas contrárias a esses princípios. Teríamos uma decisão *contra legem*, mas *secundum ius ex machina*. À semelhança do controlo da constitucionalidade das normas, sendo a Constituição o código-fonte do programa normativo.

Mas, a ser assim, o sistema informático impediria o legislador de introduzir mudanças e alterações no sistema. A lógica do sistema jurídico seria codificada num certo momento pelo sistema informático, o qual aferiria a conformidade das novas leis com a lógica pré-definida e fechada. Não se afastaria a interpretação *ab-rogante* em casos de contradição lógica das normas (Justo 337), mas por certo importaria o risco de clausura do sistema e de necrose do *corpus iuris*.

Em suma, a substituição do juiz humano pela máquina calculadora, ao estilo de um *ius ex machina*, eliminará o papel criativo do intérprete, em especial do juiz, que “realiza, de facto, uma actividade criadora (...). E não sofre dúvida de que, *de direito*, a realiza também” (Andrade 1978: 88). Ao invés de um «dever-ser» a justiça mecânica e automática reduz-se a um «ter-que-ser», indiferente aos princípios fundamentais que “só através da concreta realização do direito (da decisão dos casos jurídicos concretos) se vão revelando” (C. Neves 161). O sistema informático reproduz silogisticamente, com mais ou menos sofisticações, o programa pré-carregado, “mas estar-lhe-ia vedado *ajuizar* deles” (Bronze, 76-9). O juízo, enquanto capacidade de discernir o bem e o mal, o justo e o injusto, é uma categoria que predica a humanidade, pois “um direito sem justiça constituiria, digamos, uma monstruosidade moral” (Carvalho 1996: 4).

Pode, todavia, perguntar-se se a insistência na humanidade em tempos de cruzamento entre o ser humano, a natureza e a tecnologia, não será uma forma de «especismo» (Linhares 2003), discriminando positivamente a vida humana relativamente a formas de vida. De todo o modo, está igualmente em causa a própria “«luta pela sobrevivência» do direito” (Bronze 2006: 77). Ao ponto de a maior falácia da Inteligência Artificial poder ser a tentação de colocar nas suas mãos a nova “ciência do bem e do mal”, para assim regressar ao jardim do paraíso.

A dimensão de responsabilidade envolvida no ato de julgar (Bourcier 1995, 232) exige, da parte do juiz, compromisso enquanto “*viva vox iuris*” (Bronze 1993: 184). Pese embora a norma constitucional que afasta a responsabilidade dos juízes pelas suas decisões (art. 216.º, 2), parece-nos que substituir o juiz pela máquina seria retirar ao julgamento essa dimensão de responsabilidade.

O modelo ideal do positivismo, preocupado apenas com a segurança e a certeza jurídicas, conduz ao apagamento do papel do intérprete e dos agentes decisores. A criação do direito teria lugar apenas em sede legislativa. Segundo o modelo democrático, a soberania radica na vontade popular, pelo que só os representantes do

povo teriam legitimidade e competência para criar direito através das leis, incluindo a lei das leis que é a Constituição. Por seu turno, os tribunais teriam apenas legitimidade para, em nome do povo, administrar a justiça resultante do direito legislativamente criado. Ser apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei” (Montesquieu) promete um efeito de “anestesia tranquilizante” (Bronze 1993: 182).

3. «Virtualidades Entrópicas» da IA

A “dimensão entrópica” da ordem jurídica analisa-se na sua função secundária ou organizatória (Bronze 2002: 77-92). Desde logo, no seu “momento de coerência e unidade sistemática”, com questões de *antinomias entre normas*, entre normas e princípios, ou mesmo entre princípios, para a superação das quais se apontam critérios formais, nomeadamente o critério da hierarquia (*lex superior derogat inferiori*), o critério da especialidade (*lex posterior generalis non derogat priori speciali*), e o critério da prioridade cronológica (*lex posterior derogat priori*). Mas também no “momento de realização orgânico-processual”, enquanto “condição adjetiva do juízo decisório”, nomeadamente nas questões da competência judiciária e, de um modo geral, no direito processual.

Já se afigura menos relevante o papel da IA no “momento de desenvolvimento constitutivo”. Está em causa a dialética “subsistência/mutação” ou “estabilidade/evolução” da ordem jurídica suscitada pela historicidade da *praxis* e do direito. Trata-se, por ex., do problema das fontes do direito, em especial dos limites normativos temporais e de validade das normas legais, em que o juiz não encontra correspondência entre os princípios que animam o sistema e as normas legais hipoteticamente aplicáveis, devendo proceder-se à “preterição sincrónica” e à “superação diacrónica” de tais normas legais (C. Neves 1985; Bronze 2002: 683-746).

4. Novos princípios e decisão *contra legem*

O jurista intérprete pode trazer novos valores para o direito, os quais não raramente introduzem ruturas no sistema (C Neves 1993: 227). Fala-se até na legitimidade da radical insubmissão contra o próprio sistema (O. Carvalho 1997), ou pelo menos que por via da interpretação se emendem os erros do legislador e se resista contra “os desmandos e abusos do Poder”, como escrevia Manuel de Andrade. Mas, não será essa uma falha crítica de segurança do sistema, expondo-o aos rábulas, que “cavilam as leis”? (Paiva 1883: 44).

Admitir que os novos princípios afastem a norma legal não repugna na medida em que não ofendam o espírito do sistema vigente. Mas, permitir ao juiz criar princípios ofensivos do espírito do sistema vigente não conduzirá à ruína do sistema?

A Lei Fundamental incumbe os tribunais de velarem pela conformidade constitucional das normas legais: “Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados” (art. 204.º). Trata-se do expediente da fiscalização concreta da constitucionalidade, nos termos do qual o tribunal não pode aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados (Canotilho 1998: 874).

À luz do preceito constitucional, mesmo as teorias da constituição aberta e material reconhecem que a fonte dos princípios é ainda a lei constitucional, enquanto expressão da vontade soberana do povo. Neste sentido, o intérprete da lei ordinária não seria o criador de princípios jurídicos, ao menos enquanto fundamento de desconsideração de normas legais. A obediência à lei só poderia ser afastada em nome da obediência à Constituição. Numa palavra, em situações de interpretação abrogatória, a medida da razoabilidade do legislador seria ditada pelos princípios do código constitucional, ou seja, o teste da razoabilidade da norma seria aferido pelo espírito do sistema tal como contido na Constituição, qual horizonte hermenêutico balizador da “interpretação conforme a Constituição” (O. Carvalho 1996: 15; C. Neves 1993: 195; Larenz, *Metodologia*, 418; Canotilho 1998: 1099; Miranda 1996). De todo o modo, segundo o regime da fiscalização concreta da constitucionalidade em vigor (art. 280/1-a CRP), o “juízo final” cabe ao Tribunal Constitucional (Correia 2003).

Em suma, a abertura constitucional permitiria ao juiz uma criatividade de princípios *positiva* (no sentido de recriação de princípios constitucionais já consagrados) e eventualmente *neutra* (no sentido de criação de princípios que não ofendem a lógica constitucional), mas já não *negativa* (no sentido de criação de princípios contrários ao espírito da Constituição, de acordo com as normas e os princípios nela consignados).

A substituição dos Tribunais e do próprio Tribunal Constitucional por um sistema informático será uma tentação para um poder político totalitário, que se serve do direito como instrumento de execução do seu programa de domínio e dispensa o juízo do decisor, bastando-se com a sua fiel obediência à «cópula» lógica do «se, logo». O problema da porosidade e fluidez da linguagem jurídica resolver-se-ia através de uma nova linguagem, com os sentidos das palavras (e de outros signos relevantes) inequivocamente codificados e uma “gramática pura” construída à imagem e semelhança das linguagens de programação informática e ao estilo de uma orwelliana Novilíngua jurídica.

5. Validação científica, causalidade e arbitrariedade

Atualmente, a ciência e a técnica desempenhariam o papel de uma ideologia enquanto instância de validação (Habermas 1973: 42-3). O que a ciência tecnologicamente aplicada torna possível desafia constantemente as convenções sobre o bem e o mal, sobre o que está certo e o que está errado, abanando (e por vezes abalando) os alicerces do edifício do sistema jurídico.

Aceitar o progresso científico não implica subordinar as regras da convivência humana exclusivamente a esse paradigma. É verdade que pertencendo o ser humano ao mundo natural, então as regras da convivência humana não poderão ser estranhas às leis da natureza. Todavia, as regras de convivência humana não são apenas determinadas pelas leis da natureza. Pode, aliás, perguntar-se se o “pecado original” não será a regra de convivência humana, em especial a proibição (F. Costa 1992).

Em comparação com a lei física da causalidade, a lei jurídica é duplamente “imperfeita”. Por um lado, a lei jurídica é violada e, por isso, são previstas sanções. Por outro lado, nem sempre se aplicam as sanções para a violação da lei. Assim, quer ao nível da hipótese quer ao nível da estatuição, a lei jurídica não se assemelha à lei física.

A natureza é mecânica no sentido de que a determinados factos correspondem invariavelmente certos efeitos. A justiça não é bem assim, sendo, por vezes, conotada com uma ideia de arbitrariedade, aqui entendida como abuso, prepotência ou até iniquidade, em que “*quot capita, tot sententiae*”.

Os sistemas informáticos prometem uma justiça sem arbítrio. Árbitro seria apenas o programador político do sistema, que implementaria tecnicamente no software o programa político de domínio e de ordenação social contido no código-fonte constitucional e das leis. Juízos só os provenientes da vontade política do legislador. A máquina limitar-se-ia a reproduzi-los mecanicamente nos casos concretos por via de aplicação silogística.

Todavia, a legitimidade da norma, mesmo da constituição, não é eterna. O mandato popular tem sido tacitamente renovado, em razão de não ter ocorrido ainda nova revolução (Hart 1994: 61). A reconfiguração do código constitucional é monopólio do poder legislativo, constituindo ainda expressão do domínio popular, mas “a legitimidade moral mínima na constituição não garante a legitimidade moral mínima de cada lei aprovada ou ato tomado nos termos da constituição” (Fallon 2005: 1792).

A referência aos princípios consignados na Constituição, enquanto bitola da elasticidade interpretativa do juiz, leva a considerar um aspeto do código constitucional,

que se pode designar como o dispositivo de interoperabilidade ou compatibilidade externa do sistema jurídico português (ou interface constitucional). Este aspeto fornece mais elementos para responder ao problema da interpretação da própria Constituição, em conformidade com a qual se devem interpretar as leis e resolver os casos omissos (Häberle 1997).

O art. 8/1 da Constituição, relativo ao direito internacional, estabelece que “as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”. Este preceito visa garantir a conformidade do direito português com o direito internacional geral ou comum e a sua receção automática na ordem jurídica interna (F. Almeida 2003: 70), constitucionalizando-o (G. Pereira/Quadros 2004: 387-9). O *ius gentium* é o direito dos povos, destacando-se a democracia e os direitos humanos como os valores fundamentais da “*nomos mundial*” (F. Costa 2004: 77-88).

6. O código-fonte constitucional na sociedade de risco

Assim, a informatização da justiça através do desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial teria que basear-se num código-fonte aberto que incorporasse nas rotinas de programação os princípios do dinâmico direito internacional geral ou comum.

Todavia, num tempo de grandes mudanças na ordem internacional, o direito internacional geral ou comum é suscetível de apresentar um nível de “turbulência” considerável. O único valor que parece afirmar-se consensual na cena internacional é o mercado livre, ao ponto de se dizer: “Já não é o Direito que regula o mercado, mas o mercado que regula o Direito” (P. Maduro, 211). Nesta lógica de mercado, a democracia e os direitos humanos aparecem como meros custos de transação, senão mesmo como excentricidades do Ocidente, a que somaria a proteção da natureza e, em especial, dos animais.

Os profetas do mercado defendem que o mercado é naturalmente justo, enquanto motor de distribuição da riqueza, estando em gestação, à escala global, uma confucionista “economia socialista de mercado”. Todavia, é necessário perguntar pelo papel do Estado, que não deve “só prestar culto a interesses materiais, qual simples sociedade comercial” (C. Moncada 1966: 307). Historicamente, as civilizações mais desenvolvidas (ou pelo menos as dominantes ou mais poderosas) foram sempre as que tiveram ao seu dispor os meios técnicos e científicos mais avançados - pelo menos enquanto instrumentos de domínio -, ao mesmo tempo que dispunham de eficazes sistemas ordenadores de controlo social. A “crença” no progresso técnico-científico tem sido abalada por certas utilizações que o ser humano tem dado às suas invenções tecnológicas. Numa “sociedade de risco” em estado de irresponsabilidade

coletiva (Beck 1998) é urgente apurar o papel do Direito. Mas, será ainda possível identificar o cosmos do Direito no caos da «juridicidade»?

Ubi societas, ibi ius, sem direito não há sequer sociedade, seja de risco ou não. O que verdadeiramente interroga o Direito não é a sociedade de risco, mas antes o próprio risco. É um risco de origem humana, resultante das aplicações tecnológicas da ciência, e que se projetam na energia nuclear, na engenharia genética, na biotecnologia do admirável mundo novo de Huxley ou até no poder normalizador dos media ao nível da instituição de uma *Novilíngua* orwelliana. Tanto mais que “não se pode excluir a possibilidade de a Terra vir a ser atingida por um gigantesco meteoro e, assim, ser arrasada por uma catástrofe das proporções de uma guerra atômica” (Eigen/Winkler, 315).

Mas não será a inteligência artificial justamente a resposta para a complexidade das nossas “sociedades de risco”?

Há muito que o ser humano se rendeu à “prótese” calculadora. Desenvolvem-se poderosíssimos algoritmos de cálculo de probabilidade de ocorrência de certos factos. Por exemplo, implementando o “*software darwinico*” (A.L. Pereira 2001) através de códigos de cálculo de adequação de meios à evolução das espécies, seria possível desenvolver um programa normativo de medidas eficazes de eugenia social, por via, nomeadamente, da eliminação dos “genes degenerativos”.

De todo o modo, não se saberia ainda qual é o sentido da evolução. Terá a evolução da espécie sido consciente e intencional? Ou o processo evolutivo foi determinado por fatores aleatórios e alheios à sua vontade? No sentido de que tanto podia ser como é agora, como ter ficado, em família, no “paraíso”, ou ter evoluído com uma qualquer outra configuração biológica: “a cartografia do genoma revelou que os padrões de ADN do ser humano e do chimpanzé são em mais de 98% iguais (...). E algures nesse pouco mais de 1% de diferença surgem Shakespeare, naves espaciais que vão à Lua, a engenharia genética e a IA – pelo menos no sentido de auxiliar” (Levinson 1998: 257).

Se a teoria da evolução das espécies não engana, o risco tem sido ao longo dos tempos o “fósforo” da evolução: na vida é a “dimensão de risco que a faz exaltante: a eliminação da inquietude que assim se menciona embaciá-la-ia sem remédio, desumanizá-la-ia em absoluto, numa palavra, ... desvitalizá-la-ia” (Bronze 2000: 32).

O domínio do risco seria assim a base da “luta pela vida” e da “vontade de poder”, segundo o pensamento político do liberalismo pragmático e utilitarista, adverso a valorações morais que transcendam o biologicamente verosímil. Podemos até questionar se a “intenção regulativa” do direito não se funda nesse propósito evolucionário da descendência com modificações.

7. Interpretação da lei em conformidade com os princípios

Este exercício jurídico-filosófico não é meramente especulativo, antes pode ter projeções metodológicas, ao nível da interpretação das leis (Paiva 1883: 51). O problema da interpretação jurídica remete o intérprete para o cânone da interpretação conforme aos princípios e, em especial, da interpretação conforme à constituição. No sentido de que, mesmo que se reconheça natureza aberta do sistema à criação de novos princípios, sempre teriam estes que ser plasmados na constituição ou, pelo menos, por eles não rejeitados, em especial neste tempo de constitucionalismo em que se afirma que o Código Civil é a Constituição: “*notre Constitution c'est le code civil*” (Zenati).

Ora, em primeiro lugar, o código constitucional não pode estabelecer um programa normativo completo, que preveja todas as situações juridicamente relevantes. Ou seja, há vida jurídica fora da constituição. Trata-se, para começar, do desenvolvimento *praeter legem*, que decorre, desde logo, de uma abertura de primeiro grau, resultante da porosidade da linguagem jurídica, em virtude da sua exposição ao uso comum da linguagem. As cláusulas gerais e os conceitos indeterminados utilizados pela lei, desde logo na Constituição, revelam um segundo grau de abertura. Fala-se aqui, com propriedade, de uma “metódica de concretização” visando “a interpretação-concretização de uma *hard law* e não de uma *soft law*: as regras e princípios constitucionais são padrões de conduta juridicamente vinculantes e não simples «directivas práticas»” (Canotilho 1998: 1073).

Identificamos ainda uma abertura de terceiro grau da legalidade. O código constitucional ainda fornece princípios de decisão, por via da inferência das especificações básicas do seu programa normativo. Fala-se em lacunas, no sentido de referir casos para os quais a lei não provê solução, tendo o intérprete que lançar mão do espírito do sistema para integrar a lacuna (formal). Não se trata apenas de analogia *legis*, uma vez que não existe sequer um critério legal cujas razões justificativas valham igualmente para o caso omissio. A questão é mais funda e chama para primeiro plano os princípios do sistema tocados pelo caso. São situações de analogia *iuris*, mas ainda *secundum legem*. Ou seja, o intérprete não pode usar a analogia como “apenas um pretexto legitimador das suas improvisações” (O. Carvalho 1997: 83), e deve estar precavido contra o risco do recurso à analogia. Como advertia Goethe: “Estas parábolas são agradáveis e divertidas. Quem é que não gosta de brincar com analogias?” (*As Afinidades Electivas*).

Mas, estará o espírito do sistema contido no texto constitucional, ainda que aberto aos princípios do direito internacional geral ou comum?

Recusa-se o «pan-constitucionalismo» (Canotilho 1982: 467) e aceita-se a legislação *praeter constitutionem*, ainda que nos limites da neutralidade, ou seja, legislação estranha ao sistema, mas não necessariamente contrária ao código constitucional. O mesmo vale para a atividade jurisprudencial. Aceita-se a decisão *praeter legem* mas que não viole o espírito do sistema. E assim se identifica uma abertura de quarto grau. Como na prática surgem novos problemas, também no direito podem emergir novos princípios jurídicos, na medida em que não ofendam o código constitucional.

Suscitam-se, porém, questões delicadas. Como conciliar a abertura do código normativo com os domínios de reserva de lei, de legalidade taxativa (incluindo a legalidade criminal), de tipicidade fechada ou *numerus clausus*? Não será, desde logo, *contra legem* estender um regime legal fechado a situações nele não previstas, ainda que o aplicando apenas a partir dos seus princípios cardinais? Em domínios em que o código constitucional exige a mediação legislativa concretizadora como requisito de possibilidade de implementação do programa normativo que pode o juiz fazer senão proferir um juízo de *non liquet*? O contrário não será justamente decidir *contra legem*?

8. A criação jurisprudencial do Direito

Esta questão prende-se também com o problema do sentido e dos limites do “desenvolvimento transsistemático do direito”. O que é e como opera este desenvolvimento do direito? Não se resolvendo a questão *ex nihilo*, parece ainda apelar-se aos princípios do espírito do sistema vigente tocados pelo caso concreto. Pelo que o “desenvolvimento transsistemático do direito” será ainda, afinal, intra-sistemático, sendo uma “«fuga para os princípios»” ainda *systemfreundlich* (Canotilho 1982: 278).

Com efeito, a liberdade de criação judicial parece ser limitada pela lei, desde logo pela constituição. É admitida a criação *praeter legem* na estrita medida em que não viole a reserva de lei e a tipicidade taxativa. Fora de causa está a criação pelo juiz de princípios ofensivos do espírito do sistema vigente. Juízos *contra legem* só seriam permitidos na estrita medida da exigência de conformidade das leis com a constituição e no quadro do procedimento de fiscalização concreta da constitucionalidade.

Devem admitir-se, todavia, os juízos *contra legem*, mas constitucionalmente neutros. O juiz cria princípios não rejeitados pela constituição, mas que também não brotam dela. Serão juízos constitucionalmente neutros, a afirmar a existência de um *tertium genus*, e que não decorrem de qualquer “misticismo” jurídico (Brewer 1996, 933-4). Este *tertium genus* de neutralidade constitucional vale não apenas como fonte de princípios de decisão para casos omissos, mas também como fundamento de descon sideração de normas ofensivas do espírito emergente.

Ora, a informática não disponibiliza ao direito um arsenal metódico que lhe garantirá mais rigor e certeza? Isto é, a informatização da justiça não significará também a assimilação pelo direito da linguagem e do *modus operandi* da informática? Fala-se, a propósito, na “genuína terapêutica” da aplicação da lógica informática ao raciocínio jurídico (F. Araújo 1999: 22).

Além disso, podemos questionar se afinal os computadores não estão cada vez mais parecidos com os humanos, incluindo ao nível do *logos* jurídico. Numa palavra, devemos compreender o fenómeno em termos de simbiose homem-computador, ao invés de uma relação de oposição excludente (Saito 1998: 58).

9. O papel da Inteligência Artificial e os limites da tecnologia

Em nosso entender, os sistemas de inteligência artificial podem auxiliar a tarefa judicial. Todavia, o juízo do juiz é não apenas desejável, mas também insubstituível. Esse juízo não se reduz a uma lógica «se, logo; salvo se, então», nem a um mero cálculo de probabilidades, incluindo a elaboração de normas de segundo grau mediante inferências normativas. O que está em causa não é o «legislador provável», mas antes o «legislador razoável».

A justiça como obra humana só está ao alcance de humanos (Betti 1987: 107, recordando Goethe). Com isto tomamos partido por algo a que poderíamos chamar o “natural” em detrimento do “artificial”. Tomar partido tem uma dimensão lúdica ou até de fantasia, no sentido de “imaginação criadora” própria do “carácter poético – e, *hoc sensu*, criador – das decisões judicativas” (Bronze 1993: 183). Quando se conhecerem os processos elementares de armazenamento de informação e sobre a sua localização e manifestação na rede das células nervosas e sinapses, “mesmo então continuará a ser impossível substituir por uma máquina o poder criativo do nosso cérebro” (Eigen/Winkler 1989).

Não se pretende com isso dizer que o juiz pode ludibriar os propósitos da lei com a sua caprichosa imaginação, estando fora de causa a “liberdade sem limites de *sofismar* as leis por parte dos juízes” (M. Andrade 1978: 62). Pelo contrário, do que se trata é de responsabilizar o juiz como criador do direito no caso concreto. Ajuizar não implica a renúncia à humanidade do juiz, nem o afivelar da máscara do autómato. A responsabilidade do juiz enquanto elemento ético do juízo protege-o, aliás, contra a “prótese mecânica” (Bronze 1998: 122).

Uma das principais modificações que se apontam ao ser humano no processo evolutivo é o seu livre arbítrio, pelo qual foi levado a provar o fruto da árvore do bem e do

mal, sofrendo em consequência a expulsão do paraíso. Por causa do livre arbítrio, o ser humano quebrou o código do Criador e modificou a ordem da descendência.

O relato da Criação dá a ideia, porém, de que o fruto do bem e do mal estava já na árvore à disposição do Homem. Por isso, o jardim do paraíso seria o reino da inconsciência. Uma vez consciente do bem e do mal, o ser humano foi expulso do Paraíso. Terá sido este porventura o marco distintivo do ser humano em relação às demais espécies, e que se pode dizer radicado no juízo: mais do que a palavra, o pecado original foi o primeiro juízo do ser humano.

Pelo que, a ideia de um juiz sobre-humano, situado além do bem e do mal, seria pretender devolver o juiz ao jardim do paraíso, isto é, ao reino da inconsciência. Mas se pensarmos por que razão terá o ser humano ajuizado, talvez possamos supor que o juízo foi a resposta encontrada para solucionar problemas relativos à sobrevivência e à evolução da espécie. E por isso terá quebrado o código genético do Criador, multiplicando a espécie além das fronteiras do *Éden*.

Contudo, a multiplicação da espécie coloca um dos maiores desafios à sua própria sobrevivência. Pergunta-se se não seria útil um computador que calculasse o número de seres humanos admissíveis. Mas qual seria o critério da admissibilidade? O último século testemunha o crescimento hiperbólico da população: “Se a população continuar a aumentar à taxa actual, daqui a quinhentos anos ou seiscentos anos cada pessoa só terá um m² à sua disposição. (...) A história da humanidade mostra que todas as armas disponíveis acabam, mais tarde ou mais cedo, por ser utilizadas. (...) No reino animal, o território é defendido até à morte” (Eigen/Winkler 1989: 280-1).

Com efeito, “a tecnologia não é só aquilo que nos permite fazer artefactos, mas também aquilo que tem vindo a transformar o homem naquilo que neste momento é” (Stableford 1991: 234). A revolução científico-tecnológica munuiu o homem do *poder de auto-destruição enquanto espécie*. E é a consciência da “*stillste Stunde* [...] [sua] *furchtbaren Herrin*”, escreve Friedrich Nietzsche em *Also sprach Zarathustra* (1976: 162), que o faz assumir-se, hoje, como *homo dolens* (F. Costa 1992: 358).

A revisibilidade científica não impede a irreversibilidade tecnológica, no sentido de que, embora seja possível «falsificar» a teoria da relatividade, já não é possível «desinventar» a bomba atómica. Esta situação de não retorno tecnológico compromete, por seu turno, uma ética que se destine a garantir a sobrevivência da humanidade através dos grupos mais fortes, exigindo antes uma ética equitativa de comunhão ou de inclusão global: “Equity creates just law, and just law is the touchstone of social evolution” (Snyder 1973: 43).

Para estes problemas o computador não tem resposta. Não obstante, são problemas que animam o direito internacional comum, que o juiz deve ter no seu horizonte

quando ajuíza os casos que lhe cumpre decidir. Os sistemas de inteligência artificial poderão ser um auxílio útil na boa administração da justiça. Mas não podem substituir o prudente arbítrio do juiz. Ajuizar não é apenas nem sobretudo calcular. Os valores éticos do direito escapam à métrica da calculadora. Quanto vale uma vida? Quanto vale a vida? E a liberdade? E a dignidade da pessoa humana?

Dir-se-á que a correção das respostas será aferida pela observância das regras de procedimento argumentativo-decisório. Essa é a tese da teoria da argumentação jurídica, segundo a qual “com estas formas (de argumentos) pode-se justificar qualquer proposição normativa e qualquer regra” (Alexy 1995: 203). Mas, como escreve Kaufmann em *Die Aufgaben heutiger Rechtsphilosophie*: “Die moralische Urteilskraft ist wesentlich auf die Phronesis, die Klugheit, gegründet und nicht so sehr auf formale Rationalität.” Por essa razão, o próprio imperativo categórico é posto em causa enquanto mera regra de procedimento.

Segundo Holmes, “the life of the law has not been logic, it has been experience”. A máquina pode ser utilizada como auxílio, mas não como substituto da tarefa decisória, que deverá ser humana e estar ao serviço da Humanidade e da Natureza. Para terminar com uma questão lançada por Eigen e Winkler (1989: 258):

Será razoável conceber máquinas com tais capacidades, provavelmente muito limitadas, de auto-reflexão? Não seria mais importante organizar a *sociedade* humana (...) como um «ser vivo» que reaja de modo razoável, um ser vivo que pare, enfim, de se autodestruir?

Referências

- Alexy, Robert (1995) *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Almeida, Francisco Ferreira de (2003) *Direito Internacional Público*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra.
- Alpa, Guido (1996) “L’applicazione delle tecnologie informatiche nel campo del diritto”, *Il Diritto dell’informazione e dell’informatica*
- Andel, Peck van; Bourcier, Danièle (1997) «Peut-on programmer la sérendipité? L’ordinateur et l’interprétation de l’inattendu», in *Interpréter le Droit: le sens, l’interprète, la machine*, dir. Claude Thomasset et Danièle Bourcier, Bruylant, Bruxelles.
- Andrade, Manuel A. Domingues de (1978) *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, 3.^a ed., Arménio Amado, Coimbra.
- Araújo, Fernando (1999) “Lógica jurídica e informática jurídica”, in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra.
- Ascensão, José de Oliveira (1997) *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 10.^a ed., Coimbra.
- Beck, Ulrich (1998) *Risikogesellschaft – Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt am Main.
- Betti, Emilio (1987) *L’ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, saggio introduttivo, scelta antologica e bibliografie a cura di Gaspare Mura, trad. Ornella Nobile Ventura, Giuliano Crifò, Gaspare Mura, Roma, Città Nuova Editrice.
- Bourcier, D. (1995) *La décision artificielle*, PUF, Paris.
- Brewer, Scott (1996) “Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy”, *Harvard Law Review*.
- Bronze, Fernando José (1994) *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão problematizante dos polos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Bronze, Fernando José (1998) “O Jurista: Pessoa ou Androide?”, in *AB VNO AD OMNES*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Bronze, Fernando José (2000) *Argumentação jurídica: o domínio do risco ou o risco dominado?*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- Bronze, Fernando José (2002) *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, Editora, Coimbra.
- Bronze, Fernando José (2006) “Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, vol. II., Coimbra Editora, Coimbra.
- Canotilho J.J. Gomes (2004) *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra.

- Canotilho, J.J. Gomes (1982) *Constituição dirigente e vinculação do legislador (Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas)*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Canotilho, J.J. Gomes (1998) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra.
- Carvalho, Orlando de (1996) “IVS – QUOD IVSTVM?”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 72 (1996), 1-12.
- Carvalho, Orlando de (1997) “Para um Novo Paradigma Interpretativo: o Projecto Social Global”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 73 (1997), 1-17.
- Castanheira Neves, A. Castanheira (1995) *Digesta - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, II, Coimbra Editora, Coimbra.
- Castanheira Neves, *Entre o «Legislador», a «Sociedade» e o «Juiz» ou entre «Sistema», «Função» e «Problema» - os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito*, *Boletim da Faculdade de Direito*, 1998, 1-44.
- Coelho, Hélder (2002) “Inteligência Artificial, Sistemas Periciais e Realidade Virtual”, in *Direito da Sociedade da Informação*, III, Coimbra Editora, Coimbra, 95-107.
- Comissão Europeia (2020) *Livro Branco sobre a inteligência artificial - Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança*, Bruxelas, 19.2.2020 COM(2020) 65 final.
- Correia, Fernando Alves (2003) “Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdicional efectiva”, *Boletim da Faculdade de Direito*.
- Costa, Ernesto; Simões, Anabela (2004) *Inteligência Artificial: Fundamentos e Aplicações*, FCA, Lisboa.
- Costa, José de Faria (1992) *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Costa, José de Faria (2004) “Em redor do nomos ou a procura de um novo nomos para o nosso tempo”, in *Diálogos Constitucionais*, org. A.J. Avelãs Nunes, J.N de Miranda Coutinho, Renovar, Rio de Janeiro.
- D’Amato, Anthony (1977) “Can/Should Computers Replace Judges?” *Georgia Law Review* 11: 1277.
- Dufresne, Jacques (1999) *Après l’homme... le cyborg?*, MultiMondes, Sainte-Foy.
- Dworkin, Ronald (1992) *El Imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. Cláudia Ferrari (do orig. *Law’s Empire*, 1986), Gedisa Editorial, Barcelona.
- Dworkin, Ronald (2001) *Law’s Empire*, Hart Publishing, Oxford.
- Eigen, Manfred; Winkler, Ruthild (1989) *O Jogo. As leis naturais que regulam o acaso*, trad. Carlos Fiolhais, Gradiva, Lisboa.
- Eskridge Jr., William N. (2001) “All About Words: Early Understandings of the «Judicial Power» in Statutory Interpretation (1776-1806)”, *Columbia Law Review* 101.

- Fallon Jr., Richard H. (2005) "Legitimacy and the Constitution", *Harvard Law Review*.
- Gadamer, Hans-Georg (1993) *Poema y Dialogo. Ensayos sobre los poetas alemanes más significativos del siglo XX*, Gedisa, Barcelona (trad. do alemão *Gedicht und Gespräch*, Insel, Frankfurt am Main, 1990, por Daniel Najmías e Juan Navarro).
- Garcia Marques / Lourenço Martins (2000) *Direito da Informática*, Almedina, Coimbra
- Greenawalt, Kent (2002) "Constitutional and Statutory Interpretation", in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, ed. Jules Coleman & Scott Shapiro, Oxford University Press, New York
- Häberle, Peter (1997) *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição - Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo, Sérgio Antônio Fabris Editor.
- Habermas, Jürgen (1973) *La technique et la science comme idéologie - La fin de la métaphysique*, pref. e trad. Jean-René Ladmiral (do original *Technick und Wissenschaft als Ideologie*, 1968), Denoël Gonthier, Paris.
- Hart, H.L.A. (1994) *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford University Press.
- Hespanha, António Manuel (2000) "Os juristas que se cuidem... dez anos de inteligência artificial e direito", *Revista Themis*, I, 140
- Hespanha, António Manuel; Sernadas, Amílcar (1990) *O impacto da computação no direito*, *Revista Jurídica*, 179.
- Justo, A. Santos (2003) *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra.
- Katsch, Ethan (1995) *Law in a Digital World*, Oxford University Press, New York/Oxford.
- Kaufmann, Arthur (1994) *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., Beck, München.
- Kelsen, Hans (2002) *Teoría General del Estado*, trad. Luis Legaz Lacambra, Comares, Granada.
- Langhein, A. W. Heinrich (1992) *Das Prinzip der Analogie als juristische Methode: Ein Beitrag zur Geschichte der methodologischen Grundlagenforschung vom ausgehenden 18. bis 20. Jahrhundert*, Duncker & Humblot, Berlin.
- Larenz, Karl (1983) *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José Lamego com revisão de Ana de Freitas (do original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 5.^a ed. rev., 1983), 2.^a edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.
- Levinson, Paul (1998) *A Arma Suave. História Natural e Futuro da Revolução da Informação*, trad. J. Freitas e Silva (do original *The Soft Edge*, 1997), Bizâncio, Lisboa.
- Levinson, Paul (1998) *A Arma Suave. História Natural e Futuro da Revolução da Informação*, trad. J. Freitas e Silva (do original *The Soft Edge*, 1997), Bizâncio, Lisboa.

- Linhares, J.M. Aroso (2003) “A Ética do Continuum das Espécies e a Resposta Civilizacional do Direito. Breves Reflexões”, *Boletim da Faculdade de Direito*.
- Maduro, Miguel Poiars, *A Crise Existencial do Constitucionalismo Europeu*, in *Colectânea de Estudos em Memória de Francisco Lucas Pires*, UAL, Lisboa.
- Manning, John F. (2001) “Textualism and the Equity of the Statute”, *Columbia Law Review* 101.
- Molot, Jonathan T. (2006) “The Rise and Fall of Textualism”, *Columbia Law Review* 106.
- Moncada, Luís Cabral de (1966) *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. II, Atlântida Editora, Coimbra.
- Nagel, *Computer-Aided Law Decisions / Elmi, Informatics and Philosophy of Law* (1998) in Giannantonio (ed.), *Law and Computers*, Selected Papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema di Cassazione, Rome Spring, I. *Legal Informatics*, 667s, e 701s
- Neto Paiva, Vicente Ferrer (1883) *Philosophia de Direito*, Tomo Primeiro: Direito Natural, 6.^a ed. aumentada e aprimorada, Imprensa da Universidade, Coimbra.
- Neves, A. Castanheira (1993) *Metodologia Jurídica (Problemas fundamentais)*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Neves, António Castanheira (1967) *Questão de Facto - Questão de Direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. I, *A Crise*, Coimbra, 1967,
- Neves, António Castanheira (2003) *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia (Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação)*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Nietzsche, Friedrich, *Also sprach Zarathustra (1883-1885)*, 1976.
- Ogorek, R. (1986) *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, *Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Klostermann.
- Pereira, Ana Leonor (201) *Darwin em Portugal: Filosofia, História, Engenharia Social (1965-1914)*, Almedina, Coimbra.
- Pereira, Miguel Baptista (1996) *Filosofia da Comunicação Hoje*, in *Comunicação e Defesa do Consumidor*, Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de Novembro de 1993, Coimbra.
- Phillips, Lothar (1993) “Artificial Morality and Artificial Law”, in Berman/Hafner (eds.), *Artificial Intelligence and Law*, Boston, 51
- Phillips, Lothar (1994) “Ein bißchen Fuzzy Logic für Juristen”, Tinnefeld/Phillips/Weis (Hrsg.), *Institutionen und Einzelne im Zeitalter der Informationstechnik*, Oldenburg, München, 219
- Phillips, Lothar (1995), “Von nervösen und phlegmatischen Rechtsbegriffen — Ein Beitrag zur Rechtstatsachenforschung”, in Tinnefeld/Phillips/Heil (Hrsg.), *Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa*, Nomos, Baden-Baden, 192

- Rifkin, Jeremy (2000) *O Século Biotech: A Criação de um Novo Mundo*, trad. Fernanda Oliveira, Publicações Europa-América.
- Saito, Hiroshi (1998) “Neue Medien und Geistiges Eigentum – Insbesondere Urheberrechte im nahenden Zeitalter”, in *Das Recht vor der Herausforderung eines neuen Jahrhunderts*. org. Zentaro Kitagawa et al., Deutsch-japanisches Symposium in Tübingen vom 25. bis 27. Juli 1996, Mohr Siebeck, Tübingen.
- Scalia, Antonin (1998) *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (commentary by Amy Gutmann, Gordon Wood, Laurence Tribe, Mary Ann Glendon, Ronald Dworkin), Princeton University Press, Princeton - New Jersey
- Snyder, R. Neil (1973) “Natural Law and Equity”, in Ralph Newman (ed.), *Equity in the World's Legal Systems*, Brussels.
- Stableford, Brian, *Revolução Genética*.
- Teubner, Gunther, *O direito como sistema autopoietico*, trad. e pref. de José Engrácia Antunes (do original alemão *Recht als autopoietisches System*, 1989), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.
- Theodor Viehweg, *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie (Gesammelte kleine Schriften)*, Nomos, Baden-Baden, 1995, 186.
- Villar Palasí, José Luis (1986) “Informática y derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 211
- Warner Jr., David R. (1992) “A Neural Network-Based Law Machine: Initial Steps”, *Rutgers Computer & Technology Law Journal* 51
- Zippelius, Reinhold (1994) *Rechtsphilosophie (Ein Studienbuch)*, 3. Auf., Beck, München.

Os Direitos Fundamentais na Constituição de Cabo Verde

JORGE MIRANDA *

Resumo: A Constituição de Cabo Verde, de 1992, é uma Constituição das mais avançadas quer no domínio do enunciado de direitos fundamentais, quer na formulação de grandes princípios, quer na fiscalização da constitucionalidade. Influenciada pela Constituição portuguesa, vai mais além, em vários casos, no rigor do conteúdo dos direitos.

Introdução

1. O acesso dos países africanos de língua oficial portuguesa à independência não se fez ao mesmo tempo e do mesmo modo dos demais países de África subsariana.

A causa principal encontra-se na longa e obscura ditadura que em Portugal dominou de 1926 a 1974, em total incompreensão das aspirações dos respetivos povos e das mudanças do mundo desde 1945. Se aqui tivesse havido instituições democráticas, também elas iriam sendo implementadas em Cabo Verde, na Guiné-Bissau, em São Tomé e Príncipe, em Angola e em Moçambique, e a passagem à independência ter-se-ia realizado pacificamente.

Esse tempo e esse modo haviam de determinar – até no contexto dos anos 70 e 80 do século passado – os seus primeiros regimes, marcados por conceções monistas ou

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 93-107.

* Professor de Direito Constitucional.

autocráticas, partidos únicos identificados com certa ou certas ideologias, sujeição à componente militar, completa centralização do poder, negação de pluralismo político, económico e cultural.

Entretanto, a partir do final dos anos 80 e ao longo dos anos 90, esses regimes começaram a mostrar sintomas de esvaziamento, crescentes dificuldades em resolver os principais problemas, isolamento perante as vicissitudes e as transformações político-constitucionais em curso no Leste europeu e incapacidade para criar paz cívica.

Foi o que aconteceu também em Cabo Verde,¹ embora com consciência por parte dos governantes do PAIGCV das vantagens de uma transição dialogada e que teria o maior êxito. Donde, a eleição de uma Assembleia Constituinte que faria a Constituição de 1992² – hoje já com quase trinta anos de vigência.

Mas, como adverte Jorge Carlos Fonseca o seu livro *Constituição, Democracia e Cidadania*:³

A democracia é um processo sempre inacabado. A democratização é um processo contínuo no tempo, com a construção paciente e firme de instituições e práticas democráticas. As próprias experiências nos países do Norte onde foram primeiramente realizadas demonstram-no. Em África ela será certamente um processo paciente, demorado, com avanços e recuos, de compressão e assimilação de valores, comportamentos e referências aparentemente contraditórios. Um processo em que – permitam-nos que o “bichinho” das coisas do crime nos sugira um conceito atinente ao problema da colisão dos direitos – terá sempre validade a ideia de concordância prática: entre a modernidade e a tradição; entre a afirmação da autonomia e as pressões da dependência; entre as exigências de crescimento económico e o combate à exclusão social e às desigualdades; entre a liberdade e as tentações do seu condicionamento; entre o político e o cultural; entre a aritmética das tecnocracias e as exigências de salvação coletiva e da solidariedade social; entre o realismo e os preconceitos, as representações

¹ Cfr., para uma comparação, Jorge Miranda e E. Kafft Kosta, *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa*, Curitiba, 2013.

² Cfr. Wladimir Brito, *Um Balanço da Constituição de 1992*, in *Direito e Cidadania*, nº 13; Jorge Carlos Fonseca, *Cabo Verde – Constituição, Democracia, Cidadania*, Coimbra, 2011; Mário Silva, *Contributo para a História Político-Constitucional de Cabo Verde*, Coimbra, 2015, e *As Constituições de Cabo Verde e Textos Históricos do Direito Constitucional Cabo-verdiano*, 3.ª edição, Praia, 2014.

³ Que tivemos a honra de apresentar na sala do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

coletivas e, mesmo, os aparelhos da simbologia identitária muito arreigados, políticos, históricos, sociais e culturais”.

2. O presente estudo não vai ter a profundidade que poderia vir a ter, por causa de outros trabalhos inadiáveis. No entanto, julgamos que aborda o essencial.

Assim, sucessivamente:

- O sentido dos direitos fundamentais;
- As características mais relevantes do seu tratamento na Constituição de Cabo Verde;
- As coincidências e as não coincidências com a Constituição Portuguesa;
- Referências breves à dignidade da pessoa humana, à Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao Estado de Direito democrático, ao princípio da proporcionalidade, à sustentabilidade ambiental e à fiscalização da constitucionalidade.

Não se estranhe que, em parte, aproveitemos passos do nosso livro *Direitos Fundamentais*.⁴

I. O sentido dos direitos fundamentais

3. O Estado consiste, primordialmente, numa comunidade de pessoas entrelaçada com um poder institucionalizado. Constituem-no aqueles homens e aquelas mulheres que o seu Direito reveste da qualidade de cidadãos e a que atribui direitos e deveres. Não é a única manifestação de fenómeno político e jurídico; outras existiram e outras têm emergido nas grandes transformações dos últimos cem anos. Mas é a única em que a autoridade se exerce diretamente sobre as pessoas e em que estas podem participar na formação da vontade funcional.⁵

São muitos e muito diversificados os direitos das pessoas dentro da ordem jurídica estatal. Entre todos avultam os *direitos fundamentais* ou direitos das pessoas perante o Estado e assentes na Constituição ou Lei Fundamental – direitos fundamentais, por traduzirem essa relação fundamental e por beneficiarem das garantias inerentes à força específica das suas normas.

Sem negar que tenha havido também direitos afins em quaisquer tipos de Estado e em todas as épocas, apesar disso só com o constitucionalismo moderno e com a sua ideia de limitação de poder adquiriram pleno sentido os direitos fundamentais. Tal como apenas com o seu desenvolvimento, eles se vão alargando aos diversos domí-

⁴ 2ª ed., Coimbra, 2018.

⁵ Transcrevemos *Direitos Fundamentais*, maxime págs. 11 e ss. de autores citados.

nios das formas de realização das pessoas no âmbito da vida económica, social e cultural.

4. Direitos fundamentais implicam necessariamente três pressupostos ou condições firmes.

Em primeiro lugar, não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder político, beneficiando de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou das instituições a que pertençam. Não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada; não há direitos fundamentais sem Estado que os respeite e os proteja.

Em segundo lugar, não há direitos fundamentais sem reconhecimento de uma esfera própria de autonomia das pessoas frente ao poder, não absorvendo este a sociedade em que elas se movem. Não existem em regimes políticos totalitários.

Em terceiro lugar, não há direitos fundamentais sem Constituição – sem a Constituição do constitucionalismo moderno iniciada o século XVIII, a Constituição enquanto fundação ou refundação do ordenamento jurídico estatal e incindível de um poder constituinte, a Constituição como sistematização racionalizadora das normas estatutárias de poder e da comunidade; a Constituição como lei, mesmo se acompanhada de fontes consuetudinárias e jurisprudenciais.

5. No período liberal falava-se em *direitos e garantias individuais*. A locução *direitos fundamentais*, embora não desconhecida no século XIX, seria consagrada na Constituição alemã de Weimar de 1919, e viria a generalizar-se depois nos textos constitucionais – como o português de 1976, o brasileiro de 1988 ou o cabo-verdiano de 1992, e na jurisprudência e na doutrina.

Explicam este fenómeno também a ligação a outras figuras subjetivas e objetivas, a virtualidade de se abrir a diferentes precompreensões, a consideração do «homem situado» e a consagração de direitos das confissões religiosas, de múltiplas associações, de sindicatos, de partidos políticos e de outras entidades coletivas. Basta lembrar ainda, o caso do Brasil, a epígrafe do capítulo I do título I da Constituição «direitos e deveres individuais e coletivos».

Já em Direito Internacional continuam a prevalecer os termos *direitos do homem*, *direitos humanos* ou *proteção internacional da pessoa humana* – em parte, por assim ficar mais clara a atinência aos seres humanos, e não aos Estados ou a outras instituições internacionais; e, em parte por, para lá de convenções sectoriais sobre matérias específicas, ser menos extenso ou menos profundo o desenvolvimento alcançado e procurar-se um «mínimo ético universal».

6. Há muitos outros direitos dos cidadãos perante o Estado e demais entidades públicas, sem poderem obviamente ser tidos por direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, ou os direitos fundamentais em sentido material assentam na Constituição material: decorrem dos seus princípios e, naturalmente, também eles – pelo seu elenco, pelo seu sistema e pelo seu regime – a integram e definem. Logo, a diferentes Constituições materiais, hão de corresponder variações de *jusfundamentalidade* para efeito de interpretação e aplicação. O sentido e o conteúdo efetivo dos direitos fundamentais não são os mesmos em democracia representativa e pluralista, em regimes autoritários ou em regimes islâmicos.

Para além dos que constam das normas constitucionais apenas devem ser visto como direitos fundamentais, os direitos consignados em convenções internacionais ou em resoluções de entidades internacionais de que o Estado cabo-verdiano seja parte, e em leis que apareçam exigidas pelos valores e princípios dos seus artigos 1.º e 2.º.

II. Características dos direitos fundamentais na Constituição de Cabo Verde

7. Considerando o texto constitucional de Cabo Verde⁶ nele avultam:

- A) A afirmação de que a República garante o respeito pela dignidade da pessoa humana e reconhece a inviolabilidade e a inalienabilidade dos direitos humanos, (artigo 1.º, n.º 1), e de que criará progressivamente as condições indispensáveis à remoção de todos os obstáculos que possam impedir o pleno desenvolvimento da pessoa humana e limitar a igualdade dos cidadãos e a efetiva participação na organização política, económica, social e cultural do Estado e da Sociedade (artigo 1.º, n.º 4);
- B) A definição da República como Estado de Direito democrático (artigo 1.º, n.º 1), conjugado com a democracia pluralista, a separação entre a Igreja e o Estado e a independência dos tribunais (artigo 2.º, n.º 2);
- C) A prescrição entre as tarefas fundamentais do Estado (artigo 7.º) incentivar a solidariedade social, a organização autónoma da sociedade civil, o mérito, a iniciativa e a criatividade individual, fomentar e promover o desenvolvimento cultural, proteger a paisagem, a natureza, os recursos naturais e o meio ambiente;
- D) A densa enumeração dos direitos (artigos 28.º a 90.º, e ainda os artigos 93.º, n.º 3, 101.º, 104.º, 245.º e 257.º);
- E) A criação de um Conselho Económico, Social e também Ambiental (artigo 259.º);

⁶ O texto constitucional após as revisões constitucionais ocorridas.

- F) A inserção do regime de estado de sítio e do estado de emergência no âmbito da garantia da Constituição (artigos 270.º a 274.º).

8. Como notas críticas apontem-se:

- A) A organização demasiado complexa do texto constitucional;
- B) A falta de critério de distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais;
- C) Alguns preceitos repetitivos

III. Coincidências e não coincidências com a Constituição Portuguesa

9. Tendo em conta os anteriores regimes não liberais pluralistas em ambos os Estados, não custa compreender as coincidências de muitas e muitas normas das Constituições de Cabo Verde e de Portugal:⁷

- A) A proclamação da dignidade da pessoa humana nas duas Constituições (artigos 1.º e ss.);
- B) A colocação dos direitos fundamentais a anteceder a organização económica (Partes II e II na Constituição de Cabo Verde e Partes I e II na Constituição Portuguesa);
- C) O princípio da universalidade (artigo 21.º e artigos 14.º, e 15.º, respetivamente);
- D) O princípio da igualdade (artigo 24.º e artigo 13.º, respetivamente);
- E) O princípio da proporcionalidade (artigo 17.º, n.º 5 e artigo 18.º, n.º 3, respetivamente);
- F) O acesso à justiça (artigo 24.º e artigo 20.º, respetivamente);
- G) O princípio da responsabilidade civil do Estado (artigo 16.º e artigo 22.º, respetivamente);
- H) A cláusula aberta, com reconhecimento de jusfundamentalidade e direitos constantes da lei e de convenções internacionais de natureza análoga à dos direitos consignados na Constituição (artigo 17.º e artigo 16.º, respetivamente);
- I) A interpretação e integração dos preceitos constitucionais e legais de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 17.º, n.º 2 e artigo 16.º, n.º 2, respetivamente);
- J) A força jurídica das normas respeitantes a direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, em ambas as Constituições);

⁷ Tal como se oferece nítida a influência da Constituição portuguesa. Cfr. Jorge Carlos Fonseca, *op. cit.* págs. 175 e ss.

- K) O sentido restritivo das restrições de direitos, liberdades e garantias (artigo 17.º, n.ºs 4 e 5 em Cabo Verde e artigo 16.º, n.ºs 2 e 3 em Portugal);
- L) O Provedor de Justiça (artigo 21.º e artigo 23.º, respetivamente)⁸;
- M) A vedação da pena de morte (artigo 28.º e artigo 24.º, respetivamente);
- N) As garantias da liberdade e da segurança pessoal (artigos 30.º a 36.º e artigo 27.º a 32.º), as regras sobre expulsão e extradição (artigos 37.º e 38.º e artigo 33.º), o direito de asilo (artigo 39.º e artigo 38.º, n.º 7);
- O) Os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, ao bom nome, à imagem e à intimidade (artigo 41.º e artigo 26.º, n.º 4) e a proteção de dados pessoais (artigos 45.º e 46.º e artigos 26.º, n.º 2 e 35.º);
- P) O direito de livre escolha e de acesso à função pública (artigo 40.º e artigos 47.º e 50.º, respetivamente);
- Q) Os direitos relativos ao casamento e à família (artigo 47.º e artigo 36.º);
- R) A liberdade de expressão e informação (artigos 48.º, n.ºs 1 e 4, 6 e 7 e 60.º e artigos 37.º e 38.º), a liberdade de consciência, de religião e de culto (artigo 49.º e artigo 41.º), a liberdade de aprender, de educar e de ensinar (artigo 50.º e artigo 43.º), a liberdade de deslocação (artigo 54.º e artigo 44.º), a liberdade de associação (artigo 52.º e artigo 46.º), a liberdade de reunião e de manifestação (artigo 53.º e artigo 45.º), a liberdade de criação intelectual, artística e cultural (artigo 54.º e artigos 73.º e 78.º);
- S) Os direitos, liberdades e garantias de participação política (artigos 53.º, 56.º e 57.º e artigos 48.º a 52.º), e os direitos de antena, de resposta e de réplica política (artigo 58.º e artigo 39.º);
- T) O direito ao trabalho (artigo 61.º e artigo 58.º, respetivamente); os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (artigo 62.º a 67.º e artigos 53.º, 57.º e 59.º);
- U) O direito de iniciativa económica (artigo 68.º, e artigo 61.º); a propriedade privada (artigo 69.º e artigo 62.º);
- V) A segurança social (artigo 7.º, e artigo 63.º), a proteção da saúde (artigo 71.º e artigo 66.º), a habitação (artigo 72.º e artigo 65.º), o ambiente (artigo 73.º e artigo 66.º), os direitos das crianças, dos jovens, dos cidadãos portadores de deficiências e dos idosos (artigos 74.º a 77.º e artigos 69.º a 73.º), o direito à cultura física e ao desporto (artigo 87.º e artigo 79.º), a proteção da família (artigo 82.º e artigo 67.º);
- W) Os direitos à educação e à cultura (artigos 78.º e 79.º e artigos 73.º a 77.º);
- X) A não retroatividade da lei fiscal (artigo 93.º, n.º 6 e artigo 103.º, n.º 3);
- Y) O pluralismo da expressão e organização política, os direitos de oposição, os partidos políticos (artigos 55.º a 57.º e 118.º e artigos 10.º, n.º 2, 51.º e 114.º);
- Z) Os direitos, liberdades e garantias como limites materiais de revisão constitucional (artigo 297.º, n.º 1 alínea c) e n.º 2 e artigo 288.º, alínea b));

⁸ Cfr. Jorge Carlos Fonseca, *op. cit.*, pag. 105.

AA) A fiscalização da constitucionalidade (artigos 277.º a 285.º e artigos 277.º a 283.º).

10. Como não coincidências, algumas significando avanços da Constituição cabo-verdiana em Direito comparado, registem-se:

- A) O direito à nacionalidade e à cidadania (artigo 40.º);
- B) A proibição de ingerência das autoridades públicas nas telecomunicações (artigo 44.º *in fine*);
- C) O recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional para tutela de direitos, liberdades e garantias, depois de esgotadas todas as vias de recurso ordinário (artigo 20.º, n.º 1);
- D) A previsão constitucional da assistência judiciária aos arguidos em processo penal (artigo 35.º, n.º 5);
- E) As regras sobre rádio e televisão (artigo 60.º, n.º 7 e 9);
- F) O título sobre deveres fundamentais (artigos 87.º e 88.º);
- G) A incumbência do Estado de organizar e definir um sistema misto de educação, integrando instituições públicas e privadas (artigo 78.º, n.º 5, alínea j));
- H) Aprovado o orçamento para o ano económico e fiscal, não poder nesse ano ser alargada a base de incidência, nem agravada a taxa de qualquer imposto (artigo 93.º).

IV. Referências em especial

A. Referência à dignidade da pessoa humana

11. Por circunstâncias históricas de vária índole, a ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com os grandes textos internacionais e as Constituições subsequentes à segunda guerra mundial.⁹

Surge na Carta das Nações Unidas (no preâmbulo); na Declaração Universal, ao afirmar-se que «o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem» tinham conduzido «a atos de barbárie que revoltaram a consciência da Humanidade e que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo»; nos Pactos Internacionais de Direitos Económicos, Sociais e Culturais e dos Direitos Cíveis e Políticos (também nos preâmbulos); ou na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (preâmbulo e artigo 1.º)

⁹ Para esta matéria, V. *Direitos Fundamentais*, citado, págs. 297 e ss. de autores citados.

Surge “em resposta aos regimes que tentaram sujeitar e degradar a pessoa humana” (preâmbulo da Constituição francesa de 1946), e quando se proclama que “a dignidade da pessoa humana é sagrada” (artigo 1.º da Constituição alemã de 1949), e aparece outrossim nas mais significativas constituições dos Estados das últimas décadas. Porém, nenhuma Constituição terá ido tão longe na sua explicitação como a cabo-verdiana no seu artigo 1.º atrás já referido.

Por outro lado, o princípio da participação democrática na vida coletiva - quer enquanto subjetivado em direitos individuais, os direitos políticos (artigos 55.º e 56.º), quer enquanto elevado a um dos objetivos da educação (artigo 78.º, n.º 5), quer enquanto princípio estruturador da organização económica no tocante aos trabalhadores, aos empreendedores e aos consumidores, quer, finalmente enquanto condição do sistema democrático (artigos 2.º e 3.º n.º 1) - alicerça-se no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais (artigos 2.º e 7.º). Não se prevê a participação pela participação; prevê-se e promove-se como expoente da realização das pessoas.

12. Para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa. A conjugação dos diferentes direitos e das normas constitucionais, legais e internacionais a ela atinentes torna-se mais clara a essa luz. O «homem situado» do mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino.

Característica essencial da pessoa – como sujeito, e não como objeto, coisa ou instrumento –, a dignidade é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas. Princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, serve também de critério de interpretação e integração.

Relativamente aberto como todos os princípios – até porque a sua concretização se faz histórico-culturalmente – não deixa de encerrar um valor absoluto. Pode haver ponderação da dignidade de uma pessoa com a dignidade de outra pessoa, não com qualquer outro princípio, valor ou interesse.

13. O artigo 1.º da Declaração Universal precisa e explicita a conceção de pessoa da Constituição, recolhendo as inspirações de diversas filosofias e, particularmente, de diversas correntes jusnaturalistas; «Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para os outros em espírito de fraternidade».

Dotados de razão e de consciência – eis o denominador comum a todos os homens e a todas as mulheres, em que consiste essa igualdade. *Dotados de razão e consciência*

– eis o que, para além das diferenciações geográficas, económicas, culturais e sociais, justifica o reconhecimento, a garantia e a promoção dos direitos fundamentais.

Dotados de razão e consciência – eis por que os direitos fundamentais, ou os que estão no seu cerne, não podem desprender-se da consciência jurídica das pessoas e dos povos.

B. A interpretação segundo a Declaração Universal dos Direitos do Homem

14. A *ratio* do artigo 17.º, n.º 1 da Constituição, vem a ser tríplice. Através dele pretende-se clarificar e alargar o catálogo de direitos, reforçar a sua tutela e abrir horizontes de universalismo.

Os direitos fundamentais ficam situados num contexto mais vasto e mais sólido que o da Constituição em sentido instrumental e ficam impregnados dos princípios e valores da Declaração, como parte essencial da ideia de Direito à luz da qual todas as normas constitucionais – e, por conseguinte, toda a ordem jurídica cabo-verdiana – têm de ser pensadas e postas em prática.

Não se trata de mero alcance externo. Trata-se de um sentido normativo imediato, com incidência no conteúdo dos direitos formalmente constitucionais.

A própria evolução da interpretação dos princípios da Declaração, por efeito da transformação das ideias e das preocupações da comunidade internacional, não põe em causa esta faculdade de conformação e garantia, porque decorre mais ou menos lentamente e sem deixar de atender aos grandes princípios da Carta das Nações Unidas, apesar das contradições derivadas das recentes tendências autoritárias e totalitárias em não poucos países.

C. Referência ao Estado de Direito Democrático

15. Importa elucidar o significado da expressão «Estado de Direito democrático», e não apenas «Estado de Direito», que o legislador constituinte adotou.

Antes de mais, Estado de Direito democrático traduz a confluência de Estado de Direito e democracia. Se, historicamente, surgiram sob influências e em momentos diversos, hoje uma democracia representativa e pluralista não pode deixar de ser um Estado de Direito – por imperativo de racionalidade ou funcionalidade jurídica e de respeito dos direitos das pessoas. O poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com a regra da maioria (artigos 2.º, 3.º, 4.º, 103.º, 113.º, n.º 1, etc.), mas está subordinado - material e formalmente - à Constituição (citados artigos 3.º, n.ºs 2 e 3,

4.º, 11.º, 119.º, etc.), com a consequente fiscalização jurídica dos atos de poder (artigos 10.º, 203.º e 277.º e ss.).

Há uma interação de dois princípios substantivos – o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais – e a mediatização dos princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade. Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão jurídica sobre a sua modelação. O equilíbrio (ou, se se preferir), a síntese, obtém-se através da harmonia sistemática de valores e princípios, bem como através de uma complexa articulação de órgãos policias e jurisdicionais, com gradações conhecidas.

Em face desta conceção, justifica-se definir o constitucionalismo como a teoria segundo a qual a maioria deve ser restringida para proteção dos direitos individuais. Já não configurar os direitos como triunfos contra a maioria conforme Dworking. Nem os direitos fundamentais podem ser assegurados e efetivados plenamente fora da democracia representativa, nem esta se realiza senão através do exercício de direitos fundamentais. E, se ocorrem tensões ou desvios, hão de ultrapassar-se no âmbito da Constituição e dos seus mecanismos de garantia.¹⁰

D. Referência ao princípio da proporcionalidade

16. O apelo à proporcionalidade surge quando há dois ou mais bens jurídicos carecidos de realização e sobre os quais, ocorra ou não conflito, tenha de procurar-se o equilíbrio, a harmonização, a ponderação, a concordância prática (para empregar a terminologia habitual, embora nem sempre usada nas mesmas aceções). É o que implicam os artigos 17.º, n.º 5, 34.º e 57.º, n.º 2 da Constituição.

O juízo a emitir não se reconduz então a algo de meramente cognoscitivo. Trata-se, sim, de uma funcionalidade teleológica ou axiológica e não de qualquer funcionalidade lógica ou semântica. E tudo desemboca numa decisão.

¹⁰ Cfr. *Direitos Fundamentais*, citado, págs. 284 e ss.; e em idêntico sentido contra o dualismo de Direito e democracia, Miguel Nogueira de Brito, *A Constituição Constituinte*, Coimbra, 2000, pág. 371.

17. Na linha da análise vinda da dogmática alemã, distinguem-se três subprincípios: idoneidade ou adequação, necessidade ou exigibilidade, racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*.¹¹

Pressuposta a legitimidade do fim consignado na norma, a *idoneidade ou adequação* traduz-se na propositura de um meio adequado à sua prossecução. Perante um bem juridicamente protegido, a intervenção ou a providência a adotar pelo órgão competente tem de se achar em correspondência com ele.

A *necessidade ou exigibilidade* do meio significa que é ele, entre os que poderiam ser escolhidos *in abstracto* e sem colidirem com a Constituição, aquele que melhor satisfaz *in concreto* – com menos custos nuns casos e com mais benefícios noutros – a realização do fim; e, por isso, tal a providência, a decisão ponderada que deve ser tomada.

A *racionalidade* ou proporcionalidade *stricto sensu* equivale a justa medida. Implica que o órgão proceda a uma correta avaliação da providência em termos quantitativos, e não só qualitativos, de tal sorte que ela não fique aquém ou além do que importa para se alcançar o resultado devido - nem mais nem menos.

A relevância a atribuir a cada um dos subprincípios ou elementos depende do entendimento doutrinal ou jurisprudencial acolhido (havendo ainda quem acrescente a razoabilidade) e depende dos campos de aplicação, com as inerentes consequências na margem de apreciação do juiz perante o legislador.

18. A atenção tem estado centrada – até por causa da experiência histórica – nos direitos, liberdades e garantias, ou porque haja uma colisão ou porque um direito tenha de ser afetado para salvaguarda de outro interesse relevante do prisma do ordenamento como um todo. Como distingue a própria Constituição, as restrições devem limitar-se ao necessário para salvaguardar *outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos* (artigo 17.º, n.º 4).

No entanto, o princípio da proporcionalidade aplica-se, com mais ou menos adaptações também aos direitos sociais. Manifesta-se:

- No conflito com direitos de liberdade - por exemplo, do direito a fruição cultural com a liberdade de propaganda eleitoral;

¹¹ Por todos, Ana Paula de Barcellos, *Ponderação Racionalidade e Ativismo Judicial*, Rio de Janeiro, 2005; Vitalino Canas, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação dos Atos Legislativos*, Coimbra, 2017.

- Na escolha da plena efetivação destes ou daqueles direitos em face da escassez de recursos, da exigência de sustentabilidade financeira e de fatores institucionais envolventes da atuação do poder público;
- Na escolha da maior ou menor efetivação de direitos derivados a prestações - por exemplo, entre prestações de saúde e prestações de ensino;
- Na distribuição das prestações em razão das situações concretas das pessoas.

E. Referência à sustentabilidade ambiental

19. Não tem mais de cinquenta ou sessenta anos a consciência enraizada da necessidade e da possibilidade de intervenções do Estado e da sociedade para defender e preservar o meio ambiente com vista ao equilíbrio entre a natureza e os seres humanos; e, portanto, também a ideia de um Direito ambiental tem uma relativa novidade.

Por certo, a ligação à natureza tinha estado presente em todas as épocas duma forma ou doutra; e, sobretudo, desde o século XVI, na poesia, na música, na literatura de viagens, nas utopias, no mito do bom selvagem. No entanto, com reduzida projeção, porque, entretanto, se viria a assistir a fenómenos, sem paralelo em qualquer outra época, de avanço científico, de crescimento económico, de descoberta e exploração de novas terras e de recursos tidos por inesgotáveis.

Foi só depois da segunda guerra mundial que tudo começaria a mudar, quando para lá das devastações por ela traduzidas, se tornaram mais patentes os efeitos negativos conjugados da industrialização, da urbanização e da motorização; e quando se começou a fazer sentir-se, com mais nitidez, quer a interação dos fatores tecnológicos e demográficos quer a própria exiguidade e unidade do planeta. A Conferência de Estocolmo de 1972 representaria um marco decisivo.

O meio ambiente e os recursos naturais vêm, por isso, concitando uma crescente preocupação, pelas ameaças paralelas que vão sofrendo tanto pelo modo de vida das sociedades ditas desenvolvidas e do homem convertido em consumidor como pela situações de carência de sociedades pobres que não conseguem sobreviver sem o recurso à utilização, ou à destruição mesmo, dos frutos da natureza de que podem dispor sem intermediários. É o maior problema do século XXI e o Direito interno da maior parte dos Estados e o Direito internacional não o ignoram.¹²

¹² Cfr. Carla Amado Gomes, *Textos Dispersos do Direito do Ambiente*, III Volumes, Coimbra, 2005, 2008 e 2010; ou *Temas de Direito do Ambiente*, obra coletiva, Coimbra, 2011.

Na encíclica *Laudatio Si*, o Papa Francisco enfatiza a raiz humana da crise ecológica e apela a uma ecologia integral - ambiental, económica e social, cultural e da vida quotidiana.¹³

Um autor brasileiro liga a sustentabilidade ao direito ao futuro e define-a como um princípio constitucional que determina, com eficiência direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento natural e imaterial, socialmente inclusivo e equânime.¹⁴

20. Segundo o artigo 73.º da Constituição, todos têm direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender e valorizar; incumbindo ao Estado elaborar e executar políticas adequadas de ordenamento do território, e de ordenamento racional de todos os recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, promover a educação ambiental e a luta contra a desertificação e seca.

E segundo o artigo 91.º, a realização da democracia económica implica a qualidade e o equilíbrio ambientais (n.º 2, alínea e)).

Nisto encontra-se implícito um desiderato de solidariedade entre gerações declarado na Constituição brasileira de 1988 (artigo 228.º), e na Constituição portuguesa, após 1997 (artigo 66.º, n.º 2, alínea d)).

21. Embora contemplado *ex professo* no título III da parte II da Constituição, o “direito do ambiente” não suscita só, nem talvez primordialmente, direitos económicos, sociais e culturais. Conduz outrossim a direitos, liberdades e garantias ou a direitos de natureza análoga.

Quanto ao dever de defender o ambiente, trata-se de um dever fundamental, e não de mero efeito externo da previsão de um direito; e dele pode a lei extrair consequências jurídicas adequadas quer no âmbito da responsabilidade civil, quer no do ilícito de mera ordenação social, quer no do ilícito criminal.

Finalmente, a Constituição apela para a complementaridade, a interdependência e a colaboração das autarquias locais tendo como paradigma o princípio da subsidiariedade (artigo 232.º).

¹³ N.º 101 e seguintes.

¹⁴ Juarez Freitas, *Direito ao Futuro*, Belo Horizonte, pág.147.

F. Referência à fiscalização da constitucionalidade

22. Sendo consignado o princípio da constitucionalidade (artigo 3.º, n.º 2), com o corolário de a validade das leis depender da conformidade com a Constituição (artigo 3.º, n.º 3),¹⁵ não poderia, por coerência deixar de ser instituído um sistema de fiscalização da constitucionalidade.¹⁶

No domínio da inconstitucionalidade material, são, sobretudo os direitos fundamentais – como, igualmente, a prática de todos ou quase todos os países se comprova, que, por aí ficam acautelados.

23. Uma análise do sistema cabo-verdiano de fiscalização, exigiria, obviamente outro estudo.

Lembrar-se-á apenas que em Cabo Verde existem:

- Fiscalização concreta (artigos 281.º e 282.º);
- Fiscalização preventiva (artigos 278.º e 279.º);
- Fiscalização sucessiva abstrata, por ação (artigos 277.º, 280.º a 283.º), mas não existe fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

24. Há um Tribunal Constitucional, o primeiro dos tribunais (artigo 214.º, n.º 1), composto por um mínimo de três juízes eleitos pela Assembleia Nacional, por maioria de dois terços dos membros presentes desde que superior à maioria absoluta dos membros em efetividade de funções (artigos 215.º, n.º 3, e 181.º, n.º 1 alínea a)).

O mandato dos juízes é de nove anos e não renovável.

¹⁵ Cfr., por todos, Jorge Miranda, *Fiscalização da Constitucionalidade*, Coimbra, 2019.

¹⁶ Jorge Carlos Fonseca, op. cit., pág. 77 e ss.

O Precedente na Justiça Constitucional Portuguesa e Brasileira: Um Apontamento Comparado em Tempos de Crise¹

CARLOS BLANCO DE MORAIS *

I. Introdução

O significado dado a uma norma constitucional por decisões anteriores do Tribunal Constitucional afirma-se como um sub-critério na fase histórica do processo interpretativo de uma norma, já que o mesmo Tribunal, por razões de estabilidade, continuidade e coerência, tende a tomar esse significado como padrão para decisões posteriores que envolvam a interpretação da mesma norma aplicável a situações idênticas. Trata-se de um dado da realidade que se impôs no processo hermenêutico, ao ponto de, configurada a situação problemática e volvida a interpretação literal, o intérprete ter a tentação, por razões de economia de esforço, cautela e conservadorismo, de consultar os precedentes jurisprudenciais.

O “precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido”. Assim, “ (...) toda vez que um órgão jurisdicional fundamentar sua decisão valendo-se de decisão

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 109-120.

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Presidente do Grupo de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Coordenador Científico do Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ Texto inédito proferido no Congresso da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 2020.

*previamente proferida, utilizando-a como base, a decisão anteriormente prolatada será considerada um precedente”.*²

O precedente consiste, assim, num critério de decisão que constitui o fundamento determinante de um julgado que, posteriormente, se torna referencial para outros julgamentos. Cria-se uma “holding”, que transcende os motivos determinantes da decisão e que passa a condicionar ou, mesmo a vincular se o sistema jurídico assim dispuser, casos análogos no futuro.

A segurança jurídica é o princípio ancilar do Estado que a observância do precedente intenta proteger. Relativamente aos Estados da “Common Law” Mc Cormick refere que, de entre os valores prosseguidos por um Estado submetido ao “rule of law” “(...) nenhum é mais relevante do que a certeza jurídica, exceto, eventualmente, os princípios que a ela estão associados, tais como, a segurança de expectativas jurídicas e a garantia do cidadão contra ingerências arbitrárias por parte do governo e dos seus agentes”.³

II. As duas faces de Janus.

O Precedente jurisdicional, tal como Janus, tem duas faces.

Uma delas, a **face direita**, predica a estabilidade, previsibilidade e segurança na ordem jurídica. Significa que havendo um *leading case*, uma sentença cuja *ratio decidendi* envolve um critério material de decisão suscetível de generalização a outros casos, essa decisão referencial é convocada como fundamento de outras decisões posteriores, catalisando uma jurisprudência dominante que cria unidade na atividade jurisdicional e permite aos cidadãos calcular os seus comportamentos futuros.

Na Justiça Constitucional, mesmo em estados romanistas onde não funciona o sistema do “stare decisis” é difícil aprender e aplicar Direito Constitucional sem o estudo de precedentes. Em Portugal, este funciona como “soft law” constitucional, ou seja, como um complexo de critérios persuasivos de decisão seguidos pelo Tribunal Constitucional na interpretação e concretização de normas constitucionais. Já no Brasil, o relevo jurídico do precedente vai mais além, pois é reforçado por garantias importantes de direito positivo, sobretudo no contexto da última reforma do Código de Processo Civil (CPC) em sede de controlo concreto de constitucionalidade.

² DANIEL AMORIM NEVES in “Manual de Direito Processual Civil”, Salvador, 2016, p. 2328.

³ NEIL MC CORMICK, “Rethoric and the Rule of Law- a theory of legal reasoning”, New York, 2005, p. 18.

Mas o precedente também tem outra face, uma **face esquerda**, com diversos níveis de problematidade. O primeiro é o do risco de petrificação do Direito através de uma normação jurisprudencial pretoriana escrita pelos juízes. Um excesso de apego, paixão narcisista ou até soberba do Tribunal Constitucional aos seus precedentes pode cristalizar ou engessar o Direito, criando-se um positivismo jurisprudencial preguiçoso que se arrisca a não tomar em devida conta alterações circunstanciais que rodeiam o problema a decidir.

Como ensina Melvin Eisenberg relativamente aos sistemas de Common Law,⁴ o precedente deixa de corresponder a exigências de “congruência social”, cristalizando fenómenos entendidos inequivocamente na comunidade como injustos, errados, desiguais e perturbadores da tutela da confiança, não podendo ser mais justificada a sua conservação. Perde, também, a sua “consistência sistémica” quando um tribunal decide na observância do precedente, em desarmonia com outras regras do ordenamento ou com a evolução dos princípios jurídicos aplicáveis.

Em alguns casos, a Justiça Constitucional não revoga o precedente, mas restringe-o ou amplia-o aditivamente a situações ou categorias de pessoas não contempladas no critério de decisão originário, através de um procedimento qualificado na “common law” como “*distinguishing*”.⁵

Noutros casos, mais raros, revoga-se o precedente.

Essa revogação ou superação de uma tese que estriba um precedente seguido pela sua substituição por outro critério alternativo de decisão é designado, na doutrina anglo-saxónica, por “*overruling*”,⁶ sendo a revogação parcial designada por “*overriding*” e a modificação por “*transformamtion*”.⁷

Nas situações descritas pode justificar-se a alteração ou a revogação dos precedentes e é nesse processo que emergem dificuldades críticas, algumas contraditórias:

- i) em certas circunstâncias a Justiça Constitucional obstina-se a manter o precedente intocado, criando um autismo auto-referente que desafia a evolução social, e até o legislador democrático;

⁴ MELVIN EISENBERG “The Nature of Common Law”, Cambridge, 1998, p. 26, p. 37 e ss, p. 110 e ss.

⁵ LUIZ MARINONI, ult. loc cit, p. 282.

⁶ Cfr MELVIN EISENBERG “The Nature of Common Law”, op. cit, p.104.

⁷ PATRICIA PERRONE CAMPOS MELLO “Precedentes”, Rio de Janeiro, S. Paulo- Recife, 2008, p. 307.

- ii) noutras altera sub-repticiamente o precedente sem assumir que o alterou criando incerteza jurídica sobre se houve mudança e se esta, a ter ocorrido, foi pontual;
- iii) noutras ainda, altera-se bruscamente o precedente sem motivação sustentada, na base de modas jurídicas ou do circunstancialismo político, social e económico, abalando a previsibilidade do sistema.

Em 2020, por força da pandemia, existe uma grave crise económica, financeira e social. E é nestes períodos que os Tribunais Constitucionais, ora impressionam pela sua criatividade responsável ora perturbam a estabilidade do Direito criando novos precedentes em função das suas próprias perceções empíricas sobre a crise, as quais nem sempre são as mais informadas.

II. O Precedente na Justiça Constitucional Portuguesa

1. Força persuasiva do precedente

O Precedente, no plano jurídico-positivo não tem especial relevância normativa na Justiça Constitucional Portuguesa.

Assim: i) A Constituição e a Lei do Tribunal Constitucional (LTC) não se lhe referem; ii) A ratio decidendi dos julgamentos de inconstitucionalidade com força “erga omnes” não vincula decisões futuras; iii) Em controlo concreto as decisões de uniformização de jurisprudência pelo plenário do Tribunal Constitucional (TC) (artº 79º-D) estão previstas se houver discrepâncias jurisprudenciais ente as 3 secções mas não têm força vinculante para decisões futuras podendo não ser observadas.

Verifica-se, em conclusão, que em Portugal, como em Itália, o precedente constitucional tem uma força jurídica puramente persuasiva.⁸

2. Relevância fáctica como elemento interpretativo da CRP e da Lei

Se no plano positivo o precedente não releva, no plano fáctico ele tem um enorme impacto pois o TC português é fiel à sua jurisprudência dominante.⁹

O elemento histórico no processo de interpretação da Constituição constitui uma realidade compósita, incluindo, tal como se sustentou, os precedentes interpretativos.

⁸ CARLOS BLANCO DE MORAIS “Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição”, II, Coimbra, 2018, p. 641.

⁹ CARLOS BLANCO DE MORAIS ult. loc cit, p. 640 e ss.

O significado dado a uma norma constitucional por decisões anteriores do Tribunal Constitucional afirma-se como uma referência histórica do processo interpretativo, já que o mesmo Tribunal tende a tomar esse significado como padrão para ulteriores decisões que envolvam a interpretação da mesma norma. Trata-se de um dado fáctico que se impôs no processo interpretativo, ao ponto de o operador jurídico ter a tentação de, por razões de economia de esforço, consultar os precedentes jurisprudenciais antes de conjugar os elementos literais e sistemáticos.

Almeida Ribeiro, Conselheiro do Tribunal Constitucional Português, diz, muito oportunamente, o seguinte sobre o precedente (Ac nº 595/2018): “*Creio que uma jurisdição constitucional responsável cultiva aquele mínimo de stare decisis sem o qual as suas decisões não constituem uma verdadeira e própria jurisprudência, obedecendo apenas aos ventos da opinião e aos caprichos do momento. Não quero com isto dizer (...) que as inversões jurisprudenciais são ilegítimas; na verdade, mesmo nos sistemas jurídicos em que os tribunais reconhecem força jurídica ao precedente, não é invulgar os tribunais superiores alterarem jurisprudência que reputam obsoleta ou injusta (...). Mas o ponto de referência (...) é a instituição, sede duradoura de autoridade pública, e não os indivíduos que transitoriamente a protagonizam. Não são admissíveis mutações jurisprudenciais em curtíssimos intervalos de tempo, ditadas exclusivamente pela contingência da opinião, sem que tenham surgido quaisquer dados ou argumentos que não tenham sido ponderados nas decisões anteriores e sem que estas constituam, no entendimento dos juízes que são chamados a apreciar a questão ex novo (...) injustiças tão graves que o dever de promover a sua correção prevaleça sobre os imperativos de segurança (...) que reclamam o respeito pelo acquis jurisprudencial*”.

E o facto é que o Tribunal segue os seus precedentes, sem prejuízo de os atualizar e densificar.

Veja-se, por exemplo, a propósito do *principio da proteção da confiança* que o TC português convocou há muito como *leading case* o Ac nº 287/90 mas faz o respetivo *aggiornamento*, no plano aplicativo e seguindo a evolução do instituto na jurisprudência constitucional alemã, através do Ac. nº 188/2009 que completa o anterior com 4 testes e que se converteu no novo *leading case*.

Existe, pois, uma estabilização dos grandes critérios jurisprudenciais convocados pelo Tribunal Constitucional e as alterações de orientação, são raras, pese o facto de sucederem. E quando sucedem, resvalam para a face esquerda de Janus, dado que, censuravelmente, o TC quando muda de percurso, não assume a mudança, criando aditamentos ou correções furtivas em relação a decisões anteriores que transformam expressivamente o seu sentido.

Observe-se dois exemplos destas mudanças não assumidas.

O Ac. 64/91, que verteu sobre o conceito constitucional de “justa causa” no despedimento laboral, citara como precedente o Ac. n.º 107/88 que declarara que não poderia haver justa causa no despedimento por razões objetivas (razões de empresa, mercado ou extinção de posto de trabalho) mas apenas por razões subjetivas, ligadas ao comportamento do trabalhador. Tratou-se, contudo, de um falso precedente pois o Ac. 64/91 passou a admitir como constitucional a cessação do vínculo laboral fundada em razões objetivas, possibilidade que antes o Ac. n.º 107/88 considerara inconstitucional.

Noutro caso, o TC considerara há muito, e em contraste com a doutrina, que caso houvesse leis com valor reforçado (Lei do OE, Estatutos das regiões autónomas, leis orgânicas) que contivessem normas estranhas à sua reserva, essas normas não seriam formalmente inconstitucionais, podendo ser revogadas pelo legislador comum (Ac. 469/99). Contudo, sem ter assumido uma alteração de jurisprudência, o Ac. n.º 403/2009 declarou a inconstitucionalidade de norma do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores (lei reforçada pelo procedimento e especial parametricidade incluída na reserva parlamentar) que dispunha sobre símbolos nacionais, matéria própria de lei ordinária simples da reserva parlamentar, não seguindo o precedente de considerar essa regra estatutária como mero direito comum, sem valor hierárquico superior, passível de revogação pelo Parlamento a todo o tempo.

Uma excitação patriótica furtiva a respeito dos símbolos nacionais quebrou o precedente anterior ficando-se sem saber se essa quebra foi pontual ou passou a constituir um novo precedente.

3. Precedentes em tempos de crise.

Aquando da crise financeira de 2010/2014 em que Portugal ficou sob resgate financeiro, o Tribunal Constitucional decidiu atuar com criatividade e segregou como critério de referência o estado de *exceção financeira*, conceito que não consta da Constituição. As normas constitucionais, na linha de Hesse sobre o papel interpretativo do “ambiente normativo”, teriam ser descodificadas à luz da realidade e da necessidade do tempo presente e a mesma era de um estado com risco de insolvência.¹⁰

¹⁰ Sumariamente CARLOS BLANCO DE MORAIS “Curso (...)”, II Vol, 1ª Ed, 2014, p. 710 ss; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Economia Social de Mercado e Confiança: o caso das pensões de reforma em Portugal”, in “Direito e Política”, 6 (Fev-Abr 2014); AAVV “O Tribunal Constitucional e a Crise”, Org. Gonçalo de Almeida Ribeiro-Luís Pereira Coutinho, Coimbra, 2014; JORGE REIS NOVAIS, “Em Defesa do Tribunal Constitucional”, Coimbra, 2015.

Com base nesse critério novo, o TC ainda antes de 2012, não invalidara diversas normas que restringiram direitos sociais (onerações em salários, pensões) e garantias tributárias, por força do critério da necessidade *financeira* (sem essas restrições salariais, fiscais e a direitos sociais o Estado poderia ficar insolvente ou incumprir compromissos na União Europeia).

Já em 2012, no Ac. nº 352/2012, o Tribunal Constitucional julgou a inconstitucionalidade de normas do Orçamento do Estado para 2013, mas restringiu os efeitos passados da decisão, por razões de interesse público ligadas à “necessidade financeira” e até salvaguardou efeitos futuros da norma inconstitucional até ao final do ano, violando o nº 4 do artº 282º da Constituição que não o permite (só habilitando a salvaguarda de efeitos passados da norma inconstitucional) e fazendo overruling “tácito” e infundado de precedente consolidado sobre efeitos da decisão, gerando feroz crítica da doutrina

Ainda assim, o Tribunal limitou o alcance do seu próprio critério da exceção financeira, de forma a evitar que o legislador impusesse medidas de austeridade desiguais e desproporcionais que onerassem apenas direitos salariais e previdenciários. Fê-lo, criativamente, através da “*cláusula da transitoriedade temporalmente delimitada*” dos sacrifícios da exceção financeira: à medida que esta se aproximaria do seu termo, mais rigorosa passaria a ser a intensidade do controlo de constitucionalidade e maiores as exigências impostas ao legislador para equilibrar as contas públicas, mediante outras opções que não passassem por cortes em salários e pensões.

Em suma, sem ser excessivamente ativista, o TC criou uma jurisprudência de crise que, sem quebra mas fazendo alterar o precedente, aceitou maiores sacrifícios no exercício de direitos fundamentais à luz da necessidade financeira mas fixou limites temporais e circunstanciais para esses sacrifícios, à luz da igualdade, proporcionalidade e tutela da confiança, limitando a liberdade do legislador.

Pergunta-se: E agora? Com os efeitos económicos e sociais devastadores da pandemia traduzidos numa quebra abissal do Produto Interno Bruto, o Tribunal Constitucional irá usar os precedentes da jurisprudência da crise anterior para escrutinar uma possível legislação de austeridade da atual maioria?

E, neste mesmo plano emergem dilemas: caso use de um excesso de *self restraint* e de tolerância em face de eventuais medidas restritivas de um Executivo socialista, abstendo-se de usar os critérios mais severos a que fez apelo entre 2012 e 2015 quando um Executivo de Centro-Direita estava no poder, então haveria que registar que o precedente do Direito de exceção financeira teria dois pesos e duas medidas. O que seria preocupante para a isenção do Tribunal. Se os aplicar com o mesmo rigor, colocar-se-á o problema do seu ajustamento, ou não, às características da nova crise e à solvência do Estado.

Em suma: O precedente na Justiça Constitucional portuguesa é uma realidade fática e não positiva; é seguida pelo Tribunal Constitucional; muda por vezes tacitamente sem que o Tribunal assuma a mudança; fica pendente o problema de se saber se os precedentes da jurisprudência de crise de 2010/2014 valem para a crise de 2020/2023 caso sejam decretadas medidas austeritárias que afetem direitos fundamentais ou se, antes, o Tribunal Constitucional os alterará em razão das características desta crise e da maioria política atual.

II. O Precedente na Justiça Constitucional Brasileira

1. O relevo do precedente e os pressupostos e garantias contra a sua revogação

Mesmo antes do novo CPC reformado em 2014, a influência norte americana em controlo concreto de constitucionalidade e a influência alemã no controlo abstrato e no que respeita ao efeito vinculante do motivo determinante das decisões, reforçavam o precedente na jurisprudência do STF.

Em sede de controlo incidental, como ensina Gilmar Mendes, tanto a repercussão geral como as súmulas vinculantes terão, processualmente, o efeito de operarem como um remédio contra o casuísmo aleatório, a “*ideologia do caso concreto*”, o decisionismo e o ativismo judicial, já que a transcendência e a relevância da questão favorecem a fixação de marcos ou precedentes generalizáveis que permitem a “*integridade e a coerência das decisões*”.¹¹ Escreve Luiz Marinoni que “ (...) o instituto da repercussão geral, (...) deu nova ênfase à imprescindibilidade de se ter as decisões da Suprema Corte como precedentes constitucionais.”¹²

Grace Mendonça faz notar o relevo da pacificação interpretativa que, nesse plano vertical estribado na hierarquia do judiciário, deflui dos precedentes: As teses do STF “*passam a nortear as decisões a serem tomadas pelas demais instâncias do poder Judiciário, numa articulação uniformizadora de destacada relevância para a sociedade, porquanto desestimuladora do avanço de controvérsias judiciais em rota de confronto com a tese fixada.*”¹³

¹¹ GILMAR MENDES e LENIO STRECK, (in AAVV “Comentários à Constituição do Brasil”, S. Paulo, 2018, p. 1513.

¹² LUIZ GUILHERME MARINONI “Precedentes Obrigatórios”, Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2019, p. 305

¹³ GRACE MENDONÇA “Repercussão Geral Consolida Caminho para a Segurança Jurídica”, in CONJUR, 7 de maio de 2020, p. 2/7 <https://www.conjur.com.br/2020-mai-07/grace-mendonca-repercussao-geral-consolida-seguranca-juridica>

A eficácia vinculante do precedente manifesta-se, como tivemos a oportunidade de verificar, quer no **plano vertical** (obrigatoriedade de os tribunais de hierarquia inferior acatarem o precedente presente em decisões de tribunais supremos) quer no **plano horizontal** (vinculação de um Tribunal Supremo aos respetivos precedentes).¹⁴

É impossível ignorar, no plano vertical, a enorme importância do precedente consolidado, no que respeita à pacificação de uma multiplicidade de litígios tramitados e julgados nos tribunais comuns que envolvam a mesma questão de constitucionalidade.

Alguma doutrina alude à “*inexistência de tradição de respeito às decisões dos tribunais superiores no direito brasileiro, seja pelo próprio judiciário, seja pela Administração Pública, seja pelos prestadores de serviços públicos (...)*”¹⁵, realidade que foi devidamente tomada em conta na configuração do regime e efeitos da repercussão geral e do sistema de precedentes quando da aprovação da Emenda Constitucional nº 45 /2004 e do novo CPC.

Interessa, contudo, a este artigo examinar a **eficácia horizontal** dos precedentes do STF, no exercício do controlo concreto de constitucionalidade. Isto porque o fundamento da observância pelo Supremo do seu próprio precedente assenta na ideia de Estado de direito, a qual reclama a segurança jurídica, a igualdade, a proibição do arbítrio e a subordinação do poder ao próprio direito que cria, revela ou interpreta.

O actual Presidente do STF, Ministro Fux, que teve um papel relevante na feitura do novo CPC, destacou no 2422 AgR (Agravo Regimental),¹⁶ a importância da observância do precedente pelo STF:

Quando foi elaborado o novo Código (CPC), nós entendemos de adotar uma praxe do sistema da common law e prestigiarmos o precedente. Só que, ao lado desse prestígio do precedente, há o prestígio, digamos assim, da segurança jurídica, princípio de que a jurisprudência não pode causar uma surpresa ao jurisdicionado que no momento em que propusera a ação o panorama jurídico era um, depois ele se modifica.

O CPC reforça o precedente através de vários institutos garantísticos. E aqui há uma clara diferença em relação a Portugal. Assim, o artº 926 do CPC prescreve no seu

¹⁴ LUIZ GUILHERME MARINONI ult. loc cit, p. 91.

¹⁵ TAÍS SCHILLING FERRAZ “O Precedente na Jurisdição Constitucional”, S. Paulo, 2017, p. 78.

¹⁶ Ministro Luiz Fux, AR 2422 AgR, Tribunal Pleno, de 25/10/2018

prémio que os “tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

O precedente, em sede de controlo concreto de constitucionalidade, sendo, por regra, estável, não configura uma realidade estanque às inovações objetivas ocorridas na ordem jurídica.

Emendas constitucionais e alterações a certas leis estruturantes, mutações jurídicas informais de carácter inequívoco da Constituição, alterações fácticas de quadros de constitucionalidade a deslizar para a inconstitucionalidade, erros, incongruências ostensivas da realidade social com as razões que justificaram o precedente podem autorizar, excecionalmente, a sua alteração ou revogação pela Justiça Constitucional. Pretender um cristalização do precedente obstaculizaria o progresso e o desenvolvimento evolutivo do direito.

Ora, sobre as alterações ou revogações de teses jurisprudenciais, o artº 927, § 4º do CPC, reza: “*A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia*”.

Tal significa a necessidade de o STF justificar, de forma exigente e detalhada, as razões que o levaram a revogar ou alterar o seu critério de decisão até aí pacificado, mormente em sede de precedente. Fá-lo à luz de 3 princípios constitucionais que impõem uma motivação materialmente fundada, que previna o risco de futuros tratamentos desiguais de casos iguais e que tornam exigível uma ponderação sobre o modo como, na própria decisão e em outros recursos pendentes de igual objeto, se podem salvaguardar as legítimas expectativas dos recorrentes na continuidade de um critério de decisão que se encontre minimamente consolidado.

Se uma decisão cujo défice de motivação na superação de um precedente afronte os exigentes critérios do artº 927, § 4º, ela pode ser impugnada mediante embargos de declaração, nos termos do artº 498, §1º, V do CPC.

Do artº 927, § 4º do CPC decorre, também e inequivocamente, o princípio da transparência, o qual torna **inadmissíveis alterações implícitas, sorrateiras ou subtis de precedentes** (como as que observámos na jurisprudência portuguesa) em que um tribunal muda um critério de decisão sem assumir essa mudança ou sem a justificar remetendo o motivo para uma fórmula jurídica opaca ou para o direito ordinário.

Finalmente a verificar-se um “*overruling*”, haveria que aplicar o artº 927, § 3º do CPC, o qual prevê o “*prospective overruling*”. Daqui resulta que, no julgamento de recurso extraordinário, onde o STF entenda por adequada uma alteração brusca de

jurisprudência, o mesmo Tribunal pode conferir apenas, efeitos futuros (*ex nunc*) à sua decisão, preservando, por razões de segurança jurídica ou interesse social, as situações passadas, que ficarão ainda sujeitas ao regime do precedente que irá ser revogado ou modificado.

2. O Precedente e a crise económica e financeira

Em regra, em caso de crise económica os tribunais constitucionais são mais benignos com o legislador e mais restritivos de direitos sociais. No Brasil, assistimos recentemente na ADIN 6363, à mitigação do princípio da intangibilidade salarial, em que, sem ter posto em causa o precedente, o STF, numa reinterpretação da norma constitucional, afirmou que a redução salarial seria permitida se estabelecida fora da contratação coletiva por acordo entre trabalhador/empregador no âmbito do contrato individual de trabalho.

Mas será que razões de ordem económica ligadas à atual pandemia justificariam a revogação de precedentes garantísticos de direitos fundamentais e que resultassem, por exemplo, na redução dos salários dos servidores públicos ao mínimo existencial ou a supressão ou restrição do *direito dos particulares a uma justa indemnização por danos causados pelos poderes públicos* (artº 37, § 6º, da Constituição)? A resposta, em nome da segurança jurídica que inere ao Estado de Direito deveria ser, cautelosamente negativa.

A revogação de precedente, e por maioria de razão um precedente confirmado em Plenário do STF, exigiria que a factualidade económica, social e financeira, gerada pela pandemia:

- i) Tivesse potenciado uma alteração constitucional por emenda ou mutação informal, realidade que não ocorreu;
- ii) Tivesse radicado num erro ou deixado de corresponder às exigências de congruência social perdido a sua “consistência sistémica”;
- iii) Tivesse, à luz do critério da “reserva do financeiramente possível”, criado uma situação de força maior extrema que impedisse factualmente a União de indemnizar os particulares lesados pelas suas decisões jurídicas, sob pena de um risco evidente de insolvência do Estado.

Nestes termos, o afastamento brusco ou sub-reptício de precedentes não fundamentados no artº 927, § 4º do CPC seria um ato arbitrário.

Em abono deste entendimento, fará sentido convocar a decisão que julgou no STF o RE 870.947, sendo especialmente significativo o voto Ministro Alexandre de Moraes. Razões de ordem social não justificariam que os poderes públicos deixassem de pagar integralmente as suas dívidas.

O relator, Ministro Alexandre de Moraes, reconheceu que os “(...) *créditos liquidados em desfavor da Fazenda Pública representam (...) lesões a direitos perpetrados pela Administração há muito tempo, mesmo décadas*”. E rematou: “ (...) embora “ *não se desconheça da gravidade da crise fiscal em que se encontram muitos entes públicos, a dimensão econômica do direito em debate é, em regra, tolerável para as Fazendas Públicas*”.

Segue-se mesma linha, o entendimento de Gilmar Mendes sobre o tema da repercussão geral: decisões judiciais, mesmo as que vertam sobre o reconhecimento da repercussão geral “*devem ser geradas por princípios e não por políticas. Quer dizer, por argumentos jurídicos, voltados à defesa de direitos, e não por argumentos econômicos, políticos, sociais ou morais*.”

Não se entende, por conseguinte, que recentemente, num processo que foi objeto de recente decisão do STF sobre o setor sucroalcooleiro, se tenha registado uma revogação tácita e subtil do precedente por razões econômicas.

Surfar em razão da conjuntura e ignorar precedentes sem explicita e motivadamente os revogar cria uma insegurança jurídica que não abona em favor do investimento e da estabilidade das relações jurídicas.

IV. Conclusão

No plano da segurança jurídica que a jurisprudência constitucional deveria garantir, o ideal seria que Janus tivesse, a propósito do precedente, apenas uma face na Justiça Constitucional, com os seguintes vinhos:

- i) respeito pelo precedente como imperativo da segurança jurídica sem prejuízo da sua atualização em nome do progresso do Direito;
- ii) alteração ou revogação dos precedentes em situações extraordinárias ou excepcionais, exaustivamente motivadas à luz da segurança jurídica, igualdade e proteção de confiança;
- iii) garantia, em caso de alteração, da salvaguarda das expectativas dos cidadãos nos casos em julgamento;
- iv) defesa da estabilidade jurisprudencial em face da contingência razões econômicas e sociais, salvo casos extremos de força em que esteja em causa a solvência das instituições.

As crises excepcionais, implicam inventividade da justiça Constitucional mas essa inventividade não pode desidratar o Estado de direito nem devassar a seara do Legislador, protegida pelo princípio da separação de poderes.

A evolução dos crimes de corrupção no direito penal de Macau

JORGE GODINHO *

Sumário: Introdução; 1. Objecto; 2. Áreas; 3. O Comissariado Contra a Corrupção; 4. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC); 5. Uma perspectiva de direito comparado. I. Corrupção de funcionários; 6. Evolução legislativa; 7. Conceito de funcionário; 8. Corrupção activa e passiva; 9. Pagamentos a terceiros; 10. Responsabilidade das pessoas colectivas. II. Crimes conexos; 11. Recebimento indevido de vantagem; 12. Tráfico de influência; 13. Participação económica em negócio; 14. «Enriquecimento ilícito» ou «riqueza injustificada»; Conclusões.

Introdução

1. Objecto

Este estudo de direito penal (parte especial) procurar oferecer uma panorâmica geral da evolução dos crimes de corrupção e crimes conexos na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) da República Popular da China (RPC).

O texto começa por identificar as quatro principais áreas abrangidas pelos vários crimes de corrupção actualmente previstos: corrupção de funcionários;

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 121-153.

* Professor associado do ISMAT; Professor visitante da Universidade de Macau.

corrupção no comércio externo, corrupção no sector privado e corrupção eleitoral.

A abordagem da corrupção de funcionários e o conceito de funcionário ocupa a parte II. O texto ocupa-se, na parte III, de vários crimes com conexões estreitas à problemática da corrupção, que gravitam na sua órbita e que na prática expandem ou completam esta área, a saber: recebimento indevido de vantagens, tráfico de influências, participação económica em negócio e, por fim, do «enriquecimento ilícito» ou «riqueza injustificada».

A análise destes crimes permite chegar à conclusão geral de que o direito de Macau se tem vindo progressivamente a afastar do direito português e não tem acompanhado a rápida evolução, internacional e comparada, que tem tido lugar nesta área. Após um grande avanço em 1987, com a aprovação da Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro (regime penal da corrupção), deu-se um recuo parcial em 1995 com a aprovação do Código Penal de Macau, que eliminou dois dos crimes que tinham sido introduzidos em 1987.

No plano normativo, pode hoje falar-se num certo «envelhecimento» do direito penal da corrupção de Macau. Porém, cabe notar que em certos aspectos, com destaque para o crime de «riqueza injustificada» ou «enriquecimento ilícito», o direito de Macau assumiu uma dureza que Portugal não acompanhou.

Nesta base, são apontadas algumas lacunas que poderiam ser supridas através de reformas legislativas.

2. Áreas

O direito penal da corrupção é um domínio relativamente vasto: é possível operar algumas subdivisões no seu seio. A corrupção de funcionários, o sector «clássico», é apenas uma de quatro áreas abrangidas pela legislação vigente em Macau:

- a) *corrupção de funcionários*: trata-se da área «histórica», incluída no Código Penal de Macau de 1995 (artigos 336.º a 339.º), que prevê diversos tipos legais de crime, conforme referido adiante;¹

¹ Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 58/95/M, de 14 de Novembro, com várias alterações subsequentes. Toda a legislação de Macau pode ser consultada na página da Imprensa Oficial (disponível, para as versões em português, em www.io.gov.mo/pt/home/).

- b) *corrupção no sector privado*: trata-se de uma área introduzida pela Lei n.º 19/2009, de 17 de Agosto, que prevê penas para a corrupção passiva (até 1 ano de prisão para casos simples; até 2 anos de prisão para casos agravados em que haja distorção de concorrência; até 3 anos de prisão para casos agravados em que possa haver risco para a saúde ou segurança de terceiros) e para a corrupção activa (até 6 meses de prisão para casos simples; até 1 ano de prisão para casos agravados em que haja distorção de concorrência; até 2 anos de prisão para casos agravados em que possa haver risco para a saúde ou segurança de terceiros);
- c) *corrupção activa no comércio externo*: trata-se de uma área relativamente recente, introduzida pela Lei n.º 10/2014, de 31 de Dezembro² (punível com pena de prisão até 3 anos), que compreende a corrupção de funcionários externos ou estrangeiros;
- d) *corrupção eleitoral*: trata-se aqui de criminalizar a chamada «compra de votos» nas eleições para a Assembleia Legislativa; esta matéria consta da lei eleitoral (art. 170.º da Lei n.º 3/2001, de 5 de Março).

Estas quatro áreas são, no seu conjunto, os crimes de corrupção actualmente vigentes no ordenamento jurídico de Macau.

Vários sistemas jurídicos criminalizam igualmente a corrupção em eventos desportivos. Trata-se de uma questão que recentemente tem vindo a crescer de importância devido a práticas de combinação de resultados (*match-fixing*) relacionadas com apostas desportivas. O primeiro tratado de direito penal transnacional nesta matéria foi concluído em 2014 no âmbito do Conselho da Europa.³ Porém, Macau ainda não aprovou legislação a este respeito.

3. O Comissariado Contra a Corrupção

Cabe referir, a título preliminar, a existência em Macau, desde há três décadas, de uma entidade pública especializada no domínio da corrupção. Na actuali-

² Esta lei segue a mesma linha do *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, dos Estados Unidos; e da *Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transacções Comerciais Internacionais*, da OCDE, de 1997 (em vigor desde 15 de Fevereiro de 1999), com 44 Estados Parte em Setembro de 2020 (dos quais oito não são membros da OCDE; a RPC não é parte nesta convenção). Cfr. Mark Pieth, Lucinda Low e Peter Cullen (eds.), *The OCDE Convention on Bribery. A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Há igualmente que ter em conta o art. 16.º da *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, referida *infra*.

³ *Convenção do Conselho da Europa sobre a Manipulação de Competições Desportivas*, de 18 Setembro de 2014 (conhecida como *Convenção Macolín*), CETS 215 (em vigor desde 1 de Setembro de 2019), com seis partes em Setembro de 2020.

dade, trata-se do Commissariado Contra a Corrupção de Macau (amplamente conhecido pela sigla CCAC).

Esta entidade deu continuidade ao trabalho do anterior Alto Commissariado contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa (conhecido como ACCIA), criado em 1990.⁴ O primeiro Comissário foi Jorge Alberto Aragão Seia (1936-2005), juiz conselheiro que posteriormente foi Presidente do Supremo Tribunal de Justiça (2001-2005). O segundo Comissário foi Luís Mendonça de Freitas, juiz desembargador. O ACCIA foi extinto e substituído pelo CCAC com a retrocessão da soberania para a RPC em 20 de Dezembro de 1999.⁵

A existência do CCAC está prevista na própria Lei Básica de Macau (artigo 59.º). Este órgão (tal como, anteriormente, o ACCIA) tem uma dupla função: por um lado, ocupa-se da prevenção e investigação da corrupção; por outro, exerce também funções de provedoria de justiça.⁶ O CCAC é um órgão independente, responsável perante o Chefe do Executivo. O Comissário é titular de um dos principais cargos da RAEM; é nomeado pelo Governo Popular Central mediante indigitação do Chefe do Executivo.⁷

O primeiro Comissário do CCAC foi Cheong U (1999-2009), que de seguida exerceu as funções de Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura (2009-2014). O segundo Comissário foi Vasco Fong Man Chong (2009-2014), actualmente juiz desembargador do Tribunal de Segunda Instância. O terceiro Comissário foi Cheong Weng Chon (2014-2019), actual Secretário para a Justiça. O actual Comissário é Chan Tsz King (2019-).

4. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC)

No plano normativo, o instrumento de direito internacional mais importante na RAEM neste domínio é a *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção* de 2003 (CNUCC)⁸. Este importante tratado multilateral foi ratificado em Janei-

⁴ Lei n.º 11/90/M, de 10 de Setembro. A experiência portuguesa da Alta Autoridade contra a Corrupção, criada em 1983, terá sido, em parte, o modelo inspirador da criação do ACCIA em Macau.

⁵ Lei n.º 10/2000, de 14 de Agosto.

⁶ Quanto a este aspecto, cfr. Stephen Thomson, «The public sector ombudsman in greater China: four 'Chinese' models of administrative supervision», *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 39(2), 2017, 435 ss (estudo comparado da provedoria de justiça na China continental, em Macau, Hong Kong e Taiwan).

⁷ Artigos 59.º e al. 6) do art. 50.º da Lei Básica de Macau.

⁸ *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, adoptada pela Resolução n.º 58/4 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de Outubro de 2003 (UNTS, vol. 2349, 41

ro de 2006 pela RPC, que declarou a sua aplicação às duas regiões administrativas especiais de Macau e de Hong Kong.⁹

A CNUCC exige ou sugere um vasto leque de medidas preventivas e repressivas. Trata-se do mais importante instrumento de direito internacional contra a corrupção. A CNUCC faz parte do direito penal transnacional, um domínio no qual os Estados harmonizam a sua política criminal em várias áreas e organizam a cooperação de modo a facilitar a aplicação do direito penal.¹⁰

Os tratados internacionais que visam o controlo de certas formas de criminalidade, as chamadas «convenções de supressão», têm historicamente servido para criar regimes de proibição em matérias como a pirataria, a escravatura, o terrorismo, as drogas, o crime organizado, a corrupção ou o branqueamento de capitais. Um dos objectivos práticos que preside à sua elaboração consiste em tentar eliminar qualquer «refúgio» (*sanctuary*, na expressão inglesa geralmente usada a este propósito) que possibilite a prática de crimes ou a fuga à justiça.¹¹

A CNUCC, tal como vários outros instrumentos de direito penal transnacional, inclui várias abordagens. Por um lado, estabelece medidas mínimas obrigatórias, que podem ser excedidas pelos Estados Parte.¹² Em certos casos, como no crime de tráfico de influência (art. 18.º) ou no crime de «enriquecimento ilícito» (art. 20.º), a Convenção apenas apresenta sugestões, ou seja, não exige a criminalização de forma vinculativa — o que geralmente é devido a falta de consenso sobre a matéria durante a sua negociação. Como é habitual no domínio do direito penal transnacional, a CNUCC necessita de ser transposta para o direito interno, já que cria apenas obrigações internacionais de adopção de medidas legislativas (especialmente em matéria de criminalização) ou outras, respeitando a soberania das partes. Os agentes do crime são depois julgados unicamente de acordo com a legislação penal doméstica vigente em cada Estado, e não com base do direito internacional. Esta metodologia «dualista» é claramente expressa no n.º 9 do art.º 30 da CNUCC:¹³

ss), em vigor na ordem internacional desde 14 de Dezembro de 2005, com 187 partes em Setembro de 2020.

⁹ Aviso do Chefe do Executivo n.º 5/2006, *Boletim Oficial*, Série II, n.º 7, suplemento, 21 de Fevereiro de 2006, 1436(2) ss.

¹⁰ Neil Boister, *An introduction to transnational criminal law*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2018, 18 ss.

¹¹ Ethan Nadelmann, «Global prohibition regimes: the evolution of norms in international society», *International Organisation*, n.º 44, 1990, 479 ss.

¹² Nas disposições finais é expressamente referido que «Cada Estado Parte poderá adoptar medidas mais estritas ou mais rigorosas que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção» (n.º 2 do art. 65.º).

¹³ Que vem na sequência de disposições em tudo idênticas de convenções anteriores (n.º 11 do art. 3.º da *Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e*

Nenhuma das disposições da presente Convenção deverá prejudicar o princípio segundo o qual a definição das infracções nela estabelecidas e dos meios jurídicos de defesa aplicáveis, bem como outros princípios jurídicos que regulem a legalidade das infracções, são do foro exclusivo do direito interno desse Estado Parte e segundo o qual as referidas infracções são objecto de procedimento judicial e punidas de acordo com o direito desse Estado Parte.

Assim, é ao direito interno de cada Estado que cabe regular todas as questões de direito penal substantivo, incluindo a tipificação dos crimes ou as causas de justificação; o mesmo acontece em relação ao confisco das vantagens do crime.¹⁴ Esta reserva a favor do direito interno determina a necessidade de abordagens de direito penal comparado com vista a entender a forma como a Convenção é cumprida em cada sistema jurídico.

5. Uma perspectiva de direito comparado

Na RAEM o direito penal emana de leis aprovadas pela Assembleia Legislativa, o parlamento regional.¹⁵ O direito penal encontra-se maioritariamente no Código Penal de Macau de 1995. Há ainda a considerar um certo número de leis penais extravagantes.¹⁶ O Código Penal prevê os crimes de corrupção de funcionários e de participação económica em negócio.

Substâncias Psicotrópicas de 1988; e n.º 6 do art. 11.º da *Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional* de 2000).

¹⁴ Art. 31.º, n.º 10, CNUCC.

¹⁵ Há ainda que ter em conta legislação penal aprovada por meio de Decreto-Lei, pelo Governador de Macau, antes da retrocessão em 20 de Dezembro de 1999, ao abrigo de leis de autorização legislativa emitidas pela Assembleia Legislativa (o Código Penal de 1995 foi aprovado desta forma). Salvo algumas excepções, tais diplomas permaneceram em vigor após 20 de Dezembro de 1999. Cfr. Jorge Godinho, *Macau business law & legal system*, Hong Kong: LexisNexis, 2007, 5. O quadro de fontes da Lei Básica não contempla a figura dos Decretos-Lei.

¹⁶ Cfr. uma lista de legislação penal extravagante in Jorge Godinho, *The Macau Penal Code and other penal laws in English unofficial translation* (última actualização: 31 de Março de 2020), disponível em Social Science Research Network (<http://ssrn.com/abstract=2235536>).

Existe também bastante jurisprudência neste domínio, designadamente do Tribunal de Última Instância,¹⁷ cujas posições são geralmente seguidas pelos tribunais inferiores de Macau.

Numa perspectiva de direito comparado, se atendermos sobretudo à vertente técnico-jurídica concluímos que Macau pertence à família romano-germânica.¹⁸ A influência da tradição jurídica alemã sobre o direito penal de Macau, recebida através de Portugal, é claramente visível. O legado português nas fontes de direito é um produto da história, começando pela centralidade dos “cinco grandes códigos” da tradição romano-germânica: o Código Penal, o Código de Processo Penal, o Código Civil, o Código Comercial e o Código de Processo Civil. Esta influência é igualmente nítida na interpretação jurídica e nos métodos de trabalho dos juristas.

A filiação alemã do Código Penal de Macau de 1995 e do Código Civil de Macau de 1999 é inquestionável. Macau pertence a esta tradição devido ao afastamento de Portugal da tradição francófona a partir das primeiras décadas do século XX.¹⁹ A transição do direito penal para a influência da dogmática alemã iniciou-se pouco depois e culminou com a aprovação do Código Penal português de 1982.²⁰

¹⁷ Jorge Godinho e Paulo Cardinal, «Macau's Court of Final Appeal», in Simon Young e Yash Ghai (eds.), *Hong Kong's Court of Final Appeal. The development of the law in China's Hong Kong*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, 608 ss.

¹⁸ É evidente que Macau não é um sistema jurídico misto, apesar da existência de alguns “transplantes jurídicos” da *common law* (existem alguns no domínio do direito privado, como a garantia flutuante ou o secretário da sociedade). Para uma discussão detalhada na perspectiva do direito comparado, considerando outras dimensões para além da perspectiva técnico-jurídica, cfr. Jorge Godinho, «Uma soberania, dois sistemas sociais, três tradições jurídicas: o sistema jurídico de Macau e a família romano-germânica», in Leonel Alves, Tong Io Cheng e Paulo Cardinal (orgs.), *Terceiras Jornadas de direito e cidadania da Assembleia Legislativa da RAEM. Sentido e importância do direito comparado no âmbito do princípio 'um país, dois sistemas'*, Macau: Assembleia Legislativa, 2016, 101 ss.

¹⁹ Esta viragem deu-se primeiro no direito civil, pela disseminação do Pandectismo, através das obras de Heinrich Dernburg (1829-1907) e Bernard Windscheid (1817-1892), iniciada no ensino de Guilherme Moreira (1861-1922) na Universidade de Coimbra. Em 1923, o plano de estudos de direito foi modificado para seguir o método alemão; cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, I, *Parte geral*, tomo I, Coimbra: Almedina, 1999, 69 ss; António Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*, 3.^a ed., Mem Martins: Europa-América, 2003, 284, 310 ss.

²⁰ O Código Penal Português de 1852 inspirou-se no Código Penal francês de 1810; o segundo Código Penal, de 1886, seguiu a mesma tradição, por ser no essencial uma reforma daquele. Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal. Parte geral*, Tomo I, *Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 3.^a ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, 77 ss; José de Faria Costa, *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa Nacional, 2017, 176. O actual Código Penal português, de 1982, baseou-se nos projectos apresentados em 1963 (parte geral) e 1966

A tradição alemã oferece um rico e sofisticado sistema conceptual da responsabilidade penal, que tenta ser de uma natureza quase científica e se baseia na elaboração lógica e no apuramento dos conceitos realizado nas universidades.²¹ É, pois, normal encontrar os universitários na génese da codificação, como ocorreu em Portugal e em Macau, nomeadamente com o Código Penal de 1995,²² o Código Civil de 1999²³ e o Código Comercial de 1999.²⁴ O termo «direito de professores» (*Professorenrecht*) é por vezes usado para descrever esta realidade. Os professores de direito têm grande destaque na elaboração de leis, sobretudo as mais extensas e complexas. «*The teacher-scholar is the real*

(parte especial) pelo Prof. Eduardo Correia (1915-1991), que não foram convertidos em lei na década de 1960, mas serviram de base ao Código Penal português de 1982, como é expressamente afirmado no seu preâmbulo. «Quer no sistema, quer na redacção dos artigos, o Código Penal português constitui em grande parte uma versão do Código alemão»: assim, Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Lições de direito penal. Parte geral*, I, *A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, 4.ª ed., Lisboa: Verbo, 1992, 50. Na Ásia oriental, a influência alemã é visível em outros sistemas jurídicos, designadamente no Japão, na Coreia do Sul e na Tailândia.

²¹ Michael Bohlander, *Principles of German criminal law*, Portland OR: Hart, 2009, 9 («German law is to a large extent based on more or less strict application of logic and well-developed legal methods on interpretation»); Howard Fisher, *German legal system and legal language*, Londres: Cavendish, 1996, vii («Germany has one of the most scientific legal systems anywhere in the world»; «there is a seemingly endless supply of formal terminology»). A abordagem científica é muito visível na metodologia jurídica, cuja obra mais conhecida é provavelmente a *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* de Karl Larenz (1903-1993), que foi traduzida para várias línguas (Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, tradução da 6.ª edição alemã, de 1991, por José Lamego, com uma nótula do tradutor no final: *Um filho do seu tempo*, 701 ss).

²² Como referido, o Código Penal português de 1982 seguiu de perto o Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*, na reforma de 1975); uma grande reforma do Código Penal de 1982 foi promulgada em 1995, com base num projecto preparado pelo Prof. Jorge de Figueiredo Dias, que foi também o autor do projecto de Código Penal de Macau (concluído e apresentado em Fevereiro de 1991); cfr. Jorge de Figueiredo Dias, «Oportunidade e sentido de um Código Penal para Macau», em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, vol. 3, ano I, 1997, 19 ss.

²³ Muitos professores universitários estiveram envolvidos na preparação do Código Civil Português de 1966 (em especial o Professor Doutor Adriano Vaz Serra, 1903-1989), bem como na sua reforma em 1977. Para os universitários envolvidos na preparação do Código Civil de Macau de 1999, ver *Projecto do Código Civil de Macau*, Governo de Macau, 2008, iii ss.

²⁴ Augusto Teixeira Garcia, Dan Wei, Paula Nunes Correia e Tong Io Cheng, «Codification in China. The special case of Macau», in J.C. Rivera (ed.), *The scope and structure of Civil Codes*, Dordrecht: Springer, 2013, 83 ss; Governo de Macau, *Projecto do Código Comercial de Macau*, Macau: Governo de Macau, 2008, ii ss.

protagonist of the civil law tradition. The civil law is a law of professors».²⁵ A doutrina influencia directamente as leis, as codificações e as decisões dos tribunais.²⁶

O resultado desse trabalho académico reflecte-se na organização dos códigos e, principalmente, nas suas partes gerais, que oferecem generalizações, princípios, sistemas e métodos alcançados após longos debates académicos. A dogmática penal orienta e facilita a resolução dos problemas concretos, propicia uma aplicação lógica e uniforme e torna o sistema mais simples e manejável.²⁷ O sistema é em alguma medida dedutivo embora, em certos pontos, algo complexo. O domínio das partes gerais dos códigos principais e a sua correcta articulação com as partes especiais pode, por vezes, ser uma tarefa árdua. Ocorre talvez uma excessiva predominância das partes gerais sobre as partes especiais na formação dos juristas, designadamente no direito penal.

Neste contexto, as bases do actual sistema jurídico de Macau foram consolidadas no período pós-colonial da administração portuguesa (1974-1999). Foi sobretudo após a assinatura da Declaração Conjunta Luso-Chinesa, em 1987, que se deu uma rápida modernização do sistema jurídico e uma reforma da organização judiciária, com a criação de um tribunal de segunda instância. Foi criada uma licenciatura (depois faculdade) de direito na Universidade de Macau e, nos últimos doze anos da administração portuguesa, teve lugar uma intensa actividade. O legado da administração portuguesa, que terminou em 19 de Dezembro de 1999, resulta deste trabalho de modernização e «localização» feito ao longo de mais de uma década, e que foi constantemente negociado entre Portugal e a China no Grupo de Ligação Conjunto.

O Código Penal de Macau 1995 coincide, em muitos aspectos, com o Código Penal português na versão resultante da importante reforma de 1995. Diferentemente de Portugal, onde a introdução de alterações mais ou menos pontuais ao Código Penal é uma constante,²⁸ em Macau a dinâmica da produção legislativa é assaz diversa. Têm sido relativamente poucas as alterações introduzidas

²⁵ John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, *The civil law tradition. An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, 4ª ed., Stanford CA: Stanford University Press, 2018, 57.

²⁶ Michael Bohlander, *Principles of German criminal law* (n. 21), 8 s (referindo que os comentários dos códigos «do not just digest the development of literature and jurisprudence, but they also analyze them and criticize the arguments put forward by writers and judges and if they happen to disagree with them, set out their own view of how things should be done»).

²⁷ Claus Roxin, *Derecho penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid: Civitas, 1997 (trad. da 2.ª ed. alemã, de 1994), 207 ss.

²⁸ «O furor legislativo não tem barreiras»; assim conclui, após um levantamento de múltiplas alterações ao Código Penal, José de Faria Costa, *Direito Penal* (n. 19), 179.

ao Código Penal de Macau, o que explica em parte as conclusões a que chegaremos, e significa que a divergência entre os dois sistemas se vai lentamente acentuando.

I. Corrupção de funcionários

6. Evolução legislativa

A base jurídica dos crimes de corrupção foi, durante um século, constituída pelos artigos 318.º a 323.º do Código Penal de 1886. Em 1987, a Assembleia Legislativa de Macau aprovou uma ampla reforma, o que implicou retirar a matéria do Código Penal. No curto preâmbulo da Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro (regime penal da corrupção), pode-se ler:

A corrupção é ainda hoje punida em Macau pelas disposições constantes do Código Penal de 1886, não sendo, por isso, de estranhar que as respectivas normas incriminadoras se revelem menos precisas na descrição dos tipos legais e inadequadas à repressão de delitos que minam e desacreditam a Administração do Território e prejudicam os cidadãos em geral.

A Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro, claramente inspirada no Código Penal português de 1982, com várias modificações ou adaptações, operou uma profunda transformação.²⁹ Podemos afirmar que criou um enquadramento moderno e amplo na área dos crimes de corrupção: manteve a distinção entre corrupção activa e passiva; criminalizou o tráfico de influência, a participação económica em negócio, o recebimento indevido de vantagens e a infidelidade; e introduziu um regime não penal sobre «sinais exteriores de riqueza injustificada» («enriquecimento ilícito»), com consequências disciplinares.³⁰ Esta lei acabou por não vigorar durante muitos anos, já que foi revogada em 1995 com a entrada em vigor do Código Penal de Macau.

O Código Penal inseriu os crimes de corrupção de funcionários no Capítulo V da Parte Especial («Crimes cometidos no exercício de funções públicas»), sub-

²⁹ A sua aprovação deu-se durante o ano inicial do mandato do Governador Carlos Melancia (g. 1987-1990), e alguns meses depois da aprovação, em Portugal, da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos).

³⁰ Sobre esta matéria, cfr. Jorge Godinho, «Do crime de riqueza injustificada», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, n.º 24, ano XI, 2007, 17 (disponível na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1097243>).

dividido entre uma Secção I (que contém apenas o conceito de funcionário) e uma Secção II (que prevê os crimes de corrupção activa e passiva):

CAPÍTULO V

Crimes cometidos no exercício de funções públicas

SECÇÃO I

Disposição preliminar

Artigo 336.º

(Conceito de funcionário)

1. Para efeitos do disposto no presente Código, a expressão funcionário abrange:

- a) O trabalhador da administração pública ou de outras pessoas coletivas públicas;
- b) O trabalhador ao serviço de outros poderes públicos;
- c) Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou a participar ou colaborar no desempenho de uma atividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional.

2. Ao funcionário são equiparados:

- a) O Governador e Secretários-Adjuntos, os Deputados à Assembleia Legislativa, os vogais do Conselho Consultivo, os magistrados judiciais e do Ministério Público, o Alto-Comissário contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa e os titulares dos órgãos municipais;
- b) Os administradores por parte do Território e os delegados do Governo;
- c) Os titulares dos órgãos de administração, de fiscalização ou de outra natureza e os trabalhadores de empresas públicas, de empresas de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público, bem como de empresas concessionárias de serviços ou bens públicos ou de sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo.

SECÇÃO II

Corrupção

Artigo 337.º

(Corrupção passiva para acto ilícito)

1. O funcionário que, por si ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de ato ou de omissão contrários aos deveres do cargo, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.
2. Se o facto não for executado, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.
3. A punição não tem lugar se o agente, antes da prática do facto, voluntariamente repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitara, ou restituir a vantagem, ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor.

Artigo 338.º

(Corrupção passiva para acto lícito)

1. O funcionário que, por si ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de ato ou de omissão não contrários aos deveres do cargo, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.
2. É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 3 do artigo anterior.

Artigo 339.º

(Corrupção activa)

1. Quem, por si ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro com conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial que ao funcionário não seja devida, com o fim indicado no artigo 337.º, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.
2. Se o fim for o indicado no artigo anterior, o agente é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.
3. É correspondentemente aplicável o disposto na alínea b) do artigo 328.º

O Código Penal de Macau tipifica como corrupção condutas em que um funcionário solicita ou aceita vantagens como contrapartida de acções ou omissões relacionadas com funções públicas; e em que terceiros dão ou prometem vantagens para tal fim. O regime previsto consiste em quatro tipos legais de crime que resultam do cruzamento de dois critérios: a corrupção pode ser passiva ou

activa e, por outro lado, pode ser para acto ilícito ou para acto lícito. As formulações usadas coincidem no essencial com o regime previsto do Código Penal português de 1982, na redacção resultante da reforma de 1995 (art. 373.º ss). O regime português foi posteriormente objecto de várias alterações, diferentemente do de Macau, que permanece inalterado.

7. Conceito de funcionário

Cabe tecer breves considerações sobre o conceito de funcionário para efeitos penais (art. 336.º do CP de Macau), que dá aos crimes de corrupção passiva a natureza de crimes específicos.

Em primeiro lugar, o conceito penal de funcionário é mais amplo do que no direito administrativo: para além dos funcionários públicos *stricto sensu*, abrange também os titulares dos principais cargos da RAEM, ou seja, o Chefe do Executivo,³¹ os Secretários (equivalentes a ministro), e outros altos dirigentes, bem como os deputados à Assembleia Legislativa e os magistrados. O conceito abrange, desta forma, a totalidade dos cargos constitucionais, políticos, administrativos, legislativos e jurisdicionais. Assim, existe apenas um regime jurídico da corrupção na área pública em sentido amplo — o previsto no Código Penal —, diferentemente do que se passa em Portugal.³²

É de notar que o direito penal considera também como funcionário qualquer pessoa que desempenhe funções públicas temporariamente.

Por outro lado, a definição penal de funcionário constante do Código Penal é «local», no sentido em que inclui apenas funcionários de Macau: não abrange funcionários da China continental, nem da RAE de Hong Kong, nem de qualquer outra jurisdição. Os funcionários exteriores podem ser tidos em conta no contexto dos crimes de corrupção activa no comércio externo.³³

Tem sido muito debatida em Macau a questão de saber se o conceito jurídico-penal de funcionário abrange os dirigentes e trabalhadores das seis concessionárias e subconcessionárias da exploração de jogos de fortuna ou azar (em

³¹ De acordo com o Anexo IV da Lei 1/1999, de 20 de Dezembro (lei da reunificação), as referências legais a «Governador» entendem-se como feitas ao «Chefe do Executivo».

³² Cfr. a Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos), aprovada na sequência do n.º 3 do art. 117.º da Constituição portuguesa.

³³ De acordo com a Lei n.º 10/2014, de 31 de Dezembro (corrupção activa no comércio externo), que inclui um conceito de «funcionário público de jurisdição exterior à Região Administrativa Especial de Macau» (cfr. *supra*, n. 2).

casino).³⁴ A questão surge em virtude da linguagem usada na al. c) do n.º 2 do art. 336.º do CP, que menciona os «titulares dos órgãos de administração, de fiscalização ou de outra natureza e os trabalhadores de [...] empresas concessionárias de serviços ou bens públicos ou de sociedades que explorem actividades *em regime de exclusivo*». Esta formulação parece incluir apenas as concessionárias que operam em regime de exclusivo, ou seja: em monopólio, sem concorrência. Sucede que, como se sabe, deixou de se fazer a concessão em regime de exclusivo dos jogos de fortuna ou azar na sequência da Lei n.º 16/2001, que admitiu a possibilidade de adjudicar três concessões. O concurso público lançado no final de 2001, para três concessões, ficou concluído em Fevereiro de 2002; a assinatura de três contratos de concessão ocorreu em Março e Junho de 2002. Foram posteriormente autorizados três contratos de sub-concessão, o que elevou o número total de operadoras para seis — com o que se criou um mercado altamente concorrencial.³⁵

Existem opiniões divergentes sobre esta matéria. A jurisprudência orientou-se no sentido de que os dirigentes e funcionários das sub/concessionárias de jogos de fortuna ou azar são abrangidos pelo conceito de funcionário do Código Penal;³⁶ o CCAC será da mesma opinião.³⁷ Contudo, afigura-se que esta interpretação não tem apoio legal.³⁸ A noção de funcionário, que permanece inalterada desde 1995, faz parte de um Código Penal redigido num tempo em que existia ainda um exclusivo ou monopólio na exploração dos jogos de fortuna ou azar, nessa altura atribuído à Sociedade de Turismo e Diversões de Macau

³⁴ Para uma visão geral do sector do jogo em Macau, cfr. Jorge Godinho “Casino gaming in Macau: evolution, regulation and challenges”, in *UNLV Gaming Law Journal*, vol. 5(1), 2014, 1 ss; Jorge Godinho, “Regulação do jogo a dinheiro: jogos de fortuna ou azar, apostas e lotarias”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Rute Saraiva e Fernanda Maças (coords.), *Garantia de direitos e regulação. Perspectivas de direito administrativo*, Lisboa: AAFDL, 2019, 1079 ss. Em geral, Jorge Godinho, *Direito do jogo*, vol. 1, Macau: Fundação Rui Cunha, 2016.

³⁵ Com grande pormenor, Jorge Godinho, *Os casinos de Macau. História do maior mercado de jogos de fortuna ou azar do mundo*, Coimbra: Almedina, 2019, 431 ss.

³⁶ Ac. do Tribunal de Segunda Instância (TSI) de 11 de Fevereiro de 2010 (pr. 687/2009); Ac. do TSI de 6 de Novembro de 2008 (pr. 570/2007); Ac. do TSI de 13 de Outubro de 2005 (pr. 145/2005). O Ac. do Tribunal de Última Instância (TUI) de 22 de Julho de 2016 (pr. 42/2016), ao não problematizar a questão num contexto de peculato (a matéria de facto é de 2013 e 2014) deu implicitamente por adquirido que um *croupier* de um casino é considerado um funcionário. A jurisprudência dos tribunais de Macau pode ser consultada em <http://www.court.gov.mo/pt/>.

³⁷ Asian Development Bank e OCDE, *The criminalization of bribery in Asia and the Pacific. Frameworks and practices in 28 jurisdictions. Thematic review, final report*, Manila: ADB e Paris: OCDE, 2011, 313 («Casino employees were considered public officials prior to the liberalization of the casino industry in 2002. The CCAC takes the view that this continues to be the case post-2002»).

³⁸ No mesmo sentido, Luís Cavaleiro de Ferreira, «O jogo, a fraude e o crime», em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, ano XXII, n.º 43, 2018, 238 ss.

(STDM), a titular e única concessionária entre 1962 e 2002.³⁹ Entretanto, esta situação de direito administrativo alterou-se: o regime de exclusivo desapareceu no âmbito dos jogos de fortuna ou azar. Serve de contraprova o facto de que a expressão legal «em regime de exclusivo» continua a ser usada hoje nas concessões em monopólio que subsistem; por exemplo, na exploração de lotarias instantâneas.⁴⁰ Durante mais de 150 anos, nunca se colocaram dúvidas a este propósito.⁴¹ A expressão «em regime de exclusivo» significa «monopólio».⁴² Não tem por isso fundamento querer agora, depois de 2001, atribuir às expressões «regime de exclusivo» e «regime de monopólio» sentidos diferentes.⁴³ Esta reinterpretação do conceito «regime de exclusivo» como abrangendo as actividades económicas que não são de acesso livre, mas em que há concorrência (e, dir-se-ia mesmo, no sector em apreço, uma concorrência muito aguerri-da) configura um agravamento da punibilidade *in malam partem* que manifestamente está para além da letra, da história e do sentido político-criminal do conceito legal de funcionário. O que não é consentido aos tribunais, em virtude do princípio da legalidade plasmado no art. 29.º da Lei Básica.

8. Corrupção activa e passiva

O art.º 15 da CNUCC determina a criminalização da corrupção de funcionários:

³⁹ Cfr. Jorge Godinho, *Os casinos de Macau. História do maior mercado de jogos de fortuna ou azar do mundo* (n. 35), 315 ss.

⁴⁰ Lei n.º 12/87/M, de 17 de Agosto, onde se pode ler que «A exploração pode ser concedida em regime de exclusivo»; art. 3.º, n.º 2. A expressão «em regime de exclusivo» só é usada nos contratos de concessão que o são; não surge nos contratos de exploração de jogos de fortuna ou azar celebrados em 2002.

⁴¹ Até 2001, as concessões de exploração de jogos de fortuna ou azar foram sempre atribuídas em monopólio ou «regime de exclusivo», salvo dois curtos períodos – de 1877 a 1880 (Portaria n.º 77, de 11 de Agosto de 1877) e de 1935 a 1937 (Decreto n.º 25.128, de 21 de Março de 1935) — em que, em virtude de conluios e dificuldades conjunturais, se abriu o sector à concorrência, em «regime de licença». Cfr. Jorge Godinho, *Os casinos de Macau* (n. 35), 18, 56, 70 ss, 161 ss.

⁴² Assim, o voto de vencido de Tam Io Wa no Ac. do Tribunal de Segunda Instância (TSI) de 11 de Fevereiro de 2010 (pr. 687/2009): «Exploração de actividades em regime de exclusivo deve ser entendida como só a uma sociedade podia ser atribuída a concessão».

⁴³ Como faz por exemplo o Ac. do TSI de 6 de Novembro de 2008 (pr. 570/2007), onde se escreve que «(...) não obstante o facto de à data dos factos acusados e dados por integralmente provados em primeira instância, a entidade patronal da arguida, ou seja, a Sociedade de Jogos de Macau, S.A., não ser a única concessionária do exclusivo da exploração de jogos de fortuna e azar em Macau, essa sociedade comercial estava (e ainda está) [...] a explorar tal actividade em regime de exclusivo, a par de outras poucas concessionárias congéneres. Aliás, a parte final da alínea c) do n.º 2 do art. 336.º do CP, também definidora do conceito de funcionário, fala do “regime de exclusivo”, e não do “regime de monopólio”».

Artigo 15.º

Corrupção de agentes públicos nacionais

Cada Estado Parte deverá adoptar as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para classificar como infracções penais, quando praticadas intencionalmente:

- a) A promessa, a oferta ou a entrega, directa ou indirecta, de vantagens indevidas feita a um agente público, para ele ou para outra pessoa ou entidade, a fim de que tal agente pratique ou se abstenha de praticar um acto no exercício das suas funções;
- b) O pedido ou o recebimento, directo ou indirecto, por parte de um agente público de vantagens indevidas, para ele ou para outra pessoa ou entidade, a fim de que tal agente pratique ou se abstenha de praticar um acto no exercício das suas funções.

Esta disposição estabelece uma das obrigações básicas de criminalização nos termos desta Convenção.

A conceptualização dos crimes de corrupção faz-se na base de uma separação formal das partes envolvidas, com tipificações separadas da corrupção activa e da corrupção passiva, consideradas como crimes autónomos ou independentes, logo não necessariamente interligados.⁴⁴

A corrupção activa é a praticada por quem oferece, promete ou paga um suborno a um funcionário — o agente privado que pretende algo de uma entidade pública. A corrupção passiva é a praticada por quem recebe, aceita ou solicita um suborno — o funcionário. Esta terminologia (activa/passiva) não será a melhor, já que pressupõe ou indica qual das partes toma a iniciativa, o que pode não ocorrer na prática;⁴⁵ porém, é amplamente usada.

A separação formal operada entre a corrupção passiva e a corrupção activa significa que uma pode existir sem a outra. Quando existe corrupção passiva poderá ocorrer também corrupção activa; porém, esta é uma mera observação criminológica, não um requisito legal. É possível uma condenação por corrupção activa desacompanhada de uma condenação por corrupção passiva, e a

⁴⁴ Cfr. A. M. Almeida Costa, «Sobre o crime de corrupção», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984 (mas 1987), 55 ss (83 ss); A. M. Almeida Costa, *Anotação ao Artigo 372.º*, in Jorge de Figueiredo Dias (coord.), *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 654 ss.

⁴⁵ Neil Boister, *An introduction to transnational criminal law* (n. 10), 148 (referindo que «those in authority may not only passively take bribes but actively solicit bribes»).

inversa é também verdadeira, desde logo onde uma das partes resista às propostas ilícitas da outra.

O Código Penal opera igualmente uma diferenciação entre corrupção para um acto lícito e corrupção para um acto ilícito. A pena prevista para a corrupção para acto lícito é menos severa. A distinção entre ambas depende da violação de um dever específico por parte do funcionário.

Desta forma, o Código Penal de Macau de 1995 prevê os seguintes crimes de corrupção:

- a) Corrupção passiva para acto ilícito (art. 337.º): pena de prisão de 1 a 8 anos;
- b) Corrupção passiva para acto lícito (art. 338.º): pena de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias;
- c) Corrupção activa para acto ilícito (art. 339.º, n.º 1): pena de prisão até 3 anos ou de multa;
- d) Corrupção activa para acto lícito (art. 339, n.º 2): pena de prisão até 6 meses ou de multa até 60 dias.

Estas disposições foram amplamente testadas nos processos relativos ao ex-Secretário para os Transportes e Obras Públicas, Eng. Ao Man Long (que exerceu o cargo de 20 de Dezembro de 1999 até Dezembro de 2006, altura em que foi detido), onde foram julgadas numerosas situações de corrupção, no que constituiu um escândalo de vastas proporções e amplíssima repercussão mediática.⁴⁶ Perante a grande complexidade da matéria de facto o Tribunal de Última Instância viu-se na necessidade de estabelecer uma tipologia básica ou *modus operandi* das situações de corrupção que encontrou de modo a sistema-

⁴⁶ Não cabe nos apertados limites deste escrito a documentação dos vários processos em que se desenvolveram as diferentes vertentes deste vasto conjunto de situações de corrupção e branqueamento de capitais. Com efeito, o ex-Secretário foi julgado e condenado no Tribunal de Última Instância várias vezes (por diferente matéria de facto, naturalmente), em instância única, atentas as regras de organização judiciária e o seu estatuto constitucional. Por outro lado, foram instaurados processos separados contra alguns dos seus familiares e contra diversos empresários. Houve ainda lugar a acções em Hong Kong e no Reino Unido com vista à recuperação de activos. O caso Ao Man Long, apesar da sua enorme repercussão mediática, não deu origem a numerosas análises académicas, que permanecem algo raras. Cfr. uma leitura sobretudo política em Sonny Shiu-hing Lo, «Comparative grand corruption and protection pacts among elites: the cases of Ao Man Long in Macao and Hui Si-Yan in Hong Kong», in *Asian Journal of Political Science*, vol. 25(2), 2017, 234 ss. Sobre a recuperação de activos e com outras informações sobre a factualidade em causa, cfr. os elementos coligidos na base de dados *Stolen Assets Recovery Initiative*, organizada sob a égide do Banco Mundial e da ONU (disponível em <https://star.worldbank.org/corruption-cases/node/18462>).

tizar a sua decisão, no que foi a todos os títulos um *landmark case* neste domínio.⁴⁷

- a) «Em todos os casos em que, tendo havido concurso público para execução de empreitada de obras públicas, o arguido determinou que os seus subordinados viciassem a escolha livre e técnica e lhe propusessem a empresa que o arguido queria que ganhasse o concurso (...), o acto administrativo do arguido — em que propôs a adjudicação às empresas a quem solicitou ou aceitou vantagem económica — é completamente ilegal, porque violador de vários princípios e normas que regem os mencionados concursos. Tais actos do Secretário foram contrários aos deveres do cargo, pelo que se trata do crime de corrupção passiva para acto ilícito». (...)
- b) «Temos, depois, aqueles casos, de actos discricionários em que se provou que o arguido tomou a decisão de adjudicação para obter o benefício pecuniário, pelo que o acto também é ilícito, porque movido por um fim particular, tendo praticado o crime de corrupção passiva para acto ilícito. Trata-se de situações de adjudicação directa de obras ou serviços a empresas, que é legal, se a escolha se pautar por critérios de interesse público, o que não aconteceu, em que o arguido estava, pelo menos, mais preocupado com os seus interesses pessoais».
- c) «Num terceiro grupo de casos, de adjudicação directa de obras ou serviços, em que o arguido praticou actos ilegais determinantes na escolha das empresas, instruindo verbalmente os Serviços a proporem a escolha de determinada empresa. O órgão responsável pela escolha da empresa a quem adjudica directamente uma obra ou serviço tem todo o direito de o fazer, mesmo que discordando dos pareceres ou propostas dos serviços, assumindo por escrito fundamentado a sua discordância. Mas não era isto que o arguido fazia. Certamente sabendo que podia não ter argumentos que fundamentassem a escolha de empresa diversa da que propunham os Serviços, não assumia por escrito a sua decisão, antes a transmitia verbalmente aos Serviços, para que estes propusessem aquela que o arguido pretendia. O acto é ilegal porque viola as regras que regem a escolha independente do ponto de vista técnico dos júris ou órgãos a quem cabe a apreciação técnica das propostas. Também aqui estamos perante crime de corrupção passiva para acto ilícito».

⁴⁷ Ac. TUI de 30 de Janeiro de 2008 (pr. 36/2007) (primeiro processo Ao Man Long, decisão final em primeira, única e por isso última instância), ponto 2.1.9 (para melhor visualização introduzimos alíneas).

- d) Outras situações de corrupção para acto ilícito foram documentadas; por exemplo, a autorização da construção de um edifício de altura superior ao legalmente permitido.
- e) Por fim, o Tribunal considerou que «(...) quando o suborno em nada influiu na conduta do funcionário, ou seja, não interferiu no uso dos seus poderes discricionários, existirá corrupção imprópria ou para acto lícito».

9. Pagamentos a terceiros

Na análise dos crimes de corrupção, cabe salientar que o pagamento e o recebimento do suborno pode incluir terceiros. A lei é clara neste sentido: «O funcionário que, *por si ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação*, solicitar ou aceitar, *para si ou para terceiro*, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial (...)».⁴⁸

Cabe mencionar dois aspectos. Em primeiro lugar, o pagamento pode ser executado «por interposta pessoa» com o consentimento ou ratificação do funcionário.⁴⁹ Quando um pagamento é efectuado desta forma, deve-se apurar a responsabilidade do funcionário independentemente de o terceiro ter conhecimento da natureza ou da finalidade do pagamento.⁵⁰ É muito frequente, na prática, que logo aqui sejam suscitadas questões sobre se ocorre igualmente o crime de branqueamento de capitais, em concurso efectivo — matéria que não cabe aqui desenvolver, mas a que os tribunais de Macau deram resposta positiva.⁵¹

⁴⁸ Estes pontos são destacados, com aprovação implícita, num relatório internacional: Banco Asiático de Desenvolvimento e OCDE, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific* (n. 37), 316: «*Macao, China's bribery offences in the Penal Code already meet many requirements found in international standards, e.g. express coverage of bribery through intermediaries and bribes provided to third party beneficiaries, and a broad definition of public officials*».

⁴⁹ Nas palavras do guia semi-oficial da CNUCC: «*[t]he solicitation or acceptance must be by the public official or through an intermediary, that is, directly or indirectly*»; cfr. United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, 2.^a ed., Nova Iorque: ONU, 2012, 66 (ponto 201).

⁵⁰ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.^a ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, 982.

⁵¹ Sobre esta questão, cfr. Paulo de Sousa Mendes, Sónia Reis e António Miranda, «A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais?», in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2008(2), 795 ss.

Em segundo lugar, o beneficiário da vantagem pode ser outra pessoa que não o funcionário («para si ou para terceiro»), ou seja, o suborno pode ser uma vantagem directa para o funcionário, para outro indivíduo ou para qualquer entidade pública ou privada, como por exemplo, um familiar, um partido político, uma empresa, um sindicato, uma associação, um projecto de investigação ou uma qualquer outra entidade.⁵²

10. Responsabilidade das pessoas colectivas

A CNUCC dispõe o seguinte sobre a responsabilidade das pessoas colectivas:

Artigo 26.º

Responsabilidade das pessoas colectivas

- 1 - Cada Estado Parte deverá adoptar, em conformidade com o seu sistema jurídico, as medidas que se revelem necessárias para responsabilizar as pessoas colectivas que participem nas infracções enunciadas na presente Convenção.
- 2 - Em conformidade com o ordenamento jurídico do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas colectivas poderá ser penal, civil ou administrativa.
- 3 - A responsabilidade das pessoas colectivas não obstará à responsabilidade penal das pessoas singulares que tenham praticado as infracções.
- 4 - Cada Estado Parte deverá assegurar que as pessoas colectivas consideradas responsáveis em conformidade com o presente artigo sejam objecto de sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas, de natureza penal ou outra, incluindo sanções pecuniárias.

O n.º 2 desta disposição abre diferentes possibilidades; não impõe uma obrigação de instituir a responsabilidade *penal* das pessoas colectivas.⁵³ A convenção não pretende forçar a aprovação de medidas que poderiam ser incompatíveis com as concepções jurídicas de cada Estado Parte. Se um sistema jurídico não reconhece o conceito de responsabilidade penal de pessoas colectivas, a CNUCC não obriga à introdução do que poderia ser visto como um conceito «estranho».

⁵² Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal...* (n. 50), 981; United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption* (n. 49), 65 (ponto 197).

⁵³ United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption* (n. 49), 92.

Contudo, existe uma obrigação: se a responsabilidade penal não for uma opção, deve ser possível instituir multas administrativas, por exemplo. É ainda prevista a responsabilidade civil. Uma destas três opções deverá ser adoptada.

O estado actual na RAEM da responsabilidade penal das pessoas colectivas é ainda algo embrionário. Por um lado, Macau não a estabeleceu de modo amplo no Código Penal: os crimes previstos no Código Penal aplicam-se apenas a pessoas singulares. Por outro lado, a responsabilidade penal das pessoas colectivas surge em algumas leis extravagantes: Macau já não é uma jurisdição onde ainda se entenda que *societas delinquere non potest*.⁵⁴ Encontra-se prevista na corrupção activa no comércio externo⁵⁵ e na corrupção eleitoral,⁵⁶ bem como no branqueamento de capitais⁵⁷ — insista-se, fora do Código Penal. Assim, os crimes de corrupção activa e passiva de funcionários só podem ser aplicados a pessoas singulares.

Tanto quanto se saiba, esta situação não está em vias de ser alterada. Parece haver aqui um traço jurídico-cultural que consiste numa certa rigidez legislativa. A introdução de qualquer tipo de reforma num código, designadamente no Código Penal de 1995, é vista como uma tarefa extremamente delicada, mais do que a aprovação de leis em geral. Este aspecto representa outro pólo de diferenciação em relação a Portugal.

Assim, o cumprimento do artigo 26.º da CNUCC em Macau apenas poderá ser equacionado pela via da responsabilidade civil (art. 477.º ss do Código Civil).

II. Crimes conexos

11. Recebimento indevido de vantagem

Passamos agora a um breve olhar sobre alguns crimes que gravitam na órbita da questão da corrupção, começando pelo recebimento indevido de vantagem. Podemos dizer que este crime faz parte de um movimento de expansão do direito penal da corrupção, em que surgiram novos crimes relativos a deveres ampliados de imparcialidade e isenção dos funcionários, designadamente como

⁵⁴ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal. Parte geral*, Tomo I, *Questões fundamentais. A doutrina geral do crime* (n. 29), 343 ss.

⁵⁵ Art. 5.º da Lei n.º 10/2014, de 31 de Dezembro.

⁵⁶ Art. 143.º-B da Lei n.º 3/2001, de 5 de Março (aditado pela Lei n.º 9/2016, de 28 de Dezembro).

⁵⁷ Art.º 5 da Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril.

forma de lidar com circunstâncias menos óbvias ou mais subtis de corrupção em sentido amplo.

Este crime existiu na vigência do Código de 1852/86, mas desapareceu com o Código de 1982. Foi reintroduzido em Portugal em 2001 e revisto em 2010.⁵⁸ Após alguns anos de uma vigência que se poderia dizer anónima este crime conheceu repentinamente um enorme impacto mediático a partir de 2016 em virtude do caso, amplamente ventilado na imprensa na altura, da alegada oferta por uma grande empresa petrolífera de bilhetes e viagens para jogos do campeonato europeu de futebol desse ano, em França, a alguns governantes.⁵⁹

A sua trajectória no ordenamento jurídico de Macau é assaz peculiar. Com efeito, neste caso o sistema jurídico de Macau andou mais depressa — mas depois recuou. A Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro, introduziu no seu artigo 6.º este crime, sob a epígrafe «solicitação, aceitação e oferta de benefícios». A pena era de prisão até três anos e multa até 150 dias. Porém, com a entrada em vigor do Código Penal em 1995 e a revogação daquela lei, deixou de existir. Não encontramos na documentação disponível uma fundamentação para o facto.

Com este crime pretende-se pura proibir pagamentos indevidos a funcionários, de algo que «não lhe seria dado não fora a sua condição de funcionário».⁶⁰ Pretende-se eliminar quaisquer pagamentos («prendas», «ofertas», «lembranças», «cabazes» ou afins) que possam servir para criar um «ambiente amigável» ou um «ambiente de negócios favorável». Entende-se que quando um funcionário solicita, aceita ou recebe vantagens, a sua independência e imparcialidade ficam imediatamente comprometidas.

O bem jurídico em causa nos crimes de recebimento indevido de vantagem e de corrupção é, na verdade, o mesmo.⁶¹ Assim, aquele funciona como uma tutela antecipada: não é necessário estabelecer uma conexão entre o recebimento de vantagens e uma certa acção ou omissão do funcionário. A aceitação ou solici-

⁵⁸ Art. 372.º do Código Penal português. Cfr. Cláudia Cruz Santos, «A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência», in Cláudia Cruz Santos, Claudio Bidino e Débora Thaís de Melo, *A corrupção. Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 99 ss; Cláudia Cruz Santos, *A corrupção de agentes públicos e a corrupção no desporto*, Coimbra: Almedina, 2018, 25 ss; Paulo de Sousa Mendes, *Patrocínios, escândalos e factos puníveis*, Coimbra: Almedina, 2020.

⁵⁹ Ministério Público. Gabinete de Imprensa, *Viagens ao Euro 2016* (nota de imprensa), 10 de Julho de 2017.

⁶⁰ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal...* (n. 50), 979.

⁶¹ Assim, Paulo de Sousa Mendes, *Patrocínios, escândalos e factos puníveis* (n. 58), 49.

tação de pagamentos relacionados com o cargo por parte de funcionários é considerada crime por si só. Na prática, este crime pode servir para contornar a habitual dificuldade em provar uma ligação entre a vantagem que o funcionário recebeu e a conduta que este poderá adoptar ou ter adoptado em troca. Um outro aspecto é a dimensão temporal: pode dar-se um longo lapso de tempo entre a concretização das duas vertentes do sinalagma, o que torna a prova de um crime de corrupção mais difícil ou mesmo impossível.

Surge a este propósito a questão da admissibilidade de algumas excepções, em nome da adequação social. Em Macau sempre existiu uma forte tradição e apetência cultural para oferendas e donativos. Procurando uma delimitação precisa, a lei de 1987 admitiu «as refeições decorrentes de relações sociais, as ofertas efectuadas por parentes ou afins do funcionário, as prendas de valor não superior a MOP\$500 [cerca de 50 euros ao câmbio actual] dadas por ocasião do Natal ou do Ano Novo Lunar ou em virtude de aniversário ou casamento do funcionário e seus familiares ou de festas de nascimento ou baptismo dos seus descendentes e, ainda, as ofertas que a lei considerar justificadas pelos usos sociais» (n.º 4 do art. 6.º da Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro). Em Portugal, o n.º 3 do art. 372.º do CP excepciona as «condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes».⁶²

Por fim, cabe referir que em data relativamente recente foram proferidas declarações no sentido de que este crime poderá regressar⁶³. Será uma decisão da RAEM, já que a CNUCC não contém qualquer referência — impositiva ou mera sugestão — a este crime.

⁶² Esta disposição foi considerada «quase tautológica» por José Damião da Cunha, *A reforma legislativa em matéria de corrupção*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 94. Cfr. Paulo de Sousa Mendes, *Patrocínios, escândalos e factos puníveis* (n. 58), 61 ss.

⁶³ Ao assumir o cargo em 20 de Dezembro de 2019, o novo Secretário para a Justiça, André Cheong Weng Chon, declarou em entrevista a intenção de criminalizar o recebimento indevido de vantagens. Cfr. «Secretário defende estudo de novo crime para punir corrupção», 20 de Dezembro de 2019 (disponível em: https://www.rtp.pt/noticias/mundo/secretario-defende-estudo-de-novo-crime-para-punir-corrupcao_n1193317). Tem interesse acrescentar que, como referido, o actual Secretário para a Justiça exerceu as funções de Comissário do CCAC entre 2014 e 2019.

12. Tráfico de influência

O tráfico de influência é outro «crime adjacente» à corrupção⁶⁴, visto que o bem jurídico é o mesmo no tráfico de influência e nos crimes de corrupção: a autonomia intencional do Estado.⁶⁵

A CNUCC sugere a sua introdução:

Artigo 18.º

Tráfico de influência

Cada Estado Parte deverá considerar a adopção de medidas legislativas e de outras que se revelem necessárias para classificar como infracções penais, quando praticadas intencionalmente:

- a) A entrega, directa ou indirecta, de vantagens indevidas feita a um agente público ou a qualquer outra pessoa, para que tal agente ou pessoa abuse da sua influência, real ou suposta, com o fim de obter de uma administração ou autoridade pública do Estado Parte vantagens indevidas em proveito do instigador da prática do acto ou de qualquer outra pessoa;
- b) O pedido ou o recebimento, directo ou indirecto, por parte de um agente público ou de qualquer outra pessoa, de vantagens indevidas, para si ou para outra pessoa, para que tal agente ou pessoa abuse da sua influência, real ou suposta, com o fim de obter de uma administração ou autoridade pública do Estado Parte vantagens indevidas.

Dado que se trata de matéria algo polémica e sujeita a várias interpretações em diversos sistemas jurídicos, a CNUCC não criou uma obrigação de criminalização.

⁶⁴ Embora em Portugal seja sistematizado em capítulo diverso: o art. 335.º do CP (tráfico de influência) é o último da Secção II («Dos crimes contra a realização do Estado de direito») do Capítulo I («Dos crimes contra a segurança do Estado») do Título V («Dos crimes contra o Estado»).

⁶⁵ O relatório explicativo da *Convenção Penal sobre a Corrupção*, do Conselho da Europa, de 1999 (CETS 173, em vigor a partir 1 de Julho de 2002; com 48 partes em Setembro de 2020), afirma-o expressamente: «*the protected legal interests are the same: transparency and impartiality in the decision-making process of public administrations*». No mesmo sentido, Pedro Caeiro, *Comentário ao art. 335.º*, in Jorge de Figueiredo Dias (coord.), *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, Tomo III (n. 44), 277, concluindo que a melhor inserção sistemática do crime de tráfico de influência teria sido conjuntamente com os crimes de corrupção.

Este crime formalmente envolve duas partes: no lado activo, o «comprador de influência»; e, no lado passivo, o «traficante de influência», que desempenha um papel de intermediário junto de um (ou vários) funcionário(s). Desta forma, o crime visa aqueles que mercadejam a sua alegada influência sobre entidades públicas e a sua alegada capacidade de obter resultados favoráveis a terceiros. O traficante vende o seu real ou suposto poder de influência, acesso ou proximidade sobre entidades públicas ou centros de decisões públicas.⁶⁶ Contudo, o traficante pode, na verdade, não ter qualquer influência ou sequer acesso — em tal caso, poder-se-á estar perante uma burla.

Este crime não é recente; tem base no direito romano, onde se criminalizava a «venda de fumo» (*vendita fumo*), e conheceu uma complexa evolução. Foi consagrado nas Ordenações, de onde passou para os Códigos Penais de 1852 e 1886.⁶⁷ Porém, foi eliminado com a aprovação do Código Penal de 1982, e ressuscitado com a reforma do Código Penal Português de 1995, sob influência francesa, em virtude de um acordo político entre vários partidos na Assembleia da República.⁶⁸

Em Macau, o crime de tráfico de influência passou do Código Penal de 1886 para o art. 4.º da Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro (regime penal da corrupção), sob a epígrafe «influência ou crédito suposto». Porém, em 1995, o novo Código Penal de Macau não o incluiu e revogou a lei de 1987. Assim, este crime foi descartado: Macau não criminaliza hoje o tráfico de influência. O CCAC terá feito uma proposta para reintroduzir o tráfico de influência em 2013, que não teve sequência.⁶⁹

Esta evolução complexa tem paralelos e resulta de uma ampla hesitação, visível na doutrina, no direito comparado e nos instrumentos internacionais. Os trabalhos preparatórios do Código Penal de Macau 1995 disponíveis não clarifi-

⁶⁶ O relatório explicativo da *Convenção Penal sobre a Corrupção*, do Conselho da Europa, afirma: «*Criminalising trading in influence seeks to reach the close circle of the official or the political party to which he belongs and to tackle the corrupt behaviour of those persons who are in the neighbourhood of power and try to obtain advantages from their situation, contributing to the atmosphere of corruption. It permits Contracting Parties to tackle the so-called “background corruption”, which undermines the trust placed by citizens on the fairness of public administration.*» (ponto 64).

⁶⁷ Art. 452.º do CP de 1852; art. 452.º, n.º 2, CP de 1886.

⁶⁸ Art. 335.º do Código Penal (reforma de 1995), com alterações subsequentes em 1998, 2001 e 2015.

⁶⁹ Cfr. Sónia Nunes, «Tráfico de influências vai ser crime», in *Ponto Final*, 23 de Outubro de 2013; Sónia Nunes, «Tráfico de influências: o crime “impossível” em Macau», in *Ponto Final*, 16 de Fevereiro de 2016.

cam a razão da sua não inclusão:⁷⁰ poder-se-á eventualmente tratar de mais um caso de influência indirecta do direito alemão, visto que o StGB não prevê este crime, ou de opção política do Governo de Macau. Seja como for, as dúvidas em redor da consagração e dos exactos contornos deste crime são relativamente comuns.

O assunto tem sido debatido no seio do Conselho da Europa, onde foram desenvolvidos esforços para sua adopção — nem sempre coroados de sucesso, já que vários Estados optaram por rejeitar este crime: a Alemanha, a Suécia, a Dinamarca, a Holanda e o Reino Unido formularam reservas ao art. 12.º da *Convenção Penal sobre a Corrupção*, do Conselho da Europa, de 1999.

No âmbito das Nações Unidas, mais de dois terços dos Estados Partes da CNUCC criminalizaram o tráfico de influência. Porém, em muitos Estados o crime só parcialmente corresponde ao artigo 18.º da CNUCC, pelo que «apenas em um terço dos Estados Partes as infracções relevantes parecem satisfazer os requisitos da Convenção».⁷¹

As razões invocadas a este propósito são várias.

⁷⁰ O Governo de Macau emitiu várias orientações ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias com vista à preparação de um projecto de Código Penal, que foi apresentado em 1991. Uma delas consistiu na «eliminação de certos ilícitos penais», mas não são conhecidos os crimes em causa (o único caso que se poderá considerar confirmado respeita aos crimes contra a vida intra-uterina, já que estes passaram a constar de um diploma separado); cfr. a declaração do Secretário para a Justiça, Sebastião Póvoas, no plenário da Assembleia Legislativa, em 26 de Fevereiro de 1991 (na apresentação do projecto de Código Penal), in Assembleia Legislativa, *Código Penal. Versão Portuguesa* (colectânea sobre os grandes códigos), Macau: Assembleia Legislativa, 2003, 57 s (a referência à «eliminação de certos ilícitos penais» consta da p. 57). Em 1995 foi referido de novo que o anteprojecto «obedeceu a algumas opções de política legislativa definidas pelo Executivo de então [1991 ou data anterior], as quais foram transmitidas à Assembleia Legislativa»; por outro lado, a revisão do anteprojecto feita no âmbito do Governo de Macau conduziu designadamente a «alterações de fundo motivadas pelas especificidades locais. Nesta sede é de salientar a colaboração havida com a Comissão Eventual para a Revisão da Legislação referente à Corrupção e aos Procedimentos Administrativos. No decurso dos seus trabalhos fez-se uma útil análise conjunta dos preceitos do Anteprojecto relativos aos crimes cometidos no exercício de funções públicas»; cfr. *Apresentação da proposta de lei relativa ao Código Penal, Assembleia Legislativa*, 15 de Junho de 1995, in Assembleia Legislativa, *Código Penal. Versão Portuguesa* (colectânea sobre os grandes códigos), cit., 60.

⁷¹ Assim, United Nations Office on Drugs and Crime, *State of implementation of the UNCAC. Criminalization, law enforcement and international cooperation*, 2.ª ed., Viena: Nações Unidas, 2017, 42 ss. Um dos casos referidos consiste em o tipo legal de crime apenas abranger o tráfico de influência passivo (a conduta do traficante), e não já a conduta do comprador de influência. Assim foi em Portugal de 1995 até 2001, altura em que o tráfico de influência activo foi criminalizado.

Em primeiro lugar, o crime é tido como de contornos vagos por alguns Estados. Num relatório da ONU afirma-se que «*the concept of trading in influence was considered overly vague and not in keeping with the level of clarity and predictability required in criminal law*».⁷² Com efeito, tudo parece girar em redor da volátil fronteira entre «uso lícito» e «abuso ilícito» de influência, o que pode conferir ao tipo legal de crime um conteúdo impreciso e elástico, não rigorosamente circunscrito e que remete para um juízo ou valoração a ter lugar em sede judicial, colocando em causa a exigência de *lege certa*.

Em segundo lugar, alega-se a dificuldade de distinguir entre tráfico de influência ilícito e *lobbying* lícito.⁷³

Por fim, alega-se que as condutas que, no plano político-criminal, serão merecedoras de pena neste âmbito podem ser ou são abrangidas, ao menos parcialmente — e sem que com isso ocorra uma insuportável lacuna de punibilidade — pelas disposições existentes sobre corrupção, quando conjugadas com as regras da comparticipação previstas na parte geral do Código Penal, pelo que não seria necessário um tipo legal de crime autónomo. Este argumento consta expressamente de um relatório sobre a implementação da CNUCC na RPC, pelo que parece corresponder à posição oficial das autoridades de Macau.⁷⁴

A refutação destes vários argumentos poderá eventualmente ser feita; em todo o caso, as preocupações em torno da imprecisão do tipo legal de crime, da possível criminalização do *lobbying*, e do carácter remoto da conduta em relação ao bem jurídico afiguram-se legítimas. No plano prático, o crime, tal como proposto na CNUCC, requer uma vantagem «indevida», bem como um «abuso» de influência. São elementos do tipo de conteúdo algo problemático, o

⁷² United Nations Office on Drugs and Crime, *State of implementation of the UNCAC* (n. 71), 42.

⁷³ Algumas jurisdições não criminalizam o tráfico de influência devido ao seu potencial impacto sobre o *lobbying* legítimo. Os lobistas, enquanto grupos ou associações que procuram defender os interesses dos seus membros, são de existência pública: as suas actividades não são secretas. Os lobistas tentam influenciar a feitura das leis e as decisões políticas de forma transparente. Evidentemente, os lobistas não devem agir de maneira imprópria: não devem corromper; não devem «abusar» da sua influência.

⁷⁴ Nesse relatório (com capítulos separados sobre a China continental, Hong Kong e Macau), a propósito de Macau afirma-se que «[n]o specific provisions are in place on trading in influence, but offenders may, in some circumstances, be punished as accomplices to active or passive bribery»; cfr. Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, *Review of implementation of the United Nations Convention against Corruption. People's Republic of China (including Hong Kong SAR and Macao SAR)*, doc. CAC/COSP/IRG/I/4/1/Add.49, 17 de Novembro de 2016, ponto 2.1.

que reconduz ao argumento de que será mais seguro utilizar os tipos legais de crime já existentes, conjugados com as regras da parte geral — a posição actual de Macau. Não cabe nos apertados limites deste escrito desenvolver o tema.

13. Participação económica em negócio

Passamos agora a tecer breves considerações sobre o crime de participação económica em negócio, um outro tipo legal de crime que gravita na esfera da corrupção e em que o agente é um funcionário.

Esta matéria tem uma estreita ligação com regras e princípios de direito administrativo que exigem aos funcionários a ausência de conflitos de interesse, em nome de valores como a transparência e a integridade no funcionamento da administração pública, a imparcialidade e a lealdade para com o interesse público.⁷⁵ A actuação em prol do interesse público exige que não existam conflitos de interesse.

A OCDE define um conflito de interesses como «um conflito entre o dever público de um funcionário e os interesses privados do mesmo, no qual o funcionário tem interesses que poderão influenciar o desempenho das suas funções e responsabilidades de forma indevida».⁷⁶

Quando um funcionário está simultaneamente ligado aos dois lados de um acto ou contrato — à administração pública e aos interesses privados em causa — surge o risco de o processo de decisão, ou os recursos do sector público, serem orientados de modo a beneficiar interesses privados. O que, naturalmente, pode afectar a imagem, a integridade e os próprios interesses patrimoniais do sector público.

É este o pano de fundo comum às várias situações tipificadas sob o *nomen iuris* de *participação económica em negócio*. Este tipo legal de crime configura sempre uma possível consequência penal da violação de regras sobre conflitos de interesses. O Código Penal português e o Código Penal de Macau de 1995 dispõem o seguinte:

Artigo 342.º [Macau]
Artigo 377.º [Portugal]
(Participação económica em negócio)

⁷⁵ Cfr. o art.º 65 da Lei Básica e o Código de Procedimento Administrativo de Macau.

⁷⁶ OCDE, *Managing Conflict of Interest in the Public Sector. A toolkit*, Paris: OECD Publications, 2005, 97 (tradução nossa).

1. O funcionário que, com intenção de obter, para si ou para terceiro, participação económica ilícita, lesar em negócio jurídico interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpre, em razão da sua função, administrar, fiscalizar, defender ou realizar é punido com pena de prisão até 5 anos.
2. O funcionário que, por qualquer forma, receber, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial por efeito de acto jurídico-civil relativo a interesses de que tinha, por força das suas funções, no momento do acto, total ou parcialmente, a disposição, administração ou fiscalização, ainda que sem os lesar, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.
3. A pena prevista no número anterior é também aplicável ao funcionário que receber, para si ou para terceiro, por qualquer forma, vantagem patrimonial por efeito de cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento que, por força das suas funções, total ou parcialmente, esteja encarregado de ordenar ou fazer, posto que não se verifique prejuízo para a Fazenda Pública ou para os interesses que lhe estão confiados.

Nos três números em que se divide este artigo são tipificadas condutas algo diferentes entre si. A conduta prevista no n.º 1 tem a ver com a obtenção de uma vantagem económica privada em detrimento do interesse público, numa situação de conflito de interesses. O facto de serem lesados vários bens jurídicos — já que existe quer dano quer conflito de interesses — explica a gravidade da pena prevista.

Já no n.º 2 e no n.º 3 — de pena muito inferior — não existe dano para o interesse público, como se refere expressamente. O bem jurídico protegido é aqui, exclusivamente, a imparcialidade e a isenção no desempenho de funções públicas, postas em causa pelo aproveitamento da situação pelo funcionário para obter uma vantagem patrimonial em actos ou contratos em que tem responsabilidades de disposição, administração ou fiscalização (no caso do n.º 2) ou de cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento (no caso do n.º 3).

Desta forma, no n.º 2 como no n.º 3 não se exige um dano: o bem jurídico não é um interesse patrimonial. A conduta do funcionário consiste numa actuação numa situação em que existia um conflito de interesses e em que, de facto, obteve uma vantagem. O essencial reside em não manter uma postura de imparcialidade (que pressupõe a ausência de conflitos de interesse) e lucrar com a situação. Pode, pois, falar-se numa consequência penal da violação das regras sobre conflitos de interesses — sendo certo que nem todos os casos de impedimento

no âmbito do direito administrativo relevem para efeitos penais, dado o recorte particular dos tipos legais de crime.⁷⁷

Este crime é o único dos abordados neste escrito cuja redacção permanece inalterada desde 1995 e é ainda exactamente igual em Macau e em Portugal.

14. «Enriquecimento ilícito» ou «riqueza injustificada»

Não cabe aqui abordar em pormenor o polémico crime de «enriquecimento ilícito» ou «riqueza injustificada»; dedicámos já ao tema, em Macau, um escrito desenvolvido, cujas premissas essenciais, segundo cremos, se mantêm válidas.⁷⁸

A CNUCC sugere a introdução deste tipo legal de crime através de uma disposição que reconhece frontalmente a sua natureza problemática.

Artigo 20.º

Enriquecimento ilícito

Sem prejuízo da sua Constituição e dos princípios fundamentais do seu sistema jurídico, cada Estado Parte deverá considerar a adopção de medidas legislativas e de outras que se revelem necessárias para classificar como infracção penal, quando praticado intencionalmente, o enriquecimento ilícito, isto é o aumento significativo do património de um agente público para o qual ele não consegue apresentar uma justificação razoável face ao seu rendimento legítimo.

No contexto do presente escrito, importa apenas anotar que neste caso os sistemas jurídicos de Macau e de Portugal caminharam em sentidos opostos e estão hoje muito distantes entre si.

Em Macau, o crime está previsto na lei, tem sido aplicado pelos tribunais e passou em 2007 o escrutínio da sua eventual inconstitucionalidade.

A Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro, como já referimos, criou um mecanismo não penal sobre «sinais exteriores de riqueza injustificada», com consequências disciplinares. O funcionário seria punido, conforme os casos, com a pena de demissão ou a da perda da pensão de aposentação, caso tivesse património,

⁷⁷ José António Barreiros, *Participação económica em negócio. Um crime de fronteira*, Lisboa: Labirinto de Letras, 2014, 31 ss.

⁷⁸ Permitimo-nos remeter para Jorge Godinho, «Do crime de riqueza injustificada» (n. 30).

rendimentos ou um nível de vida de origem inexplicada, salvo se demonstrasse a licitude da origem dos bens ou rendimentos em causa.

Com a revogação desta lei em virtude da entrada em vigor do Código Penal, este regime cessou a sua existência. Porém, pouco tempo depois, avançou-se para a criação de um tipo legal de *crime* com a Lei n.º 3/98/M, de 29 de Junho. A matéria passou depois para a actual Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho.

Os primeiros casos em que se procedeu à aplicação da norma ocorreram nos processos relativos ao Eng. Ao Man Long. Chamado a pronunciar-se, o Tribunal de Última Instância considerou não existirem quaisquer fundamentos para decidir pela contrariedade deste crime à Lei Básica e a direitos fundamentais nela inscritos.⁷⁹

Pelo contrário, em Portugal a introdução do crime de «enriquecimento ilícito» foi tentada duas vezes, em 2012 e em 2015, mas em ambos os casos o Tribunal Constitucional se pronunciou pela inconstitucionalidade das normas aprovadas na Assembleia da República.⁸⁰

Com o que o assunto, segundo se afigura, estará definitivamente encerrado nos dois sistemas jurídicos: em Macau no sentido afirmativo; em Portugal no sentido negativo.

Conclusões

O pano de fundo em que a problemática abordada neste escrito se coloca é o de uma expansão relativamente rápida do direito penal sobre corrupção nas últimas décadas, a par de um crescente e justificado interesse da sociedade civil e da comunicação social sobre estas matérias. Os sistemas jurídicos de Macau seguiram, em certos momentos ou aspectos, caminhos comuns, após o que se têm vindo a afastar.

No plano orgânico, a questão da existência de uma entidade especializada na prevenção e no combate à corrupção tem hoje uma resposta diversa em Macau e Portugal. Como vimos,⁸¹ em Macau o ACCIA funcionou desde 1990 a 1999 e o seu sucessor, o CCAC, recebeu consagração constitucional na Lei Básica, o que naturalmente representou uma aprovação pela RPC da sua existência e continui-

⁷⁹ Ac. TUI de 30 de Janeiro de 2008 (pr. 36/2007) (primeiro processo Ao Man Long, decisão final em primeira, única e por isso última instância) (Viriato Lima), ponto 2.6.

⁸⁰ Ac. TC n.º 179/2012 e Ac. TC n.º 377/2015.

⁸¹ Cfr. *supra*, n.º 3.

dade. Já em Portugal, a Alta Autoridade contra a Corrupção criada em 1983 foi extinta pela Lei n.º 26/92, de 31 de Agosto, e cessou as suas funções em 31 de Dezembro de 1992, por iniciativa da mesma; na base da extinção esteve o entendimento de que não seria desejável a existência de uma série de entidades especializadas em diversos domínios, devendo a questão da corrupção ser tratada com os instrumentos comuns. Como foi afirmado em 1992 na Assembleia da República, «(...) chegou o tempo da confiança plena nas instituições democráticas normais. E num Estado de Direito normal cabe aos tribunais, às magistraturas, à polícia e aos cidadãos a luta contra a corrupção».⁸²

No plano normativo, os instrumentos de direito penal transnacional, e, sobretudo, a CNUCC, têm contribuído para o desenvolvimento do direito penal interno nesta área, causando ou proporcionando reformas graduais. Entende-se geralmente que os «clássicos» crimes de corrupção não são já suficientes para a desejável prevenção e, por isso, tem-se assistido à expansão desta área através do surgimento ou consolidação daquilo a que chamámos «crimes conexos», que visam ampliar a tutela da esfera pública contra influências indevidas. A atenção está designadamente em métodos mais subtis de interferência na tomada de decisões públicas.⁸³

A evolução legislativa do direito penal de Macau nesta área é pouco habitual: deu-se um grande avanço em 1987, seguido de um recuo parcial em 1995 com a aprovação do Código Penal de Macau, que eliminou dois dos crimes que tinham sido introduzidos pela Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro (regime penal da corrupção): desapareceram do sistema jurídico de Macau, onde só vigoraram

⁸² Palavras do deputado Manuel da Costa Andrade (Presidente do Tribunal Constitucional na data em que escrevemos estas linhas) no debate parlamentar; *Diário da Assembleia da República*, I.ª Série, n.º 91, 18 de Julho de 1992, 2989. No mesmo sentido se pronunciou o deputado António Costa (Primeiro Ministro na data em que escrevemos): «A extinção da Alta Autoridade para a Corrupção não se justifica pelo facto de hoje o fenómeno da corrupção estar menos presente na sociedade portuguesa do que estava no momento em que foi criada. Significa, contudo, que hoje as instituições judiciais e policiais, que têm normalmente, num estado democrático, a competência de investigação e repressão dos fenómenos criminais, deram provas, entretanto, de estarem em condições de assumir exclusivamente essas suas competências»; loc. cit.

⁸³ Cfr. David Beetham, «Moving beyond a narrow definition of corruption», em David Whyte (ed.), *How corrupt is Britain?*, Londres: Pluto Press, 2015, 41 ss, defendendo que se deve mudar a percepção objectiva da corrupção como «abuso de um cargo público para ganho privado», para uma percepção mais ampla e abrangente, como «distorção e subversão da esfera pública ao serviço de interesses privados», o que convoca tópicos como a chamada «captura» das entidades reguladoras pelos operadores da área respectiva (*regulatory capture*), o problema das «portas giratórias» (*revolving doors*) entre o sector público e o sector privado, o acesso preferencial a ministros e funcionários, e os financiamentos privados.

durante oito anos, os crimes de recebimento indevido de vantagem e de tráfico de influência.

Em face da rápida evolução ocorrida na área do direito penal da corrupção desde a entrada em vigor do Código Penal de Macau de 1995, ocorrida há um quarto de século, podemos concluir que o direito de Macau se afastou já bastante do direito português, em vários sentidos: em certos domínios afigura-se «envelhecido», no sentido de carecido de actualização; já noutros, com destaque para o crime de «riqueza injustificada», assumiu uma dureza que Portugal não acompanhou.

Para finalizar, apontaremos algumas reformas legislativas cuja introdução Macau poderia considerar.

Em primeiro lugar, o Código Penal de Macau não prevê a responsabilidade penal das pessoas colectivas. Em face dos dados inquestionáveis do direito internacional e da evolução comparada, esta situação deve ser alterada. A introdução da responsabilidade penal das pessoas colectivas nos crimes previstos no Código Penal, ou em parte deles, seria claramente uma importante reforma, com ressonância evidentemente muito para além das questões da corrupção, e que teria também um efeito benéfico nesta área específica.

Em segundo lugar, o recebimento indevido de vantagens deveria ser (re)criminalizado, visto que se encontra na maioria das leis modernas de combate à corrupção e, em suma, a antecipação de tutela que proporciona tem fundamento sólido.

Já no que diz respeito ao crime de tráfico de influência, vimos que neste caso a questão é mais complexa. Sem prejuízo de estudos mais aprofundados sobre o tema, não se afigura totalmente líquida a necessidade da sua reintrodução em Macau.

A Problemática da Atenuação Especial da Pena Prevista no Decreto-Lei 401/82 de 23 de Setembro e os Contributos da Psicologia do Desenvolvimento e da Sociologia

DORA ISABEL MENDES LOPES FONSECA *

§ É sobejamente conhecido que o Direito não é uma ciência isolada, e como tal, deverá o jurista lançar mão, sempre que a praxis lhe o permita, de uma necessária e fundamental interdisciplinaridade, tendo sempre em vista uma mais justa resolução a atingir a final.

Entre as várias áreas do conhecimento, a Psicologia tem-se revelado ao longo dos tempos uma ajuda preciosa no estudo dos comportamentos humanos, como tal, entendemos por bem realizar esta breve incursão pelo que se segue.¹

A Psicologia do desenvolvimento é o segmento da psicologia que se ocupa do estudo dos processos de mudança psicológica que ocorrem ao longo da vida humana, nela são esquadrihadas as mudanças atinentes aos processos de desenvolvimento das pessoas, respectivos processos de crescimento e experiências vivenciais.

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 155-169.

* Advogada, Pós-graduada em Direito do Desporto, Mestre em Ciências Jurídico-criminais e Doutoranda em Direito Penal. Professora universitária na FD-ULHT e no ISMAT.

¹ Relativamente a este tema, *Vide*, http://psidesenvolvimento_e_desporto.webnode.es/kohlberg, nossa pesquisa efectuada em 3-11-2011.

Para tal estudo, relevam três factores, nomeadamente, a etapa de vida em que a pessoa se encontra, as próprias circunstâncias culturais, sociais e históricas, e sobretudo, as experiências particulares de cada um, não generalizáveis a outras pessoas.

Lawrence Kohlberg, um conhecido psicólogo e professor nas universidades de Chicago e Harvard, influenciado pela teoria do desenvolvimento cognitivo de Jean Piaget, desenvolveu a conhecida “Teoria do desenvolvimento moral”. Esta teoria constituiu um dos contributos mais significativos de uma teoria moral centrada na defesa dos princípios éticos e preocupada com o desenvolvimento do raciocínio moral.

Assim, e antes de tudo, importa atentar no que se deve entender por desenvolvimento moral.

O raciocínio moral diz respeito ao modo como classificamos «de certo ou errado» determinado acto, e ainda que não equivalendo ao que entendemos por comportamento, é, contudo, com base nele – no raciocínio moral – que o alcançamos, ou seja, que deste jeito classificamos internamente determinado comportamento como lícito ou ilícito, ainda que nem sempre o resolvamos colocar em prática.

A sua indiscutível pertinência prende-se com o facto de permitir a integração do indivíduo na sociedade, e respectivos grupos.

Kohlberg, ampliando o estudo de Piaget,² investigou o desenvolvimento do raciocínio moral durante largos anos, tornando-se por essa razão um dos mais influentes em áreas do conhecimento como a Criminologia, Educação e claro, a Psicologia.

Esta sua tese de doutoramento – com início em 1955 – consistiu num estudo que envolveu cinquenta indivíduos norte-americanos do sexo masculino com idades compreendidas entre os 10 e os 26 anos de idade, tendo estes sido questionados por períodos de três em três anos.

Para tal, Kohlberg apresentou aos mesmos o famoso “dilema de Heinz e o farmacêutico”, o qual passamos a transcrever:

Na Europa, uma mulher estava à beira da morte, devido a um tipo especial de cancro. Havia uma substância que os médicos pensavam que poderia salva-la. Era uma espécie de rádio que um químico dessa mesma cidade havia descoberto recentemente. A produção da substância era cara, mas o químico cobrava 2000 Dólares, ou seja, dez vezes o

² Vide, PIAGET, *Le Jugement et le Raisonnement Chez L'Enfant*, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 1967.

custo da substância por uma pequena dose (capaz de salvar a vida). Heinz, o marido da doente conseguiu 1000 Dólares emprestados, metade do que era necessário. Disse ao químico que a mulher estava a morrer e pediu-lhe que vendesse a substância mais barato ou que o deixasse pagar mais tarde. O químico respondeu: «Não. Eu descobri a substância e vou fazer muito dinheiro com ela». Heinz ficou desesperado e assaltou a loja para roubar a substância para a mulher. Devia Heinz ter feito aquilo?

De seguida confrontou os indivíduos com singelas questões como: Deve ou não Heinz assaltar a farmácia para roubar o medicamento? Porquê?; Se Heinz não gostar da mulher deve roubar ou não o medicamento? Porquê?; Se a pessoa que estava a morrer não fosse a mulher mas fosse um desconhecido, devia ou não Heinz roubar o medicamento? Porquê?; Como deve Heinz roubar o medicamento sabendo que por lei é proibido roubar?; É importante que as pessoas façam tudo o que podem para salvar a vida a alguém? Porquê?

Assim tendo sido, e conforme as respostas obtidas, Kohlberg identificou o respectivo estágio de desenvolvimento moral, *id est*, criou três níveis de raciocínio moral³ sendo que cada um destes se subdividia em dois estádios.

Kohlberg entendeu que os indivíduos progridem de estágio para estágio, formando uma sequência sem saltar qualquer um dos seis – ainda que por tendência se sintam atraídos a tal – ou mesmo a regredir para um dos estádios anteriores.

Ora, no primeiro nível, estágio 1 – pré-convencional – que o autor definiu como aquele em que se encontram: as crianças com menos de 9 anos de idade, bem como alguns adolescentes, e muitos adolescentes e adultos agentes da prática de crimes. Neste o indivíduo raciocina em relação a si mesmo e ainda não consegue compreender as regras e expectativas sociais, reduzindo a justiça e a moralidade a um conjunto de regras externas, a que obedece para evitar o castigo ou para satisfazer os seus desejos individuais. Guia-se por ideias de castigo ou punição, bem como de obediência. Não distingue perspectivas, não as coordena, apenas a solução imposta pela autoridade se apresenta como a opção correcta.

Neste estágio 1, a resposta seria mais ou menos esta: «Deveria roubar a substância porque se deixasse a sua mulher morrer teria problemas».

³ Vide, KOHLBERG, «*Moral Stages and Moralization. The Cognitive Development Approach*», *Moral Development and Behavior, Theory, Research and Social Issues*, London, Holt, Rinehart and Wiston, 1976.

Ainda neste nível, mas já no estágio 2, a orientação é baseada na moral do interesse, calculista e instrumental. O indivíduo já distingue perspectivas, coordena-as e até as hierarquiza de acordo com os seus próprios interesses individuais e dos outros.

Neste estágio 2 do primeiro nível a resposta ao dilema seria: «É possível que a pena de prisão não fosse muito elevada, mas provavelmente a mulher morreria antes de ele sair, por isso não seria muito bom».

No nível 2, estágio 3 – nível convencional, o qual se define como aquele em que os indivíduos já interiorizaram as normas e as expectativas sociais, é o nível da maioria dos adolescentes e adultos sendo normalmente atingido após os 10 anos de idade e muitos adultos não vão além dele, neste estágio o indivíduo tenta garantir a aprovação dos outros, – moralidade do «bom-menino» – aqui distingue perspectivas, coordena-as, hierarquiza-as mas do ponto de vista de uma terceira pessoa afectivamente significativa. A resposta seria: «Ninguém pensa que ele é mau por roubar a substância, mas a família iria pensar que seria desumano se não o fizesse».

No estágio 4 do segundo nível, conforma-se com a autoridade, orienta-se pela moral da lei e da ordem, distingue perspectivas, coordena-as e hierarquiza-as do ponto de vista de um terceiro imparcial, institucional e legal.

Aqui a resposta seria: «É natural que Heinz quisesse salvar a mulher, mas mesmo assim não é correcto roubar».

No nível 3 – pós-convencional -, atingido por uma minoria dos adultos e apenas a partir dos 20 anos de idade, o indivíduo aceita e compreende as regras da sociedade no geral, mas só porque comunga de determinados princípios morais gerais.

Em caso de confronto entre esses seus princípios e a lei, julgaria de acordo com os princípios, relativizando as normas legais.

Neste estágio 5, o indivíduo orienta-se pela ideia de contrato social, para o bem maior, para o maior número, sendo a lei relativizada, distingue perspectivas, coordena-as e hierarquiza-as do ponto de vista de um terceiro moral, racional e universal.

Aqui a resposta ao dilema seria algo como: «Não se pode aceitar que todos roubem quando estão em estado de desespero, os fins até podem ser bons, mas não justificam os meios».

Já no nível 3, estágio 6, o indivíduo orienta-se pela razão universal, por princípios éticos universais, auto-seleccionados e generalizáveis, distingue perspectivas, coordena-as de um ponto de vista ideal hierarquizando as mesmas de acordo com uma

perspectiva moral, racional e universal, como são exemplos o direito à vida, a liberdade e a justiça.

Neste estágio de desenvolvimento moral, a resposta ao dilema seria: «Se roubasse a substância deixando a mulher morrer passaria o resto dos seus dias a autocondenar-se, considerando não ter estado à altura dos seus próprios padrões de consciência».

Cada um destes seis estádios espelha uma determinada orientação moral bem como o modo de distinguir, coordenar e hierarquizar diversas perspectivas ou acervos axiológicos que se encontrem em confronto. Representam assim, a evolução do indivíduo.

Concluindo, alguns adolescentes – e alguns adultos – permanecem no nível 1 (estádios 1 e 2) tal como os pequenos infantes, procuram evitar castigos e tentam satisfazer necessidades próprias. No entanto, a maioria dos adolescentes e adultos situam-se no nível 2, – estádios 3 e 4 – sujeitando-se já às convenções sociais, fazendo o correcto para agradar aos outros ou às leis. Muito poucas pessoas atingem o nível 3 no qual podem já escolher entre dois padrões socialmente aceites.

De salientar, que neste estudo são fortemente valoradas, para além da cognição, o desenvolvimento emocional, a experiência de vida, pois que se entendeu afectarem o julgamento moral do indivíduo.

Kohlberg em 1969, tendo revelado alguma preocupação com a delinquência juvenil, entendeu que os jovens delinquentes actuariam a um nível de compreensão moral inferior relativamente a jovens que respeitavam a lei, tendo mesmo confrontado alguns adolescentes com historial de comportamentos desviantes com o dilema de Heinz.

Comparando as respostas, chegou à conclusão que os jovens delinquentes recorriam sempre a juízos pré-convencionais, já os cumpridores da lei argumentavam com juízos de nível superior. Concluiu ainda que tais discrepâncias se ficavam a dever a experiências infantis difíceis e frustrantes proporcionadas pelos respectivos progenitores.⁴

Assim, e no que aos jovens adultos respeita, tudo indica se encontrarem já no nível 2 ou convencional, ou até mesmo no nível 3 ou pós-convencional – o que raramente acontece – o que revela que se encontram já a um nível moral em que estão interior-

⁴ Neste sentido, *vide*, ANA BÁRBARA SOUSA E BRITO, “A delimitação entre o incitamento ao suicídio e a autoria mediata de homicídio de menores de 16 anos”, *in*, *O DIREITO*, ano 133º, 2001, p. 651.

izadas as normas e as expectativas sociais. Já consideram correcto o que está conforme e que respeita as regras e as convenções da sociedade em que se inserem.

A este nível o indivíduo procura já comportar-se de acordo com a sociedade e respectivos acervos axiológicos, revela, pois, uma orientação para a moralidade interpessoal, isto em casos ditos normais, nos quais não se verificaram carências educativas, afectivas ou sociais.

Também a psicologia nos mostra que um processo de socialização malsucedido ou fracassado tende a gerar situações de delinquência juvenil.

A nossa questão será, no entanto, a seguinte: Estarão, a sociedade e as leis penais, aptas ao preenchimento de tais lacunas presentes – quando estejam – nos jovens adultos delinquentes? Será possível a alguns jovens tomar como seus, revendo-se neles, valores e princípios comungados pela comunidade onde se inserem, valores que não lhe foram inculcados em idades mais tenras? Esperemos fortemente que sim. Esperemos que as instâncias competentes cumpram as suas finalidades, o que numa conjuntura económica e social como a que vivenciamos se tem revelado cada vez mais relativo ou muito pouco – demais - prioritário.

Mais uma vez se corre o perigoso risco de – no lugar de uma ressocialização – cairmos numa total impunidade.

...se bem que Direito e Moral não possam confundir-se ou identificar-se, é inegável que as concepções morais mais relevantes de uma determinada época e sociedade se projectam no plano jurídico, contribuindo, em não pequena medida, para conformar o seu sistema jurídico em sectores como o direito penal; o direito da família ou o direito das obrigações, o que significa que, apesar de os preceitos morais e as regras jurídicas terem fundamentos e razões de ser diversos, as segundas não deixam de acolher em si e dar forma jurídica a certas concepções morais”.⁵

§ Conhecendo agora um pouco melhor a classe etária em estudo, atentemos então na possibilidade da aplicação da atenuação especial da pena prevista no art. 9º do regime penal especial para Jovens Adultos.

⁵ Vide, ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA, *Sentido e valor do direito – Introdução à filosofia jurídica*, 3ª edição, Lisboa 2006, p. 173.

Sabemos que o legislador, ao estabelecer as molduras penais – limites mínimos e limites máximos – garante, em princípio, de antemão, que o julgador, ao aplicar uma determinada pena, quer esta se situe no limite mínimo ou no limite máximo, o faz sempre com a segurança de que as necessidades de prevenção geral estejam garantidas.

No entanto, seria impossível ao legislador, no momento em que exerce a sua função, prever todas as possíveis circunstâncias atenuantes relativas ao facto, (até porque a norma é geral e abstracta e o caso é particular e concreto) e por essa razão, o artigo 72.º do Código Penal apenas exemplifica algumas dessas situações em que, tratando-se de circunstâncias contemporâneas ao facto – que relevam por via da culpa – ou de circunstâncias prévias ou posteriores à prática do facto – que relevam através da prevenção – diminuem significativamente a culpa ou a própria necessidade da pena, respectivamente.

Funciona aqui, neste preceito legal, uma cláusula geral de atenuação especial da pena.⁶

Assim, sempre que estejamos perante uma circunstância diminuidora da culpa, da ilicitude ou da necessidade da pena, que não se encontre nos alíneas exemplificativas do artigo 72.º do Código Penal, o próprio sistema penal é portador desta cláusula geral de atenuação especial que permite «acrescentar» – para além dos casos expressamente previstos na lei – tal situação ao rol fornecido e assim atenuar especialmente determinada pena.

In concreto, no que aos jovens adultos respeita, em geral, tudo indica tratar-se de mais um dos casos expressamente previstos na lei, isto é, casos em que é a diminuição da necessidade da pena, e como tal das exigências de prevenção geral, que acentuam as exigências da prevenção especial, ou seja, da ideia de ressocialização dos jovens adultos.

Como bem frisa Figueiredo Dias:⁷ “...princípio regulativo da aplicação do regime da atenuação especial é a diminuição acentuada não apenas da ilicitude do facto ou da culpa do agente, mas também da necessidade da pena e, portanto, das exigências da prevenção”, ou ainda:

A existência de situações especiais (ou «extraordinárias», ou «excepcionais») de atenuação da pena **expressamente consagradas**, justifi-

⁶ Vide, FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime, 2ª reimpressão”, p. 303.

⁷ Vide, FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime, 2ª reimpressão”, p. 305.

cativas de que o legislador se afaste, quanto a elas, da aplicação da moldura que previu para o facto e lhe prefira uma outra moldura penal mais leve, é coisa de cujo bom fundamento político-criminal mal pode duvidar-se. Esta é a situação característica de qualquer circunstância atenuante modificativa, ficando logo assim justificados todos os casos de atenuação especial «expressamente previstos na lei»: do que se trata é de uma situação que atenua a *imagem global do facto*, a gravidade do crime como um todo.⁸

Tudo indica a existência de um *iter* no sentido da conciliação entre as exigências de ressocialização e o instituto da atenuação especial.

Como tal, foram precisamente tais imperativos de prevenção especial que originaram a redacção do artigo 4.º do Decreto-Lei 401/82 de 23 de Setembro sob a epígrafe: «Da atenuação especial relativa a jovens», e com o seguinte texto: “Se for aplicável pena de prisão, deve o juiz atenuar especialmente a pena nos termos dos artigos 73.º e 74.º do Código Penal, quando tiver sérias razões para crer que da atenuação resultem vantagens para a reinserção social do jovem condenado” – hoje, artigos 72.º e 73.º do Código Penal.

De notar que alguma doutrina⁹ tem considerado «demasiado exigente» a jurisprudência dos tribunais portugueses, na medida em que, na maioria das decisões, apenas têm entendido ser de recorrer a esta atenuação especial da pena quando, de facto, se comprovem as referidas sérias razões a que alude a letra da lei.

Não nos permitimos concordar com tal crítica, na medida em que, e porque se trata de jovens adultos, um excessivo facilitismo do funcionamento do sistema penal, pode por vezes gerar um sentimento de plena impunidade, o que não se coaduna de todo com o direito (re)educador que se pretende para esta classe etária. É um risco que se corre, um risco demasiada e perigosamente arriscado.

Não esqueçamos que todo este entendimento relativo aos jovens adultos se funda em dois pilares, *id est*, na educação e na responsabilização, jamais na impunidade ou desresponsabilidade.

Por tudo isto, entendemos ser crucial a devida ponderação, no caso concreto, da existência, ou não, de reais vantagens para a ressocialização do agente, de uma atenuação especial da respectiva pena. Aliás, a própria letra da lei assim o indica.

⁸ Vide, FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime, 2ª reimpressão”, p. 312.

⁹ Vide, FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime, 2ª reimpressão”, p. 305.

Numa análise mais atenta ao DL 401/82, mais concretamente à sua verdadeira *ratio essendi*, se é certo que são razões de prevenção especial – no sentido de atenuar especialmente a pena relativa aos jovens adultos quando dessa mesma atenuação resultem claramente vantagens para a reinserção social do mesmo -, que animam o diploma legal, também o é a menor gravidade do juízo de censura que recai sobre o jovem adulto, *id est*, todo um espírito de menor censurabilidade por não se tratar de um adulto com o respectivo processo de maturação devidamente completo.

Ficou patente a intenção do legislador balizar a tarefa do juiz, cometendo-lhe apenas as finalidades de prevenção especial, sendo que as orientações respectivas à prevenção geral, já ficaram salvaguardadas no momento legiferante.

No entanto, alguma jurisprudência tem entendido que existem situações em que a culpa se revela de tal modo grave, que se torna impossível coadunar a mesma com a suposta ideia de «culpa mitigada» pensada para fundamentar o âmbito do DL 401/82:

Em casos graves e com contornos de violência, como o presente, não se vê como pode o julgador alhear-se da gravidade do comportamento ajuizado, não podendo olvidar-se que estamos perante um homicídio qualificado, por produzido em circunstâncias que revelam especial censurabilidade e perversidade do agente, e face a esta qualificação, que tem como fundamento a agravação da culpa, uma culpa mais grave, como se poderá compaginar um quadro com tais contornos com a necessária culpa mitigada que deve ancorar a solução de atenuação, em geral, e no que se reporta à situação dos **jovens**, com a existência de razões sérias, que possam projectar um futuro conforme ao direito, com a completa subalternização da consideração daqueles parâmetros. Não pode deixar de atender-se à muito elevada ilicitude da conduta plural do arguido naquela noite de Janeiro de 2008, com comportamentos sucessivos, começando pelo perigo criado com o incêndio da habitação do DD, a que se seguiu a obtenção da arma e finalmente as múltiplas facadas em zonas vitais, tudo a demonstrar uma culpa intensa, não sendo caso em que se possa entender e defender a sobreposição do direito reeducador ao direito sancionador, da finalidade ressocializadora aos demais fins das penas.¹⁰

¹⁰ Vide, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-04-2009, processo n.º 6/08.1PXLSB.S1, no qual se considerou a idade do arguido apenas como atenuante geral na determinação da pena, e ainda, entre outros, os acórdãos de 18-02-2009, processo n.º 100/09-3ª e de 12-03-2009, processo n.º 3773/08-5ª. Em sentido contrário, enfatizando a perspectiva da ressocialização, Vide, a título de exemplo, os acórdãos do STJ de 10-07-1991, processo n.º 41950, BMJ n.º 409, p.

Por esta razão, entendemos – em determinados casos – não dever bastar ao julgador a verificação da existência de vantagens para a reinserção social do jovem, para efeitos de atenuação especial da pena, até porque situações há, em que o grau de culpa demonstrado na prática do facto terá sido tão ferozmente elevado que a própria prevenção geral, anteriormente garantida pelo legislador aquando da criação do tipo, poderá vir a ser colocada em causa, e se entendemos que as finalidades de prevenção especial devem prevalecer – na medida do possível – não o deverão a todo e qualquer custo.

Terá o julgador de verificar se o limite mínimo da manutenção da prevenção geral oferecido anteriormente pelo legislador não resulta «ferido de morte».

Como bem explica SOUSA E BRITO:¹¹

...deve considerar-se que, sendo as necessidades de prevenção geral determinantes da própria medida legal da pena, enquanto a pena se mantiver dentro desses limites, está em princípio garantida a satisfação daquelas necessidades. Só não será assim quando seja de admitir que a própria lei quis deixar ao juiz, dentro de certos limites, a medida das necessidades de prevenção geral, em função de circunstâncias que implicam diferenças de ilicitude material – que fazem variar correspondentemente a culpa – dentro do mesmo tipo de crime”;

387, onde se considerou que a reiteração e gravidade dos factos praticados, bem como a especial intensidade da vontade criminoso não seriam suficientes para afastar a aplicação do artigo 4.º do DL 401/82 de 23 de Setembro, mas sim caso se verificasse a inexistência de sérias razões para crer que da atenuação resultassem vantagens para a ressocialização do jovem adulto; o Acórdão de 15-02-2007, processo n.º 4681/06 -5ª, no qual se considerou que a atenuação prevista no artigo 4º do diploma legal em apreço se funda apenas em razões de prevenção especial e que contra esta não poderá invocar-se a gravidade do crime praticado, a defesa da sociedade ou a prevenção da criminalidade mas apenas a ausência de sérias razões para crer que da atenuação especial não resultariam vantagens para a reinserção do jovem; o Acórdão de 06-09-2006, processo n.º 1916/06-3ª, CJSTJ 2006, TOMO 3, p. 181, entendendo-se aqui uma interpretação do artigo 4º bem mais restritiva, ou seja, que a gravidade do crime praticado e o grau de ilicitude revelado no facto apenas poderão ser considerados na medida concreta da pena, depois de encontrada a respectiva moldura penal; o Acórdão de 28-06-2007, processo n.º 1906/07 – 5ª, considerando-se que para que se possa negar a atenuação especial não basta que se coloquem reservas à capacidade de ressocialização do jovem e que a atenuação do artigo 4º não exija a diminuição acentuada da ilicitude e da culpa bem como a irrelevância da gravidade do crime praticado ou a defesa da sociedade.

¹¹ Vide, JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “Os Fins das Penas no Código Penal,” in *“Problemas Fundamentais de Direito Penal”*, Colóquio internacional de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin. Lisboa 17 e 18 de Março de 2000, coordenado por Maria Conceição Valdágua na Universidade Lusfada – Lisboa 2002, p. 174.

...a prevenção geral nunca pode aprovar a pena acima da medida da culpa e só intervirá como impedimento excepcional, que se opõe à relevância da prevenção especial para determinar a pena dentro da medida da culpa e abaixo dela”.

Assim, deverá por regra prevalecer a prevenção especial sobre a prevenção geral, mas já assim não será quando o grau de ilicitude material for bastante elevado, pois que esta fará aumentar a culpa e a pena tornar-se-á mais necessária.

Entendemos ser este um dos casos extremos em que o legislador cometeu ao juiz tarefas de cariz preventivo geral, aliás, se assim não fosse, se apenas fosse tido em linha de conta o fundamento subjectivo – centrado no agente – de todo o Decreto-Lei 401/82 e respectivo artigo 4.º, estaríamos a correr o sério risco de, contrariamente aos imperativos constitucionais, aplicar um puro direito penal do agente e não já como a Constituição da República Portuguesa o comanda, do facto,¹² como aliás bem faz notar Faria Costa,¹³ referindo-se ao direito penal moderno como um direito penal do facto e não um direito penal dos estados de ânimo, “...o que é a todos os títulos de repudiar...”.

Tudo se aperfeiçoará no momento em que se encontre o ponto de equilíbrio¹⁴ necessário a uma mais justa adequação entre os fins em questão.

Ponderando adequadamente as finalidades das penas e respectivos interesses, – dos jovens adultos na prevenção especial e dos bens jurídicos e interesses da comunidade – considerando ainda a globalidade da actuação e da situação pessoal e social

¹² No mesmo sentido, *Vide*, JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “Os Fins das Penas no Código Penal”, in “*Problemas Fundamentais de Direito Penal*”, Colóquio internacional de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin. Lisboa 17 e 18 de Março de 2000, coordenado por Maria Conceição Valdágua na Universidade Lusíada – Lisboa 2002, p. 167, ao afirmar que: “O ponto é claro quando se considera a prevenção especial como fim da pena. A consequência é a de que a pena se determina segundo tipos de criminoso e não segundo tipos de facto. Numa consideração autónoma da prevenção especial a pena resultante é claramente contrária a um direito penal de facto exigido pela Constituição” e ainda: “...a consideração da prevenção especial pode levar a uma pena que não corresponde à culpa”.

¹³ José de Faria Costa, *Direito Penal*, 1.ª edição de 2017, Imprensa Nacional-Casa da moeda, p.240 e p. 518.

¹⁴ No mesmo sentido, *Vide*, JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “Os Fins das Penas no Código Penal”, in “*Problemas Fundamentais de Direito Penal*”, Colóquio internacional de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin. Lisboa 17 e 18 de Março de 2000, coordenado por Maria Conceição Valdágua na Universidade Lusíada – Lisboa 2002, p. 167, ao afirmar que: “O ponto é claro quando se considera a prevenção especial como fim da pena. A consequência é a de que a pena se determina segundo tipos de criminoso e não segundo tipos de facto. Numa consideração autónoma da prevenção especial a pena resultante é claramente contrária a um direito penal de facto exigido pela Constituição” e ainda: “...a consideração da prevenção especial pode levar a uma pena que não corresponde à culpa”.

do jovem,¹⁵ conhecendo a sua personalidade, condições pessoais, condutas anteriores e posteriores à prática do crime, mas atendendo também ao grau da ilicitude e da culpa revelados no mesmo, estaremos certamente mais perto de uma solução mais justa, mais equilibrada, devidamente delimitada e em conformidade com os imperativos da Lei Fundamental.

No Acórdão do STJ de 12-07-2000, processo n.º 1773/00, BMJ 499, 199, entendeu-se que embora sejam considerações de prevenção especial de socialização e de reintegração na comunidade que estão na base da atenuação especial do artigo 4.º do DL 401/82, tais fundamentos não colidem de modo algum com a própria finalidade de protecção de bens jurídicos da sociedade e à defesa dos respectivos interesses fundamentais. Mais uma vez se dá a devida nota que tais interesses não rumam em sentidos opostos, mas sim num interesse mútuo.

Quanto à obrigatoriedade ou faculdade de atenuação – repetimos – nos termos do preceituado no supracitado artigo 4.º, entendemos não ser este de aplicação obrigatória, mas sim uma mera faculdade concedida ao julgador – bem diferente da situação prevista no Código Penal de 1886, onde seria automática – que atentando nos pressupostos já aqui expendidos, há-de decidir.

Diferente já será a obrigatoriedade de ponderação relativamente à aplicação ou não do próprio Decreto-Lei 401/82, pois que este, e porque se trata de um regime especial, será sempre de ponderação obrigatória quando se verifique o preceituado no seu artigo 1.º, ou seja, que estejamos perante um agente de idade compreendida entre os 16 e 21 anos de idade que haja praticado um facto previsto na lei como crime.

Assim, o juiz deverá obrigatoriamente recorrer ao Decreto-Lei em assunto, mas nada o obrigará a atenuar especialmente a pena nos termos do respectivo artigo 4.º, apenas o caso concreto que se revele merecedor de acordo com o que acima se disse o poderá impor.

Por vezes surge alguma confusão no que respeita à obrigatoriedade do recurso, por banda do julgador, ao Decreto-Lei 401/82 e ao seu artigo 4.º. No entanto, se a ponderação do mesmo é obrigatória, portanto um poder-dever, já assim não será – reiteramos – relativamente à atenuação especial contida no seu artigo 4º.

Como tal, a falta de ponderação da aplicação deste regime especial já tem levantado alguns problemas processuais penais, tais como a nulidade por omissão de pronúncia sobre questão de conhecimento oficioso nos termos do artigo 379.º, n.º1 alínea c) e

¹⁵ Neste sentido, *Vide* ELIANA GERSÃO, “Menores agentes de infracções – Interrogações acerca de velhas e novas respostas”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4 – Fasc. 2 (1994), p. 255.

n.º2 do Código de Processo Penal – repete-se – quando não é sequer considerada a aplicação do regime do próprio Decreto-Lei.

Ainda, e no caso de se entender que esta «não aplicação» não terá sido devidamente fundamentada, esta constituirá uma violação da injunção constante do artigo 374.º, n.º2 do Código de Processo Penal, gerando assim a nulidade prevista no artigo 379.º, n.º1 alínea a) do Código de Processo Penal.

Deverá, portanto, o julgador fundamentar a sua decisão, indicando as razões de facto e de direito que o levaram à mesma, até porque só uma decisão judicativa¹⁶ pode ser devidamente criticada.

Relativamente à redacção do artigo 4.º do DL 401/82 e dando assim pleno cumprimento ao referido no ponto sete do respectivo preâmbulo, talvez devesse conhecer uma redacção que abarcasse também, para além das finalidades imperativas de prevenção especial de ressocialização, uma parte final referente ao limite mínimo – à última barreira – imposto pela prevenção geral: “Se for aplicável pena de prisão, deve o juiz atenuar especialmente a pena nos termos dos artigos 73.º e 74.º do Código Penal, quando tiver sérias razões para crer que da atenuação resultem vantagens para a reinserção social do jovem condenado” – aqui a actual redacção atinente às finalidades preventivas especiais – devendo acrescentar-se: “...ressalvados que estejam os limites mínimos atinentes à prevenção geral”, isto porque entendemos que o juízo de culpa por vezes é tão forte ou tão grave que não se torna, em caso algum, mais tolerável ou menos censurável e como tal, deve existir um limite que não permita que em tais casos se ponderem somente finalidades de prevenção especial de ressocialização, ainda que se tratem de jovens adultos.

Não podemos olvidar que “A adolescência é um período da vida em que a sociedade e a família concebem uma moratória social de experimentação ao jovem, permitindo-lhe a experimentação de papéis e relações fundamentais para a solidificação do seu processo de construção identitário”.¹⁷ A psicologia assim o defende e quanto a nós, concordamos cegamente.

¹⁶ Vide, neste sentido, FERNANDO PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2006, p. 747 à 832, respeitantes à 17.ª lição, II parte, atinente ao estudo da metodonologia jurídica (e a concorrência de normas no tempo).

¹⁷ Vide, DIAMANTINO SANTOS e ISABEL ALBERTO, in “Família e delinquência juvenil: práticas e singularidades. Um estudo exploratório com cuidadores de adolescentes delinquentes”, in *Ousar integrar - Revista de reinserção social e prova*, n.º11, 2012, p.24.

Mas também a sociologia nos deixa um precioso contributo, pois foi precisamente num estudo sociológico que o legislador se inspirou aquando da redacção do preâmbulo do DL aqui em estudo.

Este Decreto-Lei relativo aos jovens adultos radicou, fundamentalmente, no estudo sociológico de Cláudio Besosi, no qual é destacado o facto de, o «tornar-se adulto», não se processa hodiernamente como um acontecimento de curta duração como sucedia há muitos anos atrás, como quando, após a formação, o cumprimento do serviço militar e o casamento – que funcionavam como um tradicional «rito» de passagem – se era considerado adulto. Sabemos que hoje não é assim!

Esta transição processa-se, hoje, de uma forma muito mais prolongada do que então.

A autonomia, relativamente ao meio parental, não se dá tão repentinamente, o que também se deve, como não poderia deixar de ser, à conjuntura económico-social que presentemente vivenciamos.

A estabilidade na vida profissional e a constituição da própria família, fornece ao jovem o necessário grau de autonomia, o que por sua vez também lhe permite adquirir um maior sentido de responsabilidade perante os que o rodeiam, ou seja, perante a comunidade em que se insere, visto o próprio estatuto de adulto acarretar um maior leque de acções e omissões, a cumprir obrigatoriamente perante a ordem jurídica, bem como alguns riscos materiais que não «pesam» na adolescência.

Entre estas duas fases, há, na opinião do autor – o que se concorda por razões óbvias – um período de latência social, um ciclo de vida em que as responsabilidades sociais não são, ainda, uma prioridade para o jovem, pois que ainda constituem, no seu «verde» entendimento, apenas uma perspectiva, e são os que se encontram neste espaço de vida, que o mesmo autor considera, «jovens adultos», ainda que por razões ligadas ao estudo por si desenvolvido, haja considerado que estes se situam nas idades compreendidas entre os 18 e os 25 anos de idade, isto sempre em referência ao conceito por si adoptado de integração social, – o processo pelo qual o indivíduo, ou mesmo uma geração, é levado a exercer progressivamente os papéis sociais que fazem dele um adulto, um membro completo da sociedade.¹⁸

Considera também os desvios comportamentais desta classe etária: “um epifenómeno, destinado a dissolver-se por si só, a partir do momento em que as imposições da vida adulta passem a primeiro plano”.¹⁹

¹⁸ Vide, CLAUDIO BESOSI, “Jovens adultos e sanções penais: uma perspectiva sociológica”, in *Infância e Juventude*, n. °4/91 Outubro/Novembro, p. 15.

¹⁹ Vide, CLAUDIO BESOSI, “Jovens adultos e sanções penais: uma perspectiva sociológica”, in *Infância e Juventude* n. °4/91 Outubro/Novembro, p. 9 e seguintes.

Entendeu-se neste estudo sociológico, que será a própria sociedade a absorver estes desvios de trajectória, e que faculdades humanas como a criatividade, a experiência, a força física, a inteligência, entre outras, se encontram intimamente ligadas à idade.

Para a Sociologia, o ciclo de vida estrutura-se em função dos papéis que se é chamado a assumir nas várias instituições sociais, bem como através dos diferentes processos de adaptação às exigências da própria vida em sociedade.

O autor destaca o facto de – no seu entendimento – o Direito Penal «encontrar» estes ciclos de vida através de um critério da responsabilidade penal e da culpabilidade, salvo no caso das crianças, não abrangidas pela lei criminal, pois que essas, não se consideram totalmente responsáveis pelos actos por si praticados, não possuindo ainda uma consciência suficientemente estruturada ao ponto de compreender a relação existente entre esses e as normas penais – tratar-se-á de um desenvolvimento moral deficiente ou de uma carência educativa e como tal, o direito penal apenas intervém quando os agentes socializadores, escola e família, não obtêm sucesso na sua função.

“É o grau e a natureza da carência educativa (e/ou da personalidade) que calibra a amplitude das medidas em que o menor delinquente incorre”.²⁰ Mas não será «só» assim!

No entanto, o autor afirma que quando se trate de uma socialização malsucedida, não será o caso de se considerar diminuída a culpa do «delinquente adulto» – diferente-mente do delinquente jovem adulto, fazendo ainda referência à existência de uma «parede falsa» entre o direito dos adultos e o direito dos menores.

De facto, parece-nos ser a expressão que melhor define este Decreto-Lei.

A final, quem só de Direito conhece, nem de Direito conhece...

*As vossas preocupações alcançaram em mais de um aspecto o que constitui uma das missões da Igreja: o restabelecimento moral do homem que delinuiu e a sua emenda em vista de uma progressiva re-integração numa sociedade acolhedora onde ele possa reencontrar a sua plena dignidade.*²¹

²⁰ Vide, CLAUDIO BESOSI, “Jovens adultos e sanções penais: uma perspectiva sociológica”, in *Infância e Juventude* n.º 4/91 Outubro/Novembro, p. 12.

²¹ Sua Santidade, o Papa Paulo VI in, *Revue International de Droit Penal*, 1970, p. 1.

Considerações sobre as despesas fiscais¹

JOSÉ CASALTA NABAIS *

Resumo: Antes de entrar no tema das despesas fiscais, o autor refere a evolução que sofreu a determinação das despesas e das receitas públicas ao longo dos séculos XIX e XX. No respeitante às despesas fiscais, depois de aludir à distinção entre despesas fiscais, auxílios de Estado fiscais e benefícios fiscais, inclui estes no direito económico fiscal. Analisa, por fim, as despesas fiscais que constam dos relatórios da despesa fiscal, critica a integração nestes relatórios de falsas despesas fiscais e pugna por uma delimitação mais rigorosa das despesas fiscais.

Sumário: I. As receitas públicas e as despesas públicas: 1. A determinação das despesas e receitas públicas no século XIX; 2. A determinação das despesas e receitas públicas nos séculos XX e XXI; 3. As despesas fiscais na determinação de despesas públicas a partir das receitas; II. As despesas fiscais: 1. Despesas fiscais, auxílios de Estado fiscais e benefícios fiscais; 2. Benefícios fiscais: 2.1. Os benefícios fiscais como direito económico fiscal; 2.2. Conceito e natureza dos benefícios fiscais; 2.3. Os benefícios fiscais em sentido estrito e os incentivos fiscais; III. As despesas fiscais constantes dos relatórios: 1. As falsas despesas fiscais: 1.1. Distinção entre verdadeiras e falsas despesas fiscais; 1.2. Alusão a falsas despesas fiscais; 2. Para uma limitação das despesas fiscais.

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 171-201.

* Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Texto elaborado a partir da nossa intervenção no Colóquio *A despesa pública na encruzilhada do século XXI: que desafios?*, 14 e 15 de Novembro de 2019, Colégio da Trindade - FDUC.

I. As receitas públicas e as despesas públicas

Que as receitas e as despesas estão intimamente ligadas é não preciso grande esforço para o demonstrar. O que vale tanto para as receitas e despesas privadas como para as receitas e despesas públicas. Isto independentemente, portanto, de as receitas determinarem as despesas ou de serem estas determinar aquelas, não relevando aqui a distinção algo clássica, que, todavia, tende a esbater-se, entre as finanças privadas, em que seriam as receitas a determinar as correspondentes despesas, e as finanças públicas, em que seriam as despesas a determinar as correspondentes receitas.

Como, porém, estamos no domínio das finanças públicas, é da relação entre as receitas e as despesas públicas que vamos tratar. Todavia, antes de entrarmos neste específico domínio, importa começar justamente por atenuar a diferença da relação entre as receitas e as despesas que acabamos de referir nas finanças públicas e nas finanças privadas. Na verdade, é, desde logo, necessário ter em devida conta a diferente perspectiva da realidade em causa, consoante estejamos perante uma perspectiva macro, focada no conjunto das receitas e no conjunto das despesas, ou face a uma perspectiva micro, reportada a determinadas receitas e a determinadas despesas. É que a mencionada diferença tão marcante relativa à relação entre as receitas e as despesas nas finanças públicas e nas finanças privadas tem a ver apenas com a primeira das perspectivas, onde a mesma parece fazer todo o sentido, muito embora, deva acrescentar-se, que, como vamos ver de seguida, essa diferença não seja algo de tão evidente, radical e perene como, à primeira vista, possa parecer.

Pois, como já referimos, tradicionalmente defende-se e ensina-se que há uma diferença radical na relação entre as receitas e as despesas nas finanças públicas e nas finanças privadas, olhando estas realidades numa perspectiva macro, uma vez que, enquanto nas primeiras são as despesas que determinam as receitas, nas segundas são as receitas que determinam as despesas.²

Uma afirmação que está longe de corresponder inteiramente, seja à realidade do século XIX, seja à actual realidade do século XXI, no que concerne às finanças públicas, já que também neste domínio acabam por ser as receitas a determinar as despesas. O que implica dizer alguma coisa sobre como esta realidade se apresentava no Estado constitucional no século XIX, de um lado, e como ela se apresentou no século XX e se apresenta no presente século, de outro.

² V., desenvolvidamente, J. J. Teixeira Ribeiro, *Lições de Finanças Públicas*, 5.^a ed., Coimbra Editora, 1995, p. 34 e ss.

1. A determinação das despesas e receitas públicas no século XIX

Pois bem, no que concerne à realidade do século XIX, ou melhor da Estado de direito liberal, importa referir que a determinação das despesas a partir das receitas públicas e não o contrário era algo relativamente visível e decorria, em larga medida, da concepção de um Estado mínimo, enquadrado pelas finanças públicas ditas neutras e suportado, no que à tributação directa diz respeito, em impostos de repartição e não, como acontece hoje, em impostos de quotidade.³

Assim e quanto ao primeiro aspecto, interessa aludir à ideia, desde sempre associada à obtenção das receitas para fazer face às despesas públicas, do chamado autoconsentimento dos impostos, nos termos em que era entendido no século XIX. Pois bem, uma tal ideia vem dos documentos medievais aprovados no quadro do “Estado estamental” da época, a maior parte das vezes pelas próprias Cortes reunidas especificamente para o efeito, destacando-se entre todos esses documentos a célebre *Magna Charta Libertatum*, de 1215.

Documentos que, dada a natureza patrimonial do Estado da época, se reportavam às taxas e impostos que não constituíam o principal suporte financeiro do Estado, servindo os mesmos sobretudo para lembrar ou reafirmar ao Rei esse carácter patrimonial e a consequente ideia de não cobrar taxas ou impostos sem o consentimento dos representantes estamentais, a não ser em situações excepcionais elencadas, por via de regra, nesses documentos, como consta, por exemplo, do artigo 12.º da *Magna Charta*, em que do João sem Terra se compromete perante os barões e cavaleiros ingleses nestes termos: «Não lançaremos taxas ou impostos sem o consentimento do Conselho Geral do Reino, a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho e para celebrar, mas uma única vez, o casamento da nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual modo se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres».⁴

Uma situação em que é visível que o consentimento exigido se reportava directamente às despesas e apenas indirectamente às receitas públicas, ou seja, aos impostos. De facto, o que as Cortes aprovavam era a autorização ao Rei para realizar despesas, cujo montante haveria de corresponder às receitas a proporcionar pela cobrança da contribuição de repartição aprovada para o efeito.

O que, em alguma medida, vai ser retomado no *Estado constitucional*, depois do longo período de desenvolvimento do Estado moderno em resultado da gradual e

³ Para a distinção, v. J. J. Teixeira Ribeiro, *Lições de Finanças Públicas*, cit., p. 363 e ss.

⁴ Pois exigências deste tipo constaram também de documentos – alguns deles antes mesmo da *Magna Charta* – aprovados nas Cortes dos reinos de Leão, Castela, Portugal, Aragão, etc.

eficaz centralização do poder real ocorrida a partir do século XV e que vai até aos alvares da instauração do constitucionalismo na segunda metade do século XVIII, em que, de uma maneira geral, o anterior papel das Cortes praticamente desapareceu da governação dos Estados, que transitou quase por completo para o Monarca.⁵

É claro que o consentimento da realização das despesas públicas, concretizado na autorização da cobrança dos impostos de repartição, estava nessa época intrinsecamente ligado às características das Cortes estamentais, em que, entre outras coisas, é de assinalar o carácter imperativo do mandato dos procuradores e o domínio das mesmas pelos procuradores das classes não contributivas – o clero e a nobreza.⁶ Daí que apenas em termos bastante limitados se possa falar de continuidade do consentimento medieval dos impostos no Estado constitucional.

Todavia, sempre se pode dizer que aquela ideia medieval de autoconsentimento dos impostos acaba, de algum modo, por se manter nos primeiros tempos do constitucionalismo. E isto não obstante o desdobramento desse autoconsentimento em dois momentos e dois institutos completamente diferentes, traduzidos na aprovação e disciplina parlamentar dos impostos segundo as exigências constitucionais contidas no estrito *princípio da legalidade fiscal*, de um lado, e na aprovação do orçamento do Estado, que contém a *previsão* das receitas e a *limitação* das despesas, de outro lado.

É que o parlamento, ao aprovar a lei de cada imposto, de um lado, e o orçamento relativo às receitas, que o mesmo é dizer relativo aos impostos, de outro, no quadro de um sistema fiscal constituído por impostos de repartição, o que, afinal de contas aprovava, era o nível da despesa pública. Uma situação que, em rigor, não se alterou totalmente com o advento de um sistema fiscal assente preferentemente em impostos de quotidade, pelo menos enquanto perdurou o entendimento liberal do Estado que o reconduzia a um Estado mínimo a implicar finanças públicas ditas neutras assentes numa despesa pública moderada e, portanto, numa carga fiscal relativamente baixa.⁷

⁵ Sobre estes aspectos, v. o livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Almedina, 1998, p. 321 e ss., que aqui seguimos no essencial.

⁶ Que, no quadro do entendimento da sociedade estamental da época, se considerava não estarem estas classes excluídas da tributação, porquanto encontravam-se adstritas à realização de prestações pessoais a favor da comunidade, expressas na oração a cargo dos clérigos (*oratores*) e na defesa suportada pelos nobres (*bellatores*). V. o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., p. 326 e p. 438.

⁷ Pelo que o princípio da legalidade fiscal, que durante o Estado liberal congregou as exigências que actualmente integram a “constituição fiscal”, tinha o alcance de controlar a despesa pública, limitando-a ao montante das receitas dos impostos, o que fornecia um efectivo suporte fiscal do Estado.

Mas no constitucionalismo os representantes dos contribuintes, isto é, da burguesia, gozavam de mandato livre, podendo assim, com base nele, adoptarem as deliberações em nome da Nação que representavam. Por isso, com a passagem do mandato imperativo ao mandato representativo, a realidade do consentimento dos impostos se tenha aletrado: efectivamente, os impostos já não são consentidos pelos contribuintes, mas, na medida em que o sufrágio censitário subordina o direito de voto ao pagamento de impostos, pelos seus representantes.

A que acresce o facto de esse consentimento passar a ser mediatizado pela lei, a forma por excelência de criação do direito a que está reservado todo o domínio de matérias que possam afectar a *liberdade* ou a *propriedade* dos cidadãos ou, como dizemos hoje, os seus direitos fundamentais. O que significa que o consentimento dos impostos assume agora um carácter permanente, devendo os mesmos, uma vez estabelecidos por lei, e enquanto esta se mantiver em vigor, ser cobrados tantas vezes quantas as concretizações do respectivo pressuposto de facto ou facto gerador. Atenta a natureza livre do mandato dos parlamentares e o carácter permanente da lei de imposto, o consentimento expresso nesta está muito longe de ter o alcance traduzido na autotributação estamental. Daí que para, de algum modo, repor aquela ideia, para além da afirmação do princípio da legalidade fiscal, se estabeleceu todo um *direito orçamental* polarizado na anualmente renovada autorização da cobrança dos impostos e na fixação orçamental das despesas públicas.

2. A determinação das despesas e receitas públicas nos séculos XX e XXI

Mas esta realidade vai ser alterada à medida que o século XX avança e as conhecidas ideias económicas de *John Maynard Keynes* se impuseram sobretudo no segundo pós-guerra. Pois o keynesianismo, enquanto quadro de compreensão da economia diametralmente oposto ao da economia clássica e da economia neoclássica, teve enormes implicações para o entendimento das finanças públicas e da política financeira do Estado, as quais levaram mesmo a que se passasse a falar em “finanças funcionais” por contraposição às “finanças neutras” do século XIX.

Ora, num tal quadro, cabe ao Estado intervir na economia de modo a conformar a procura agregada, através do aumento dos impostos, constituindo superávits nas fases expansivas e da diminuição dos impostos e aumento das despesas, com o consequente recurso ao crédito e assunção de deficits, nas fases depressivas. O que comporta um amplo recurso ao endividamento público, sobretudo nas fases depressivas, deixando assim de as despesas públicas corresponderem tendencialmente às receitas geradas pelo conjunto dos impostos, como sucedia no Estado liberal.

Uma actuação financeira do Estado da qual, deve assinalar-se, não decorriam problemas de maior, tendo em conta o funcionamento do jogo dos “estabilizadores

automáticos” que assegurava um quadro de normalidade aos ciclos económicos, uma vez que os saldos orçamentais – positivos ou negativos – estavam intrinsecamente ligados aos resultados proporcionados pela economia. Pelo que no ciclo expansivo haveria mais receitas de impostos, em virtude não só das automaticamente proporcionadas pelo crescimento da actividade económica, mas também das resultantes da maior tributação que viesse a ser estabelecida no quadro da política financeira dirigida a esse ciclo económico. Já no ciclo depressivo haveria mais despesas do que receitas, o que decorreria quer da diminuição das receitas dos impostos resultado da menor actividade económica, quer da específica realização de mais despesas estaduais, no quadro da política anticíclica que, compensando a debilidade económica do mercado, proporcionava simultaneamente estímulos económicos às empresas e prestações de natureza social aos indivíduos.

Toda uma realidade de entrosamento entre a economia privada e as finanças públicas que, importa sublinhá-lo, teve um importante pressuposto que lhe serviu de insubstituível suporte. Trata-se do crescimento económico contínuo que conhecemos nas três décadas douradas que se seguiram à II Guerra Mundial, que esteve na base da verdadeira história de sucesso que constitui o Estado de direito social do segundo pós-guerra. Pois o crescimento económico contínuo permitiu a construção, em termos políticos e jurídicos, de um Estado orientado para o reconhecimento crescente de direitos, liberdades e garantias aos indivíduos, ou melhor, às pessoas. O que tem diversas manifestações no mundo do direito, entre as quais, a título de exemplo, podemos apontar a limitada revogabilidade dos actos administrativos constitutivos de direitos, a intangibilidade dos direitos adquiridos, não só para o passado, mas também para o futuro, e a protecção do futuro com base na confiança criada e depositada no Estado amparado no jogo dos estabilizadores automáticos.

Institutos que, à luz da configuração do Estado da época, faziam todo o sentido, porquanto no futuro, desde que se mantivesse o crescimento ao ritmo que se verificava, haveria sempre dinheiro para satisfazer esses direitos ou para honrar a confiança depositada na actuação estadual do passado. Uma ideia que, mesmo em épocas de estagnação ou de recessão económica, que, por serem interregnos de não crescimento ou de decrescimento dentro do ciclo longo de crescimento, não era posta em causa, porquanto, ao menos formalmente, não faltava dinheiro para assegurar o funcionamento daqueles institutos, ainda que através de dinheiro desvalorizado pela inflação decorrente da necessária emissão monetária.

Porém, todo esse quadro desapareceu com a entrada do século XXI.⁸ Pois, embora aquela linha de desenvolvimento houvesse naturalmente de confrontar-se um dia

⁸ Que, como é sabido, começou em 1989 com a queda do Muro de Berlim e a implosão da União Soviética – v. o nosso estudo «Crise e sustentabilidade do Estado fiscal», *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, vol. IV, Almedina, 2015, p. 111 e s.

com um qualquer limite, o certo é que não se vislumbra que o referido quadro soçobrasse a curto prazo e nos termos em que veio a acontecer. Com efeito, tornou-se evidente não ser mais credível que nas economias desenvolvidas do Ocidente se venham a verificar níveis de crescimento económico como os ocorridos no passado. E, num tal quadro, compreende-se facilmente que o dinheiro, ou melhor a falta dele, tenha passado a ser um problema, sobretudo em países com um já longo histórico de défices orçamentais e consequentes dívidas públicas excessivas, como acontece nos periféricos países do Sul da Europa.

Pois bem, face a um crescimento económico muito fraco, nulo ou mesmo negativo, falha o funcionamento do jogo dos estabilizadores automáticos como aconteceu no terceiro quartel do século passado.⁹ O que tem como consequência, para o que ora nos interessa, que sejam as despesas públicas a constituir o ponto de partida para a determinação das receitas públicas e não o contrário.¹⁰ Uma visão das coisas que tem expressão crescente nas exigências do direito orçamental e da contabilidade pública impostas cada vez mais em modo multinível – isto é por organizações internacionais e pelo direito da União Europeia.

3. As despesas fiscais na determinação das despesas públicas a partir das receitas

Mas a determinação das despesas públicas a partir das receitas públicas tem outras expressões para além das referidas na perspectiva macro de que acabámos de cuidar, dando conta da evolução verificada do século XIX para o século XX e deste para o século XXI. Trata-se de situações, que pela própria natureza das coisas ligada às estritas regras do orçamento do Estado, não podem deixar de se apresentar como verdadeiramente excepcionais, porquanto se reportam a específicas ligações ou vinculações de certas despesas públicas a certas receitas públicas, sendo nesse caso inequívoca a determinação daquelas por estas. Temos em mente, entre outras, as situações como a da consignação de receitas e a das despesas fiscais.

No que concerne à *consignação de receitas públicas*, temos uma situação de determinação das despesas a partir das receitas públicas, porquanto aquelas apenas poderão ser realizadas se e na medida em que as correspondentes receitas o permitam

⁹ Isto ainda que não se partilhe da ideia do “decrecimento sustentável” que, remontando, em rigor, à obra de Nicholas Georgescu-Roegen, *The Entropy Law and the Economic Process*, 1971, teve, depois, em Serge Latouche um dos seus mais destacados continuadores. Muito embora, relativamente à Europa, haja economistas a alertar para o risco de se estar a caminhar a passos largos para uma situação idêntica à que vem experimentando o Japão há mais de duas décadas.

¹⁰ V. o nosso estudo «Crise e sustentabilidade do Estado fiscal», *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, vol. IV, cit., p. 126 e ss.

ou proporcionem. De facto, como é sabido, atentas as clássicas regras de orçamentação das receitas e despesas públicas, ou seja, do direito orçamental, nos casos em que haja consignação de receitas, as despesas públicas a que as receitas se encontram consignadas apenas podem ser realizadas se e na medida dessas mesmas receitas.

O que é um imperativo decorrente dos princípios e regras que constituem os parâmetros da preparação, elaboração, aprovação e execução do orçamento do Estado e dos demais entes territoriais que se apresentem como desdobramentos do Estado. Pois é preciso não esquecer que a regra que opera neste domínio é a bem conhecida regra da *não consignação de receitas*, com expressão em diversos parâmetros normativos, como são, em certa medida, a Constituição e, bem assim, o Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC), o Tratado Orçamental,¹¹ a Lei de Enquadramento Orçamental (LEO)¹² e cada lei do orçamento relativamente às receitas do correspondente exercício financeiro.

Com efeito, do disposto no n.º 3 do art. 95.º da Constituição, em que consta a exigência de que o orçamento deve ser unitário, decorrem implicações também no respeito à admissão da consignação de receitas. Pois, muito embora o princípio da unidade orçamental não seja, em rigor, posto em causa pela existência de situações de consignação de receitas, o certo é que não permite, no quadro de um entendimento substancial da ideia de unidade orçamental, que o orçamento acabe por se reduzir a um documento com múltiplos orçamentos, como seria o caso se se aceitasse a consignação generalizada de receitas. Por conseguinte, da exigência constitucional do orçamento unitário decorre também, a seu modo, o princípio da não consignação de receitas.¹³

Todavia a regra da não consignação das receitas públicas está presentemente contemplada no n.º 1 do art. 16.º da LEO, que prescreve: “[n]ão pode afectar-se o produto de quaisquer receitas à cobertura de determinadas despesas”. Por isso mesmo, a consignação de receitas é admitida apenas em situações de natureza excepcional – as constantes das alíneas do n.º 2 do art. 16.º da LEO¹⁴ e, ainda assim, em

¹¹ Cujo nome oficial é o Tratado sobre a Estabilidade, Coordenação e Governação na União Económica e Monetária.

¹² Cuja versão actual é a da Lei n.º 151/2015, de 11 de Setembro, entretanto objecto de alteração pela Lei n.º 2/2018, de 29 de Janeiro, e pela Lei n.º 37/2018, de 7 de Agosto.

¹³ V. os acórdãos do Tribunal Constitucional 425/77, 361/91 e 414/2011.

¹⁴ Em que temos: “a) As receitas das reprivatizações; b) As receitas relativas aos recursos próprios comunitários tradicionais; c) As receitas afetas ao financiamento da segurança social e dos seus diferentes sistemas e subsistemas, nos termos legais; d) As receitas que correspondam a transferências provenientes da União Europeia e de organizações internacionais; e) As receitas provenientes de subsídios, donativos e legados de particulares, que, por vontade destes, devam ser afetados à cobertura de determinadas despesas; f) As receitas que sejam, por razão especial, afetas a determinadas despesas por expressa estatuição legal ou contratual.” Situações que, em rigor, se reconduzem a duas categorias: as das alíneas a), b), c), d) e e), que parecem, de algum

termos limitados, sujeita, por conseguinte, a importantes exigências entre as quais se conta a concretizada no chamado duplo cabimento da despesa a que importa aludir. Pois bem, a regra do duplo cabimento concretiza-se em a despesa a satisfazer através de receitas consignadas, caber duplamente na verba orçamentada.

De facto, segundo o disposto no n.º 1 do art. 16.º da LEO, vigora o princípio da não consignação. No entanto, existem excepções, algumas das quais expressamente previstas no elenco do n.º 2 do mesmo preceito. A razão para que a regra seja a da não consignação resulta precisamente do facto de as situações de consignação envolverem o chamado *duplo cabimento orçamental*, ou seja, a despesa não apenas tem de caber na dotação que lhe é afectada, que constitui o *primeiro cabimento* ou cabimento simples, mas também no produto da receita cobrada e que lhe esteja consignada, que consubstancia o *segundo cabimento*.¹⁵

Naturalmente que, relativamente às despesas a realizar com receitas consignadas, acabam sendo estas que determinam, e em termos muito estritos, aquelas, porquanto tais despesas apenas poderão ser realizadas se e na estrita medida das receitas a obter e que efectivamente venham a ser obtidas.

Mas a determinação das despesas públicas na medida de específicas receitas públicas ocorre também na situação objecto destas nossas reflexões – as despesas fiscais – que se encontram concretizadas em benefícios fiscais. O que em nada surpreende porquanto as despesas públicas em causa, enquanto *despesas passivas* do Estado, ou seja, enquanto despesas que este realiza não arrecadando as correspondentes receitas, são despesas cuja exacta medida é a dos correspondentes benefícios fiscais. E explica também, ao lado de outras importantes razões que não têm a ver especificamente com as regras orçamentais, de que cuidaremos a seguir, porque é que as despesas fiscais não podem ser objecto de admissão generalizada.

II. As despesas fiscais

Entremos agora mais especificamente no tema que nos propusemos tratar, nas despesas fiscais, relativamente às quais importa referir as diversas abordagens que as mesmas têm, as quais estão intimamente ligadas ao facto de a sua disciplina jurídica ter carácter algo diferenciado e inequivocamente multinível. De facto, para além de

modo, configurar situações de consignação por natureza e as da alínea f) em que há uma visível liberdade conformadora do legislador para as prever em lei ou permitir em contrato.

¹⁵ V. J. J. Teixeira Ribeiro, *Lições de Finanças Públicas*, cit., p. 67; Guilherme Waldemar d'Oliveira Martins, *Consolidação Orçamental e Política Financeira*, Almedina, 2014, p. 299, 341 e 362; e Joaquim Miranda Sarmiento, *A Nova lei de Enquadramento Orçamental*, Almedina, 2016, p. 90 e ss.

o conceito de despesa fiscal, que foi elaborado pela OCDE, tender a ser o da legislação nacional, temos o conceito de auxílios de Estado por via fiscal do direito da União Europeia, que a nossa ordem jurídica tem de respeitar, e, bem assim, o conceito de benefícios fiscais que, sendo um conceito estritamente nacional, não pode deixar de estar em consonância com o de despesa fiscal, de um lado, e o de auxílios de Estado fiscais, de outro.

Prossigamos, então, procurando, num primeiro momento, definir ou delimitar os conceitos de despesas fiscais, de auxílios de Estado fiscais e de benefícios fiscais, para depois, num segundo momento, nos fixarmos nos benefícios fiscais e ver até que ponto estes integram ou não as despesas fiscais, tendo em conta os relatórios da despesa fiscal que, desde 2013, têm vindo a ser apresentados pelo Governo Português.

1. Despesas fiscais, auxílios de Estado fiscais e benefícios fiscais

Começemos, então pelos conceitos de despesas fiscais, auxílios de Estado fiscais e benefícios fiscais. Pois bem, no que respeita às despesas fiscais, de acordo com a OCDE, as despesas fiscais podem ser definidas como “disposições da lei fiscal, regulamentações ou práticas que configurem uma redução ou um diferimento do imposto devido por um grupo específico de sujeitos passivos, face ao sistema de tributação-regra”.¹⁶ Um conceito de despesa fiscal que nos remete para situações em que, em nome do cumprimento das funções públicas, imposições constitucionais ou a estrita observância de opções extrafiscais definidas pelos competentes órgãos de soberania, reduz ou difere uma parte das receitas fiscais.

Por seu lado, os auxílios de Estado fiscais da União Europeia, que se encontram directamente definidos pelo artigo 107.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), como qualquer medida concedida pelo Estado ou proveniente de recursos estatais, que confira uma vantagem económica aos beneficiários, susceptível de afectar as trocas comerciais entre os Estados-Membros, concedida de forma selectiva, que favoreça o beneficiário e que falseie ou ameace falsear a concorrência intracomunitária. Nas próprias palavras do Tratado, “salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que

¹⁶ Nos precisos termos da obra: *Tax Expenditures in OECD Countries*, OCDE, Paris, 2010.

assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”.¹⁷

Por fim, no que concerne aos benefícios fiscais temos, com real significado, os artigos 2.º, n.ºs 1 a 3, 4.º, n.ºs 1 e 2, e 15.º-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF) e o artigo 14.º da Lei Geral Tributária (LGT).

Assim o art. 2º do EBF, que tem por epígrafe “Conceito de benefício fiscal e de despesa fiscal e respectivo controlo” dispõe:

- 1 - Consideram-se benefícios fiscais as medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem.
- 2 - São benefícios fiscais as isenções, as reduções de taxas, as deduções à matéria colectável e à colecta, as amortizações e reintegrações aceleradas e outras medidas fiscais que obedçam às características enunciadas no número anterior.
- 3 - Os benefícios fiscais são considerados despesas fiscais, as quais podem ser previstas no Orçamento do Estado ou em documento anexo e, sendo caso disso, nos orçamentos das Regiões Autónomas e das autarquias locais.

O art. 4.º do EBF, com a epígrafe “Desagravamentos fiscais que não são benefícios fiscais”, prescreve:

- 1 - Não são benefícios fiscais as situações de não sujeição tributária.
- 2 - Para efeitos do disposto no número anterior, consideram-se, genericamente, não sujeições tributárias as medidas fiscais estruturais de carácter normativo que estabeleçam delimitações negativas expressas da incidência.

Por seu lado, o art. 15.º-A do EBF¹⁸, com a epígrafe “Divulgação de benefícios fiscais”, estabelece:

- 1 - O Governo elabora anualmente um relatório quantitativo de todos os benefícios fiscais concedidos, incluindo uma análise com a identifi-

¹⁷ V. também Guilherme Waldemar de Oliveira Martins, *A Despesa Fiscal e o Orçamento do Estado no Ordenamento Jurídico Português*, Almedina, Coimbra, 2004; e *Os Benefícios Fiscais: Sistema e Regime*, Almedina, 2006, p. 51 e ss.

¹⁸ Aditado pela Lei do Orçamento para o ano de 2011 (LOE/2011) que foi alterado pela Lei n.º 43/2018, de 9 de Agosto.

cação e avaliação discriminada dos custos e dos resultados efectivamente obtidos face aos objectivos inerentes à sua criação.

2 - O relatório a que se refere o número anterior é remetido à Assembleia da República durante o primeiro semestre do ano subsequente àquele a que respeita.

3 - A Autoridade Tributária e Aduaneira divulga, até ao fim do mês de Setembro de cada ano, os sujeitos passivos de IRC que utilizaram benefícios fiscais, individualizando o tipo e o montante do benefício utilizado.

4 - A criação de benefícios fiscais depende da clara definição dos seus objectivos e da prévia quantificação da despesa fiscal.

Finalmente, o art. 14.º da LGT, com a epígrafe “Benefícios fiscais e outras vantagens de natureza social”, prescreve:

1 - A atribuição de benefícios fiscais ou outras vantagens de natureza social concedidas em função dos rendimentos do beneficiário ou do seu agregado familiar depende, nos termos da lei, do conhecimento da situação tributária global do interessado.

2 - Os titulares de benefícios fiscais de qualquer natureza são sempre obrigados a revelar ou a autorizar a revelação à administração tributária dos pressupostos da sua concessão, ou a cumprir outras obrigações previstas na lei ou no instrumento de reconhecimento do benefício, nomeadamente as relativas aos impostos sobre o rendimento, a despesa ou o património, ou às normas do sistema de segurança social, sob pena de os referidos benefícios ficarem sem efeito.

3 - A criação de benefícios fiscais depende da clara definição dos seus objectivos e da prévia quantificação da despesa fiscal.

Tendo em devida conta as definições de despesas fiscais, auxílios de Estado fiscais e benefícios fiscais, bem como todas as disposições normativas reproduzidas, facilmente se podem tirar algumas conclusões de carácter geral. Assim e em sede da OCDE, o conceito de despesas fiscais está dominado pela preocupação de *transparência*, visando que estas despesas, que não constam dos orçamentos estaduais como as despesas não fiscais, sejam objecto de um instrumento paralelo de previsão e cálculo que supra a referida ausência orçamental. Por isso, se exigem específicos relatórios, em que temos o relatório de previsão da despesa fiscal anexo à proposta de cada orçamento do Estado, como o exige a alínea g) do n.º 2 do art. 106.º da Constituição, e, bem assim, o correspondente relatório da despesa fiscal a elaborar depois do encerramento de cada exercício financeiro.

Já, em sede da União Europeia, a preocupação dominante que suporta o conceito de auxílios de Estado, tem a ver com o que continua a ser a alma mais profunda da

União Europeia, ou seja, com o estabelecimento e funcionamento do *mercado interno*. Em nome da concorrência económica, que materializa a liberdade de trocas comerciais entre os Estados membros, são em princípio proibidos, nos termos do disposto no art. 107.º do TFUE,¹⁹ os auxílios de Estado, sejam estes concedidos pela via que for, incluindo portanto a via fiscal que estamos a considerar.

Muito embora seja de referir que, como já tivemos ocasião de assinalar, a disciplina europeia dos auxílios de Estado constitui uma das mais visíveis manifestações da degradação da soberania fiscal dos Estados membros que, embora formalmente mantida nestes pelos tratados fundadores da União Europeia, é em larga medida postergada pelas imposições do direito europeu decorrentes da total transferência para o nível europeu das constituições económicas e, em larga medida, do direito económico dos Estados membros.²⁰

De salientar, no que respeita tanto ao conceito de despesas fiscais da OCDE como ao conceito de auxílios de Estado da União Europeia, que estamos perante conceitos de discutível rigor técnico, dada a amplitude com que se apresentam, abarcando, por conseguinte, situações em que podemos não estar perante quaisquer despesas fiscais nem verdadeiros auxílios de Estado, como acontece, como vamos ver, nos relatórios da despesa fiscal apresentados pelo Governo. E isto não obstante o conceito de auxílios de Estado estar delimitado por um exigente conjunto de requisitos, uma vez que têm que ser: 1) medidas concedidas pelo Estado ou proveniente de recursos estatais; 2) que confiram uma vantagem económica aos beneficiários, 3) susceptíveis de afectar as trocas comerciais entre os Estados-Membros, 4), concedidas de forma selectiva, 5) que favoreçam os beneficiários e 6) falseiem ou ameacem falsear a concorrência intracomunitária.

Finalmente temos os benefícios fiscais, cuja compreensão e regime jurídico não podem obviamente dispensar as determinações da OCDE relativas às despesas fiscais, de um lado, e as disposições normativas da União Europeia respeitantes aos auxílios de Estado fiscais, de outro, muito embora, o conceito de benefícios fiscais seja, ao menos formalmente, um conceito de direito nacional, como, a seu modo, o

¹⁹ Cujo n.º 1 dispõe: “1. Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.”

²⁰ Bem como por força da total desconsideração das constituições financeiras, que foram objecto de europeizadas pelo Tratado Orçamental. - v. os nossos estudos «Reflexões sobre a constituição económica, financeira e fiscal portuguesa», em *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, vol. IV, cit., p. 157 e ss. (p. 159 e ss.); e «Estabilidade financeira e o Tratado Orçamental», em *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, vol. V, Almedina, 2018, p. 91 e ss.

comprovam as disposições do EBF e da LGT que reproduzimos mais acima. Mas dos benefícios fiscais vamos cuidar mais especificamente no ponto que se segue.

2. Os benefícios fiscais

Pois bem, a categoria nacional que integra as despesas fiscais são, como é sabido, os benefícios fiscais. Pelo que se compreende que seja sobre esta categoria que vão incidir agora as nossas reflexões. E a este respeito vamos dizer alguma coisa, designadamente, sobre a inserção dos benefícios fiscais no que designamos por “direito económico fiscal”, o conceito e a natureza dos benefícios fiscais e a distinção importante entre os benefícios fiscais e os incentivos fiscais.

2.1. Os benefícios fiscais como direito económico fiscal

E a primeira nota a este respeito é a que se prende com o entendimento dos benefícios fiscais no direito dos impostos. Pois bem, como temos vindo a defender desde meados dos anos noventa do século passado,²¹ os benefícios fiscais constituem o mais importante sector, ao lado do outro constituído pelos “impostos extrafiscais”, do que designamos por “direito económico fiscal”, que, integrando a disciplina jurídica da extrafiscalidade, se distingue e contrapõe ao direito fiscal *tout court*, que se reporta à fiscalidade.

Constituindo um segmento do ordenamento jurídico-tributário que deve a sua origem e desenvolvimento ao advento e posterior consolidação do Estado social e do correspondente Estado fiscal social, o direito económico fiscal apresenta-se como uma zona de intersecção entre o direito económico e o direito fiscal, o que, a nível constitucional, implica uma intersecção entre a “constituição económica” e a “constituição fiscal”, a implicar, na medida em que haja conflito ou litígio entre ambas, a procura de uma adequada harmonização, segundo a observância do princípio de concordância prática. Ou seja, por outras palavras, há que atenuar os rigores dos princípios jurídico-constitucionais que suportam a constituição fiscal, quando aplicados a medidas económicas e sociais a concretizar por via fiscal, configurem-se estas como verdadeiros impostos extrafiscais ou como efectivos benefícios fiscais.

É que tais medidas, enquanto medidas económicas e sociais, desencadeiam primariamente o parâmetro constitucional formado pela constituição económica, que, como

²¹ Mais exactamente desde a elaboração da nossa tese doutoramento nos anos de 1994-1997, na qual dedicámos ao fenómeno da extrafiscalidade e seus limites constitucionais um excurso – v. o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Imposto*, cit., p. 625 a 670. Tratamento que, depois, passou para o nosso *Direito Fiscal*, a partir da 2.ª edição, de 2003 – v., para a 11ª edição, de 2019, p. 397 a 421.

referimos, é presentemente europeia e está ao serviço do estabelecimento e funcionamento do mercado interno, e, só depois, em virtude do meio utilizado, que é um meio fiscal, convocam o parâmetro constitucional formado pela constituição fiscal. Daí que os princípios jurídico-constitucionais que constituem o parâmetro constitucional dos impostos, ou não são aplicáveis ou têm de ser objecto de importantes atenuações ou compressões.

Uma realidade que tem por suporte o facto de, enquanto no direito fiscal temos como protagonista o legislador, que é como quem diz o *Parlamento*, no direito económico, temos como actor principal o *Governo*, que desempenha a sua missão num quadro de actuação célere, maleável e flexível, em que temos sobretudo normas-quadro ou normas-base que, ficando-se por um elevado grau de abstracção e generalidade, deixam aos aplicadores das mesmas uma larguíssima margem de livre decisão de modo a dominarem a realidade económica e social caracterizada pela mobilidade e mutabilidade permanentes e adaptarem a sua acção a essa realidade movediça.

Assim, não há relativamente ao direito económico nada que se pareça com as exigências do princípio da legalidade fiscal, designadamente no seu vector de princípio de reserva conteudística ou princípio da tipicidade a implicar uma intervenção parlamentar no respeitante a cada um dos elementos essenciais dos impostos. De facto, o direito económico, na medida em que disciplina a acção económica centrada no Governo, não pode, pela própria natureza das coisas, comportar grande leque de competências reservada à competência legislativa da Assembleia da República. E assim é, pois, para além de não integrar as matérias da reserva absoluta (art. 164.º), as constantes da reserva relativa (art. 165º) não são muito significativas e ficam-se, por via de regra, pelo seu “regime geral” ou pelas “bases” da correspondente disciplina legal.²²

De resto, relevando estas matérias sobretudo das atribuições e competências da União Europeia, é visível a centralidade do Governo face ao Parlamento, uma vez que, para além de a economia se apresentar polarizada na realização do mercado interno como *core business* da integração europeia, o órgão decisor por excelência da União Europeia continua a ser um órgão intergovernamental - o Conselho de Ministros.

O que é igualmente muito visível no respeitante aos limites materiais e temporais da actuação do Estado em ambos os domínios. Pois, se no direito fiscal o Estado na veste de legislador tem de respeitar o exigente princípio da igualdade aferido pela capacidade contributiva revelada pelos contribuintes, e não editar normas que tributem factos tributários ou factos geradores de impostos que se tenham esgotado no passado, já no direito económico os limites materiais e temporais são bem menos

²² Sendo presentemente as constantes do art. 165.º, n.º 1, alíneas j), l), m), n), o) e x).

exigentes. De facto, no direito económico, que o mesmo é dizer em sede da extrafiscalidade, os órgãos do Estado poderão confrontar-se quando muito com as exigências constitucionais das restrições aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, designadamente com o respeito do princípio da proporcionalidade e com o princípio da não retroactividade das leis restritivas de direitos fundamentais, ou, na medida em que essa acção se consubstancie em outros limites jufundamentais que não restrições, com as exigências do princípio da protecção da confiança legítima.²³

Para além de que, no que respeita às exigências do direito orçamental e da contabilidade pública, toda a extrafiscalidade acaba praticamente à margem. O que é particularmente visível no domínio dos benefícios fiscais que, enquanto despesas passivas do Estado, não são minimamente domesticáveis nessa sede. O que justificou, de resto, a elaboração do conceito e da categoria de despesas fiscais, a fim de estas serem submetidas a exigências que, de algum modo, supram a sua marginalidade face ao direito orçamental e da contabilidade pública, como vamos ver.²⁴

Portanto todo um mundo de diferenças entre o direito fiscal e o direito económico que tem importantes implicações na disciplina jurídica das medidas de política económica e social a levar acabo por via fiscal, seja esta através de impostos extrafiscais ou mediante benefícios fiscais.²⁵ Sendo, porém, estes os que aqui interessam, vejamos o seu conceito e natureza, de um lado, e a relevante distinção entre benefícios fiscais em sentido estrito e os incentivos fiscais, de outro.

2.2. Conceito e natureza dos benefícios fiscais

Como decorre do conceito legal de *benefícios fiscais*, constante do n.º 1 do art. 2.º do EBF, que reproduzimos mais acima, “[c]onsideram-se benefícios fiscais as medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem”. Importante

²³ Mais em pormenor, v. o nosso livro *Contratos Fiscais (Reflexões acerca da sua Admissibilidade)*, Studia Iuridica 5, BFDUC, Coimbra Editora, 1994, p. 252 e ss.

²⁴ V. o que dizemos *infra*, no ponto III.

²⁵ V. J. J. Teixeira Ribeiro, *Lições de Finanças Públicas*, cit., p. 258 e ss., e 290 e s. Relativamente aos fins extrafiscais das normas tributárias, v. também os textos integrantes da Parte III – “La Intervención de la Norma Jurídica Financiera en la Economía: Los Fines Extrafiscales de los Tributos” – da obra *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario – Estudios en Honor a Andrea Amatuccci*, Vol. II, Editorial Temis, Bogotá – Napoli, 2011, em que são de destacar os estudos de Luis Miguel Gómez Sjöberg, «Intervención de la norma financiera en la economía (los fines extrafiscales de los tributos)», Francisco Álvarez Arroyo, «Reflexiones sobre la intervención de la norma financiera en la economía y la sociedad: los fines fiscales y extrafiscales de los tributos», Jorge Bravo Cucci, «Intervención de la norma financiera en la economía. Los fines extrafiscales de los tributos», Emilio Cencerrado Millán, «Una reflexión sobre la utilización de la norma tributaria con fines extrafiscales», e Juan Pablo Godoy, «Los fines extrafiscales de los tributos».

para compreender este conceito é também o disposto no art. 4.º do EBF, que integra os benefícios fiscais no conceito mais amplo de *desagravamentos fiscais*, e os delimita das situações de não sujeição, prescrevendo: “[n]ão são benefícios fiscais as situações de não sujeição tributária” (n.º 1); e “[p]ara efeitos do disposto no número anterior, consideram-se, genericamente, não sujeições tributárias as medidas fiscais estruturais de carácter normativo que estabeleçam delimitações negativas expressas da incidência” (n.º 2).

O que nos revela, ainda assim, um conceito bastante amplo de benefícios fiscais, muito embora seja muito claro a afirmar que estes constituem medidas fiscais ao serviço de interesses públicos extrafiscais. Integram por isso mesmo, uma das mais importantes manifestações das já referidas “finanças funcionais” que viram a luz do dia no século XX e se consolidaram com o keynesianismo.

Todavia, tendo em conta o disposto nos reproduzidos arts 2.º e 4.º do EBF, os benefícios fiscais enquadram uma noção mais ampla – os *desagravamentos fiscais* – que integra: de um lado, as *não sujeições tributárias* (ou *desagravamentos fiscais stricto sensu*), cuja modalidade mais significativa são as *exclusões tributárias* (que estão para as não sujeições tributárias como as isenções estão para os benefícios fiscais); e, de outro lado, os benefícios fiscais.²⁶ Pelo que, enquanto as não sujeições tributárias são “medidas fiscais estruturais de carácter normativo que estabelecem delimitações negativas expressas da incidência” (art. 4.º, n.º 2), inscrevendo-se portanto na *política fiscal* ou política de obtenção de receitas fiscais, os benefícios fiscais são “medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem” (art. 2.º, n.º 1), integrando-se assim na *política extrafiscal* ou política de prossecução de objectivos económicos ou sociais por via fiscal.

Donde resulta que, enquanto os *desagravamentos fiscais* em sentido estrito constituem medidas dotadas de estabilidade, medidas por natureza duradouras, os benefícios fiscais apresentam-se como medidas de natureza conjuntural, como medidas temporárias. Um aspecto que, atenta a tendência para a perpetuidade da generalidade dos benefícios fiscais, o legislador parece não levar muito a sério, não obstante a sua afirmação expressa na lei. Lei esta que, depois de ter sido o art. 14.º, n.º 1, da LGT, é agora o art. 3.º de Estatuto dos Benefícios Fiscais, em que se estabelece uma regra de

²⁶ Quanto aos benefícios fiscais em geral ou alguns dos seus aspectos, v., por todos, N. Sá Gomes, *Teoria Geral dos Benefícios Fiscais*, Cadernos de CTF, Lisboa, 1991; M. H. Freitas Pereira, *Fiscalidade*, cit., p. 381 e ss.; Guilherme Waldemar de Oliveira Martins, *Os Benefícios Fiscais: Sistema e Regime*, cit.; Marcos André Vinhas Catão, *Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*, Rio de Janeiro, 2004; Eduardo Schoueri, *Normas Indutoras como Instrumento de Intervenção sobre o Domínio Económico*, Forense, 2005; Fernando Rocha Andrade, *Benefícios Fiscais. A Consideração da Despesa do Contribuinte na Tributação Pessoal do Rendimento*, Tese de Doutoramento apresentada na FDUC, 2014; Martha Toríbio Leão, *Controle da Extrafiscalidade*, Quartier Latin, 2015.

caducidade dos benefícios fiscais, dispondo que “[a]s normas que consagram benefícios fiscais constantes das partes II e III do presente Estatuto vigoram durante um período de cinco anos, salvo quando disponham em contrário”.

No respeitante ao conceito de benefícios fiscais, é acrescentar mais uma nota. E para dizer que deve evitar-se falar em carácter excepcional dos benefícios fiscais, uma vez que essa expressão corre o risco de implicar a natureza excepcional das normas jurídicas que os prevêem, convocando assim as consequências em sede da interpretação e aplicação de tais normas. É certo que os benefícios fiscais, enquanto *despesas fiscais* (se bem que, pela sua própria natureza, *despesas passivas*), integram uma disciplina jurídica derogatória da disciplina ordinária do respectivo imposto, reveladora de um regime mais favorável para os contribuintes do que o implicado no seu tratamento ordinário, sendo, assim, expressão de uma função promocional. Mas é igualmente certo que eles constituem um *instrumento normal* de política económica e social do Estado social contemporâneo e não um *instrumento excepcional* à maneira do entendimento próprio do Estado liberal, em que pontificava, como é sabido, a bem conhecida ideia de “finanças neutras”.²⁷

Muito importante para compreender o sentido e alcance da sua natureza de despesas fiscais é, todavia, a distinção, dentro do conjunto dos benefícios fiscais, entre os benefícios fiscais em sentido estrito e os incentivos ou estímulos fiscais, a que importa aludir.

2.3. Os benefícios fiscais em sentido estrito e os incentivos fiscais

Pois bem, a distinção que há a fazer em sede dos benefícios fiscais, é a que separa os *benefícios fiscais estáticos* ou benefícios fiscais *stricto sensu* dos *benefícios fiscais dinâmicos* ou incentivos ou estímulos fiscais. Os primeiros dirigem-se, em termos estáticos, a situações que, ou porque já se verificaram (encontrando-se, portanto, esgotadas), ou porque, ainda que não se tenham verificado ou verificado totalmente, não visam, ao menos directamente, incentivar ou estimular quaisquer actividades ou comportamentos, mas tão-só beneficiar essas actividades ou comportamentos por superiores razões de política geral de defesa, externa, económica, social, cultural, religiosa, etc.

Já os segundos visam incentivar ou estimular determinadas actividades, estabelecendo, para o efeito, uma relação entre as vantagens atribuídas e as actividades estimuladas em termos de causa-efeito. Por conseguinte, enquanto nos benefícios fiscais em sentido estrito a causa do benefício é a situação ou actividade considerada em si mesma, nos incentivos ou estímulos fiscais a sua causa é a adopção (futura) do com-

²⁷ V. o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., p. 641 e ss.

portamento beneficiado ou o exercício (futuro) da actividade fomentada, numa efectiva lógica de “toma lá dá cá”.²⁸

Assim, tendo em conta o que vimos de dizer e numa visão omnicompreensiva dos benefícios fiscais e da sua integração na categoria mais ampla dos “desagravamentos fiscais *lato sensu*”, temos: 1. os “benefícios fiscais” *lato sensu*, em que temos ainda: a) os benefícios fiscais estáticos = benefícios fiscais *stricto sensu*; e b) os benefícios fiscais dinâmicos = incentivos ou estímulos fiscais; e 2. os “desagravamentos fiscais” *stricto sensu* = exclusões tributárias

A este respeito devemos assinalar que, embora em termos estritamente jurídicos as distinções acabadas de referir, sobretudo a que separa os benefícios fiscais em sentido estrito dos incentivos ou estímulos fiscais, façam todo o sentido, a tendência para a sua consideração como *despesas fiscais* em sede da OCDE²⁹ e a sua qualificação como *auxílios de Estado* em sede do direito da União Europeia vão no sentido de uma ampla abrangência, como já referimos e pode ver-se nos relatórios da despesa fiscal e na jurisprudência do TJUE,³⁰ respectivamente. O que, todavia, não põe minimamente em causa que se trata de uma distinção verdadeiramente decisiva, porquanto, não é demais sublinhar, que ela revela toda a diferença em termos de legitimidade jurídico-constitucional que existe entre os dois tipos de benefícios fiscais.

Desde logo, é de assinalar que os incentivos ou estímulos fiscais têm por causa a sua vinculação à opção futura do comportamento beneficiado ou do exercício da actividade fomentada, na lógica já mencionada de “toma lá dá cá”, não podemos deixar de ver nestes benefícios fiscais uma contrapartida, em sede fiscal, das diversas e multifacetadas contribuições que os beneficiados, que são empresas singulares ou societárias, realizam em sede económica e social a favor da comunidade nacional, entre as quais se conta a de proporcionarem mais receitas fiscais no futuro.³¹

²⁸ Que tem como paralelo os tributos com estrutura bilateral, constituam, estes, contrapartidas de prestações estaduais individuais – taxas – ou contrapartidas de prestações estaduais grupais – contribuições financeiras – v. o nosso *Direito Fiscal*, 11.ª ed., Almedina, 2019, p. 42 e ss.

²⁹ V. os Relatórios da Despesa Fiscal de 2014, 2015, 2016, 2017, e 2018, que seguem, quanto ao conceito de despesa fiscal o *Tax Expenditures in OECD Countries*, OECD, 2010. É de assinalar que a apresentação e publicação do primeiro Relatório da Despesa Fiscal - de 2014 - teve a ver com a intervenção externa protagonizada pela Troika (2011-2014). Para as diversas espécies de desagravamentos fiscais, v. os nossos livros *Contratos Fiscais*, cit., p. 123 e ss. e 165 e ss.; *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., p. 632 e ss.; e *Direito Fiscal*, cit., p. 404 e ss.

³⁰ V. sobre os auxílios de estado por via fiscal A. Carlos dos Santos, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Almedina, 2003, e *L'Union Européenne et la Régulation de la Concurrence Fiscale*, Bruylant / LGDJ, Bruxelles / Paris, 2009, p. 389 e ss.

³¹ V. também os nossos livros *Direito Fiscal*, cit., p. 406 e ss.; e *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, 3.ª ed., Almedina, 2018, p. 160 e ss.

Depois, insistindo neste último aspecto, importa de sublinhar que, embora tais benefícios fiscais se configurem, ao menos à primeira vista, como todos os benefícios fiscais, “despesas fiscais”, justamente porque incentivam ou estimulam actividades que, de outro modo, não chegariam a ter lugar, vão efectivamente originar um aumento das receitas fiscais no futuro, as quais terão por suporte o resultado económico dessas actividades. Por isso mesmo, numa tal situação, estamos, de um ponto de vista material e em rigor, perante *despesas fiscais impróprias* ou *despesas fiscais aparentes*, já que são produtivas de receitas futuras.³² Uma ideia que não pode deixar de estar presente na interpretação e aplicação dos preceitos legais que levam isso em conta, como são os n.ºs 3 e 4 do art. 2º do EBF, em que, respectivamente, se consideram despesas fiscais os benefícios fiscais e se prevê a possibilidade de exigir aos contribuintes uma declaração relativa aos benefícios fiscais que não sejam gerais e automáticos.

III. As despesas constantes dos relatórios

Importa agora reflectir sobre em que medida o conceito de despesas fiscais que está na base da elaboração dos relatórios anuais da despesa fiscal se coaduna com o objectivo de tais relatórios cuja exigência pelas organizações internacionais em nome da transparência foi, como referimos, a de suprir a falta de previsão orçamental e registo na contabilidade pública das despesas públicas que são realizadas pela via do reconhecimento ou concessão de benefícios fiscais. Ou seja, mediante despesas fiscais que, por serem despesas de realização passiva, não figuram nos orçamentos e contas públicas, escapando assim aos instrumentos da gestão financeira, cuja centralidade reside na imperiosa necessidade de controlo das despesas públicas, de modo a que estas se mantenham dentro do quadro normativo e da política financeira desenhados em consonância, de um lado, com a sustentabilidade financeira do Estado e, de outro, com a suportabilidade dos impostos para os contribuintes.³³

E, a este respeito, é de assinalar que o conceito de despesa fiscal, com que se opera na elaboração dos relatórios da despesa é demasiado amplo, porquanto abrange diversos desagravamentos estruturais que, por não serem benefícios fiscais, não são verdadeiras despesas fiscais. O que tem como consequência contar como despesas fiscais realidades que, de todo, o não são, porquanto se reportam a opções estritamente fiscais, de política fiscal, tomada pelo legislador no quadro da soberania fiscal do Estado.

³² V. neste sentido, Guilherme Waldemar de Oliveira Martins, *A Despesa Fiscal e o Orçamento do Estado no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 93 e ss.

³³ Sendo certo que as receitas públicas acabam sempre por ser impostos – impostos de hoje (impostos) a cargo da geração actual ou impostos de amanhã (empréstimos) a cargo da geração ou gerações futuras.

Algumas palavras sobre estes aspectos, dando conta, de um lado, das falsas despesas fiscais que é preciso distinguir muito claramente das verdadeiras despesas fiscais, e, de outro lado, aludir à necessidade de uma efectiva limitação das despesas fiscais, que é como quem diz do elevado e variado número de benefícios fiscais vigentes entre nós. Vejamos então.

1. As falsas despesas fiscais

Para ilustrar a amplitude das falsas despesas fiscais constantes dos relatórios da despesa fiscal, vamos servir-nos dos relatórios da despesa fiscal que vêm sendo elaborados desde 2013, sobretudo dos relativos aos de 2017 e 2018, bem como do estudo *Os Benefícios Fiscais em Portugal. Conceitos, Metodologia e Prática*.³⁴ Pois, embora o perímetro dos relatórios de 2018 e 2019 não coincida inteiramente com o da despesa fiscal constante dos relatórios dos anos anteriores, uma vez que houve alguns acertos, ainda assim a amplitude das despesas fiscais considerada é enorme, destorcendo por completo o conceito de despesa fiscal estrutural e funcionalmente adequado à exigência dos relatórios da despesa fiscal, que é, como referido, a de proporcionar um controlo minimamente adequado para todas as despesas públicas, assumam estas a forma e o procedimento de realização que assumirem.

Todavia, antes de entrarmos na enumeração das situações mais visíveis de falsas despesas fiscais, importa insistir em algo de que já falámos quando separamos os benefícios fiscais dos desagravamentos estruturais, dando conta do sentido e alcance profundo da distinção entre as verdadeiras despesas fiscais, a considerar nos correspondentes relatórios, e as falsas despesas fiscais que, obviamente, não devem integrar esses relatórios.

1.1. A distinção entre verdadeiras e falsas despesas fiscais

Ora, como consta das definições que reproduzimos mais acima, tanto o conceito de despesas fiscais da OCDE como o de benefícios fiscais, contraposto ao de desagravamentos fiscais em sentido estrito, nos termos dos art. s 2.º, n.º 1, e 4, do EBF, nos dão conta da necessidade da distinção em causa. Pois o primeiro estabelece que as despesas fiscais se reportam a “disposições da lei fiscal, regulamentações ou práticas

³⁴ Elaborado pelo Grupo de Trabalho para o Estudo dos Benefícios Fiscais, designado pelo Despacho n.º 4222/2018, de 26 de Abril, do Gabinete do Ministro das Finanças, publicado sob o título *Benefícios Fiscais em Portugal*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 217, 2019. Estudo que vem no seguimento de outros contidos nos relatórios de reavaliação dos benefícios fiscais, mais especificamente da *Reavaliação dos Benefícios Fiscais*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 180, 1998, e da *Reavaliação dos Benefícios Fiscais*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 198, 2006.

que configurem uma redução ou um diferimento do imposto devido por um grupo específico de sujeitos passivos, face ao sistema de tributação-regra”, e o segundo identifica os benefícios fiscais com “as medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem”, separando-os dos desagravamentos fiscais, como são as situações de não sujeição tributária, considerando-se estas medidas fiscais estruturais de carácter normativo que estabeleçam delimitações negativas expressas da incidência.

O que implica analisar algumas características relativas às despesas fiscais, tais como a sua estrutura e função, os órgãos competentes para as regular, a política que com elas se pretende atingir, o critério de repartição que têm por base e o tratamento em sede orçamental e da contabilidade pública. Realidades estas que não podem ser consideradas em termos mais ou menos empíricos, como se de meras realidades económicas e financeiras se tratasse, mas antes tendo em consideração a específica ordem jurídica em que se inserem, recortada sob o paradigma da soberania fiscal do Estado. Isto é, há que analisar as mencionadas características à luz do recorte constitucional e do direito europeu dos impostos a que tais despesas se reportam.

Ora bem, estruturalmente as verdadeiras despesas fiscais constituem efectivos benefícios fiscais para os seus destinatários, prescindindo o Estado das correspondentes receitas. Situação em que tudo se passa como se este atribuísse ajudas ou auxílios financeiros directos de montante igual ao dos correspondentes benefícios fiscais. Ou seja, operando, a seu modo, como se fosse uma via alternativa de realização das despesas públicas.

Por seu lado, funcionalmente estamos perante uma acção de intervenção extrafiscal de modelação de comportamentos económicos ou sociais por parte do legislador fiscal, visando com tais despesas fiscais a concessão de benefícios a quem adopte os comportamentos correspondentes aos factos tributários ou pressupostos de facto objecto dos benefícios fiscais. Ou seja, o Estado utiliza o poder tributário e as normas jurídico-tributárias em que se materializa com a mesma função com que desenvolve o poder financeiro mobilizável para a realização das políticas públicas que possam ser levadas a cabo através do estabelecimento de ajudas ou auxílios financeiros directos.

Por isso, os órgãos competentes para a sua regulação, como já vimos, não coincidam inteiramente com os que regulam as medidas estritamente fiscais, em virtude de estas terem de respeitar a reserva de competência legislativa da Assembleia da República implicada no princípio constitucional da legalidade fiscal. É que nas verdadeiras despesas fiscais deparamo-nos com medidas de *política económica* ou *social* por via fiscal e não de *política fiscal*, isto é, de obtenção de receitas públicas, em que o legislador fiscal recorta e delimita, tanto pela positiva como pela nega-

tiva e de forma o mais precisa possível, como o exige o princípio da legalidade fiscal, tanto os objectos tributáveis como os objectos não tributáveis.

Por conseguinte, as opções de não tributação ou de tributação menor, adoptadas em sede da política fiscal, como desagravamentos fiscais estruturais ou em sentido estrito que são, não constituem quaisquer despesas fiscais. De facto, estas situações não se reportam minimamente quer a “disposições da lei fiscal, regulamentações ou práticas que configurem uma redução ou um diferimento do imposto devido por um grupo específico de sujeitos passivos, face ao sistema de tributação-regra” quer a “medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem”.

Também do ponto de vista do critério de repartição dos encargos públicos subjacente às normas tributárias, há uma manifesta separação entre as normas fiscais e as normas extrafiscais e, por conseguinte, entre as que se reportam às verdadeiras despesas fiscais e as relativas às falsas despesas fiscais. Pois, enquanto as primeiras se pautam por um critério de repartição dos encargos públicos que se funda na igualdade fiscal a aferir pela capacidade económica ou capacidade contributiva dos destinatários das correspondentes normas de incidência dos impostos,³⁵ as segundas têm por base as ideias de oportunidade e conveniência políticas em lançar ou não mão da via fiscal, em confronto e ponderação com o recurso a outras vias à disposição da intervenção económica e social do Estado, para a prossecução das suas políticas públicas.³⁶ Pois, como foi referido, consoante estejamos perante verdadeiras despesas fiscais ou perante falsas despesas fiscais, assim se desencadeia a aplicação de diversos parâmetros normativos, a começar pelos parâmetros constitucionais.

Finalmente, enquanto as despesas não fiscais têm expressão tanto no orçamento do Estado como na correspondente conta pública, as despesas fiscais, dada a sua configuração, tendem a escapar a esses instrumentos de gestão financeira. Por isso, requer-se operar com um conceito preciso de despesa fiscal de modo a que sejam estas, e apenas estas, as que figuram tanto no mapa XXI de cada orçamento do Estado como no correspondente relatório da despesa fiscal.

³⁵ Sejam estas as manifestações clássicas, como o rendimento, o património e o consumo, ou outras como as “capacitações” ou “disponibilidades” a que alguma doutrina mais recente vem recorrendo – v., a este respeito, Franco Gallo, «Nuove espressioni di capacità contributiva», *Rassegna Tributaria*, 4/2015, p. 771 e ss., em continuação de textos anteriores, como *L'Uguaglianza Tributaria*, Editoriale Scientifica, 2012, esp. p. 7 e ss.; e José Andrés Rozas Valdés, «De la justicia tributaria a la justicia financiera», *Revista Empresa y Humanismo*, vol. XV, 2/2012, p. 111 e ss.

³⁶ V. J. J. Teixeira Ribeiro, *Lições de Finanças Públicas*, cit., p. 290 e s.; e Guilherme Waldemar de Oliveira Martins, *Os Benefícios Fiscais: Sistema e Regime*, cit., p. 15 e ss.

O que significa que a distinção entre as verdadeiras e as falsas despesas fiscais não se pode bastar com um único critério, designadamente com o critério da repartição dos encargos público, como, por vezes, parece pretender-se. É certo que o critério de repartição dos encargos públicos é muito importante e, sempre que o mesmo resulte claro, será em princípio decisivo, como tenderá a ocorrer relativamente aos impostos extrafiscais.³⁷ Mas o mesmo já se não poderá dizer no respeitante ao outro ramo da extrafiscalidade – os benefícios fiscais, ou seja, as despesas fiscais, em que a combinação e articulação dos critérios mencionados acabará por ser muito relevante.

Importa referir, ainda, que as características apontadas para a separação entre as verdadeiras e as falsas despesas fiscais, têm de ser vistas à luz do recorte normativo dos impostos a que se reportam, designadamente do recorte constitucional e do recorte do direito europeu. O que é particularmente visível em sede do Imposto sobre Valor Acrescentado (IVA),³⁸ Imposto sobre o Rendimento das pessoas Singulares (IRS) e Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC), relativamente aos quais encontramos nos relatórios da despesa fiscal realidades consideradas e contabilizadas como despesas fiscais que integram o “sistema de tributação-regra”, não constituindo, assim, quaisquer “medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais”.

1.2. Alusão a falsas despesas fiscais

Aludamos, então, às falsas despesas fiscais que vêm constando dos relatórios da despesa fiscal, dando conta das diversas e amplas categorias de despesa fiscal que aí figuram que, todavia, não constituem verdadeiros benefícios fiscais, mas antes desagravamentos fiscais de natureza estrutural. Para ilustrarmos a falta de rigor na inclusão de despesas fiscais nos relatórios, vejamos, tendo em conta o Relatório da Despesa Fiscal de 2018 e o estudo Benefícios Fiscais em Portugal, o que ocorre no respeitante aos três mais importantes impostos do nosso sistema fiscal – o IVA, o IRS e o IRC.

E a maior manifestação de falsas despesas fiscais, pelo menos em termos de montante da despesa fiscal contabilizada como tal, verifica-se sem qualquer dúvida, em sede do IVA, porquanto as mais importantes manifestações de despesas fiscais relativas a este imposto têm a ver inteiramente com a sua estrutura, mais especificamente com os dois mais importantes vectores da sua disciplina jurídica, a que importa aludir. Pois não podemos esquecer que se trata de um imposto com um regime comum

³⁷ Refira-se que o Professor J. J. Teixeira Ribeiro convoca o critério da repartição – v. *Lições de Finanças Públicas*, cit., p. 258 e ss. 290 e s. – tendo em conta apenas os impostos extrafiscais.

³⁸ O que vale também para os impostos especiais sobre o consumo (IEC's) – o Imposto sobre o Alcool e Bebidas Alcoólicas, o Imposto sobre os Produtos Petrolíferos e Ambientais e o Imposto sobre o Tabaco - dado o regime harmonizado imposto pela União Europeia.

européu, cuja adopção decorreu da necessidade de um imposto geral sobre o consumo minimamente uniforme em toda a União Europeia que permitisse o estabelecimento e funcionamento de um mercado comum, ou seja, do mercado interno, sem distorções ou distorções graves. E de um imposto que tudo quanto esteja para além desse regime comum, se encontra na disponibilidade da soberania fiscal, ou seja, do poder tributários dos Estados, como acontece relativamente às taxas preferenciais – reduzida e intermédia – e, bem assim, às isenções simples de determinados sujeitos passivos de IVA, cuja lista encontramos no art. 9.º do Código do IVA.

Pois bem, é de assinalar que as despesas fiscais contabilizadas em sede do IVA, reportadas sobretudo às das taxas preferenciais – a taxa reduzida e a taxa intermédia³⁹ – e às isenções simples constantes do art. 9.º do Código, representaram 72,8% das despesas fiscais constantes dos relatórios da despesa fiscal de 2015 a 2018, sendo certo que apenas as correspondentes às taxas preferenciais elevaram a despesa fiscal de 2% para 6% do PIB.⁴⁰ Mais, no caso das isenções simples em IVA, não vemos como possa haver inclusive uma qualquer falsa despesa fiscal, porquanto não há perda de receita do Estado, pois o que nessa isenção ocorre é que, em vez do imposto suportado e facturado a montante pelos sujeitos passivos isentos ser repercutido para os consumidores dos bens produzidos e dos utentes dos serviços prestados por aqueles, acaba o mesmo por ser suportado pelos próprios sujeitos passivos, em total contramão da lógica de um imposto sobre o consumo, pois passa a ser um imposto sobre a produção.⁴¹

Por seu lado, no respeitante às falsas despesas fiscais reportadas ao IRS, elas resultam sobretudo de não se ter em devida conta de que se trata de um *imposto pessoal*, de resto com um exigente recorte constitucional, constante do n.º 1 do art. 104.º da Constituição, cuja estrutura tem por base a importante separação entre o *rendimento líquido* e o *rendimento disponível*, sendo apenas este o que o legislador fiscal pode e quer objecto de tributação. Por conseguinte, todas as operações que tenham por objecto a determinação do rendimento líquido, ou seja, todas as deduções de natureza objectiva porque dirigidas ao apuramento de grandezas líquidas, de um lado, e todas as operações de determinação do rendimento disponível, por outro lado, não podem ser tidas por despesas fiscais.

Assim, as deduções para a determinação do *rendimento líquido* de cada categoria de rendimento e para a determinação do rendimento líquido global, de um lado, e as

³⁹ Tendo estas passado a constar dos relatórios apenas a partir de 2017, seguindo o Parecer do Tribunal de Contas à Conta Geral do Estado de 2014 e o esclarecimento feito ao Manual de Quantificação da Despesa Fiscal elaborado pela Autoridade Tributária e Aduaneira.

⁴⁰ V. *Os Benefícios Fiscais em Portugal*, cit., p. 39 e 156.

⁴¹ V. o nosso *Direito Fiscal*, cit., p. 579 e ss.; e o Relatório da Despesa Fiscal de 2018, Outubro de 2018, p. 11.

deduções para a determinação do imposto líquido a pagar, como são as deduções à colecta por créditos de imposto para eliminar a dupla tributação interna ou internacional, jurídica ou económica, de outro, não constituem obviamente despesas fiscais. Pois elas visam, e visam apenas, obstar que sejam objecto de tributação falsos rendimentos, ou seja, rendimentos de todo inexistentes ou meramente nominais.

Por seu turno, em sede de apuramento do *rendimento disponível*, temos aquelas situações em que, independentemente da técnica tributária utilizada, se visa concretizar que a tributação do rendimento pessoal esteja em conformidade com as exigências constantes do n.º 1 do art. 104.º da Constituição que implicam que o IRS diminua as desigualdades, seja único e progressivo e tenha em conta os rendimentos e as necessidades do agregado familiar. Neste quadro, em tais situações se integram, desde logo, como sua componente natural e mais importante, as “deduções pessoalizantes”, que presentemente encontramos nas deduções à colecta⁴² que, todavia, não são consideradas despesas fiscais, muito embora venham sendo contabilizadas, a título de desagravamentos estruturais, nos relatórios da despesa fiscal a partir de 2017.⁴³

Mas igual qualificação devem ter as situações que podemos designar por “exclusões tributárias pessoalizantes”, como são, de um lado, o mínimo de existência consagrado no art. 70.º do Código do IRS, que desde a LOE/2018 foi alargado para além da categoria do rendimento do trabalho dependente, e, de outro, a exclusão de tributação constante do n.º 4 do art. 3.º do Código do IRS,⁴⁴ segundo o qual estão excluídos de tributação os rendimentos resultantes de actividades agrícolas, silvícolas e pecuárias, quando o valor dos proveitos ou das receitas, isoladamente, ou em cumulação com o valor dos rendimentos ilíquidos sujeitos, ainda que isentos, desta ou de outras categorias que devam ser ou tenham sido englobados, não exceda por agregado familiar quatro vezes e meia o valor anual do Indexante de Apoios Sociais (IAS). Significa isto que os rendimentos dos agregados familiares dos agricultores se encontram excluídos da tributação até ao montante de € 27.645,03.⁴⁵

⁴² Que desde 2001 substituíram os abatimentos ou deduções ao rendimento global, em que hoje temos apenas o do art. 56.º-A do Código do IRS, que, em rigor, não constitui qualquer abatimento, como vamos referir de seguida.

⁴³ V. o Relatório da Despesa Fiscal de 2017, p. 6, 24 e s. e 62 e s., e o Relatório da Despesa Fiscal de 2018, p. 5, 23 e 65.

⁴⁴ Uma solução que tem a ver com as dificuldades reveladas pela tributação dos rendimentos da actividade agrícola, quando não são de montantes significativamente elevados e estão intimamente ligados à subsistência do agricultor e sua família, v. o nosso estudo «A respeito do Adicional ao Imposto Municipal sobre Imóveis», em *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, vol. V, Almedina, 2018, p. 336 e s.

⁴⁵ Pois $(€ 438,81 \times 14) \times 4,5 = € 27.645,03$. Isto de acordo como valor do IAS fixado pela Portaria n.º 27/2020, de 31 de Janeiro.

E idêntica ideia vale, a nosso ver, para o erradamente designado abatimento constante do art. 56.º-A do Código do IRS,⁴⁶ relativos aos sujeitos passivos com deficiência, em que verdadeiramente o que temos é uma dedução suplementar, de natureza pessoal, de 15% para os rendimentos da categoria A e B, e de 10% para os rendimentos da categoria H, uma vez que os rendimentos das categorias A e B são considerados apenas em 85% e os rendimentos da categoria B em apenas 90%, sendo que a parte do rendimento excluída de tributação não pode exceder € 2.500 por categoria de rendimento.

Enfim, em sede do IRC, também temos situações em que não pode colocar-se qualquer dúvida quanto ao seu carácter estrutural, não podendo ser consideradas despesas fiscais. Mais especificamente todas as traduzidas em operações concernentes ao apuramento do imposto, segundo a exigência constitucional da tributação das empresas pelo seu rendimento real, como são as dirigidas à determinação sucessiva do lucro contabilístico, do lucro tributável, da matéria colectável, da colecta e do imposto a pagar.⁴⁷

Assim situações tais como o regime de transparência fiscal de sociedades e de grupos de sociedades,⁴⁸ o regime simplificado, a *participation exemption* e os créditos de imposto para eliminar a dupla tributação interna ou internacional, jurídica ou económica, o regime especial de tributação dos grupos de sociedades, a não sujeição a tributação autónomas, o reporte de prejuízos,⁴⁹ etc., na medida em que reduzam a tributação que, de outro modo, teria lugar, não podem em caso alguma ser vistas como despesa fiscal.

O que vale igualmente no respeitante à isenção em IRC do Estado, regiões autónomas, autarquias locais, suas associações de direito público e federações e instituições

⁴⁶ Aditado pela LOE/2015 = Lei n.º 82-E/2014, de 31 de Dezembro.

⁴⁷ V. o nosso *Direito Fiscal*, cit., p. 531 e ss.; Rui Duarte Morais, *Apontamentos ao IRC*, Almedina, 2007, p. 58 e ss.; Gustavo Lopes Courinha, *Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*, Almedina, 2019, p. 79 e ss.; Joaquim Miranda Sarmiento / Ricardo Nunes / Marta Morais Pinto, *Manual Teórico Prático do IRC*, Almedina, 2019, esp. p. 53 e ss.

⁴⁸ Embora tratadas no mesmo preceito, as sociedades transparentes e os grupos transparentes de sociedades constituem realidades bem diferentes, pois, enquanto nas sociedades transparentes se visa evitar a fuga ao pagamento do IRS de pessoas singulares escondidas atrás de sociedades artificialmente constituídas com esse fito, nos grupos transparentes trata-se de um eficaz instrumento para evitar a dupla tributação em IRC das sociedades e do correspondente grupo.

⁴⁹ Um instituto do direito fiscal das empresas em que a periodização do lucro tributável de algum modo se alarga ao ciclo mais longo da obtenção de resultados por parte das empresas, integrando os prejuízos passados nos lucros presentes e futuros, conduzindo a um resultado fiscal que não andarà muito longe do que seria obtido se os resultados negativos, próprios dos primeiros anos de actividade e de períodos de menor performance económica, tivessem sido objecto, a seu tempo, de um correspondente imposto negativo. Um entendimento que mais não é do que uma expressão da neutralidade que o Estado deve ter face ao funcionamento da economia e dos mercados.

de segurança social, constante do art. 9.º do Código do IRC, distinguindo-se assim das demais isenções contempladas nos arts 10.º a 14.º do mesmo Código. É que, muito embora o legislador no Código do IRC, como em outros códigos e legislações fiscais, se tenha socorrido da técnica da isenção, para não tributar o Estado e demais entidades públicas em causa, o certo é que estamos perante uma realidade e uma opção legislativa que se aproxima muito da figura das exclusões tributárias, como, de resto, acontece em sede do IVA, em que, essas entidades públicas foram contempladas com uma exclusão de incidência no termos do n.º 3 do art. 2.º do Código do IVA.⁵⁰

Por conseguinte, todas estas situações se apresentam como estritas opções do poder tributário exercido no quadro da soberania fiscal do Estado, ou seja, como estritas medidas de tributação, não constituindo quaisquer medidas de natureza extrafiscal. Por isso mesmo, parece-nos que considerá-las despesas fiscais, como acontece sobretudo em sede do IVA, é totalmente descabido e profundamente equívoco com a *ratio* subjacente ao próprio conceito de despesa fiscal, retirando a este quase toda a utilidade relativa à necessidade de orçamentação e contabilização de todas as despesas públicas, independentemente da forma ou técnica utilizada, que esteve na base da sua criação.

2. Para uma limitação das despesas fiscais

Por quanto vimos de dizer, revela-se como algo imperioso a redução das despesas fiscais, ou seja, dos benefícios fiscais. Desde logo, importa dar preferência às despesas directas, ou seja, aos auxílios ou ajudas financeiras directas, face às despesas fiscais ou benefícios fiscais.

Por conseguinte e em sede geral, a política económica e social a concretizar pela atribuição de benefícios fiscais, para desenvolver certos sectores produtivos ou actividades económicas, bem como para apoiar determinados grupos sociais, principalmente os mais vulneráveis, deve ser tendencialmente substituída por medidas concretizadas em auxílios ou ajudas financeiras directas, ou seja, através de gastos públicos. E isto por razões que se prendem com a transparência, a oportunidade e a eficácia da actuação do Estado no domínio das políticas públicas.

Por *razões de transparência*, porque a inclusão desses apoios económicos e sociais no Orçamento do Estado leva à sua explicitação como gastos públicos, o que permite aos cidadãos conhecer directa e especificamente o seu montante sem esbarrar no véu

⁵⁰ V. sobre o problema da tributação ou não das entidades públicas, que chegou a ser bastante discutido na primeira metade do século XX na doutrina italiana, o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., p 485 e ss.

de opacidade constituído pela legislação fiscal que estabelece e recorta os benefícios fiscais, não raro em diplomas legislativos avulsos e até inseridos em leis respeitantes a matérias que nada têm a ver com a área fiscal. Uma exigência que não é satisfeita ou compensada pela apresentação, decorrente do disposto na alínea g) do n.º 3 do art. 106.º da Constituição, do correspondente *anexo à proposta de orçamento*, e dos *relatórios da despesa fiscal*.

Por *razões de oportunidade*, porque os compromissos implicados na inclusão desses gastos públicos no Orçamento do Estado se reportam ao correspondente período financeiro, carecendo os mesmos de renovação e justificação em cada ano económico, não permanecendo assim na legislação que regula os benefícios fiscais, os quais, mesmo quando não se mantêm indefinidamente, sobrevivem muito para além do período temporal que é adequado à sua utilidade e carácter extraordinário. É que, não obstante a regra da caducidade de cinco anos dos benefícios fiscais, constante do art. 3.º do EBF, a tendência, amplamente confirmada na prática, para a perpetuidade constitui uma realidade que não se tem conseguido ultrapassar.

E por *razões de eficácia*, porque os gastos públicos podem ser focados e concentrados naqueles sectores ou actividades económicos que enfrentem específicos problemas de falta de procura ou naqueles grupos sociais que se apresentem particularmente necessitados numa determinada situação. De facto, a inércia que, por via de regra, acompanha a realização de despesas públicas passivas, através do reconhecimento ou da concessão de benefícios fiscais, está longe de proporcionar a dinâmica, mormente em termos de flexibilidade e de resposta rápida aos *inputs* que a política económica e social exige.

Dá a crítica generalizada que hoje em dia é feita, e bem, à verdadeira “feira” ou “indústria” dos benefícios fiscais, em virtude de estes se apresentarem como puras despesas fiscais que privilegiam certos grupos mais poderosos ou influentes, contribuindo assim para uma verdadeira redistribuição invertida do rendimento e da riqueza. Redistribuição invertida que constitui um dos mais visíveis e nefastos segmentos em que se concretiza o fenómeno que, desde há anos, vimos denunciando sob o nome de “*apartheid* fiscal”.⁵¹

Por conseguinte, como vem sendo proposto pelos relatórios de avaliação e estudos já referidos, é desejável que parte significativa dos benefícios fiscais actualmente em vigor, desde logo aqueles que não apresentam uma qualquer justificação que os suporte, seja eliminada, revogando as correspondentes normas legais. Num tal qua-

⁵¹ V. sobre este fenómeno o nosso *Direito Fiscal*, cit., p. 473 e ss., bem como o nosso estudo «A crise do Estado fiscal», em Suzana Tavares da Silva / Maria de Fátima Ribeiro (Coord.), *Tratados de Sustentabilidade. Tributação e Investimento*, Instituto Jurídico, FDUC, 2013, p. 53 e ss.

dro é da maior importância separar os benefícios fiscais em sentido estrito dos incentivos ou estímulos fiscais, pois a referida crítica não é extensível, e, portanto, não tem razão de ser, relativamente aos verdadeiros incentivos ou estímulos fiscais, dada a natureza, a seu modo, bilateral destes como foi realçado quanto nos referimos ao direito económico fiscal.

É certo que, de tempos a tempos, se tem procurado limitar a previsão de novos benefícios fiscais e, mesmo procedido à revogação de muitos deles, em levas em que são de destacar, desde logo, a de 1988/89, aquando da adopção da reforma fiscal que instituiu o actual sistema de tributação do rendimento, em que se aproveitou para proceder a uma limpeza do sistema de benefícios fiscais, tendo-se aprovado o Estatuto dos Benefícios Fiscais.⁵² Codificação que devia ter recolhido a generalidade dos benefícios fiscais, embora muitos deles se tenham mantido em diversificada legislação avulsa.

O que foi atenuado aquando da reforma da tributação do rendimento de 2000, quando foram reconduzidos ao EBF diversos benefícios fiscais antes dispersos por legislação fiscal e não fiscal. Todavia, continua alguma dispersão dos benefícios fiscais que seria desejável que fossem integrados no EBF ou no Código Fiscal do Investimento (CFI), um código aprovado em 2009⁵³ e objecto de nova versão em 2014,⁵⁴ para o qual foram deslocados os mais importantes e específicos benefícios fiscais ao investimento produtivo a conceder às empresas.⁵⁵

A este respeito, podemos afirmar que a disciplina dos benefícios fiscais continua a espalhar-se pelo EBF, pelo CFI, se bem que em menor número, pelos diversos códigos dos impostos, bem como pela legislação fiscal avulsa, respeite esta apenas a benefícios fiscais ou constitua legislação fiscal mais geral com disposições fiscais ou mesmo em preceitos soltos contidos em legislação de outras matérias sem qualquer relação com o direito dos impostos.

O que, tem como consequência que uma boa parte dos benefícios fiscais possa passar quase ou mesmo totalmente despercebida à generalidade dos seus destinatários ou, vistas as coisas a partir de um outro ângulo, sejam apenas conhecidos daqueles que, a seu modo, promoveram a sua aprovação e, depois, estão em condições de preencherem os correspondentes requisitos. Um comportamento do legislador

⁵² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 215/89, de 1 de Julho.

⁵³ Pelo Decreto-Lei n.º 249/2009, de 23 de Setembro.

⁵⁴ Constante do Decreto-Lei n.º 162/2014, de 31 de Outubro.

⁵⁵ Que, na referida nova versão, são os benefícios fiscais contratuais, que estavam regulados no EBF, a Dedução de Lucros Retidos e Reinvestidos (DLRR), antes prevista no Código do IRC, o Regime Fiscal de Apoio ao Investimento (RFAI) e o Sistema de Incentivos Fiscais em Investigação e Desenvolvimento (SIFIDE), que constavam de legislação avulsa. V. a nossa *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, cit., p. 159 e ss.

servido por uma técnica legislativa que honra mais a *arcana praxis*, própria de um Estado não democrático ou autoritário, do que a necessária *transparência* que não pode deixar de ser timbre de um Estado de Direito Democrático.⁵⁶

⁵⁶ V. o nosso *Direito Fiscal*, cit., p. 417 e ss.

Julgamento de Facto em 1ª e 2ª Instâncias

MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA *

1. O Código de Processo Civil de 2013 introduziu alterações relevantes no julgamento da matéria de facto em 1ª e em 2ª Instâncias e, indirectamente, no âmbito possível do recurso de revista.

Se em alguns pontos se pode dizer que essas alterações correspondem ao aprofundamento do regime imediatamente anterior, noutros importam inovações que devem ser interpretadas e aplicadas no contexto global em que se inserem – nomeadamente, na relação entre as diferentes instâncias, na delimitação das respectivas competências, no sistema de prova ou de recursos, para apenas referir os aspectos mais evidentes.

O tempo de vigência e a aplicação de princípio do Código de Processo Civil de 2013 às acções declarativas pendentes¹ permitem recorrer à jurisprudência para encontrar as dificuldades ou dúvidas que se consideram mais significativas e as orientações definidas pelos tribunais superiores.

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 203-220.

* Juíza do Supremo Tribunal de Justiça.

¹ Cfr. Artigo 5.º da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho (aprovou o Código de Processo Civil).

A importância prática das inovações e da jurisprudência que as considerou justifica o tratamento do tema.

2. Antes de prosseguir, considera-se útil recordar alguns aspectos:

- O Código de Processo Civil de 2013 manteve a regra da livre apreciação da prova, constante agora do n.º 5 do artigo 607º, preceito correspondente ao artigo 655.º do anterior Código de Processo Civil. Tal como antes, e apesar de se encontrarem no Código Civil as normas relativas ao valor probatório dos diversos meios de prova em especial, por ter sido opção do legislador a inclusão no Código Civil do Direito Probatório Material, o princípio geral a observar pelo julgador aparece definido a propósito do julgamento de facto – hoje incluído na sentença;
- Igualmente manteve o princípio inquisitório no domínio da prova, reforçando aliás o propósito que o explica (prossecução, tanto quanto possível, da descoberta da verdade dos factos), ao acrescentar um novo meio de prova, a prova por declarações de parte (artigo 466.º do Código de Processo Civil); o acrescentamento da prova por verificações não judiciais qualificadas teve fundamentalmente em vista objectivos de simplificação e de celeridade;
- O mesmo se diga quanto ao princípio da imediação, que norteia a produção das provas prestadas por depoimentos, considerado de grande relevância na respectiva valoração;
- E ainda quanto à consagração de um único grau de recurso para o julgamento da matéria de facto, quando assente em provas sem valor tabelado;
- O Código de Processo Civil de 2013, como se sabe, reforçou o princípio da adequação formal e adoptou o princípio da gestão processual.

3. Julgamento de facto em 1ª Instância.²

Das alterações que o Código de Processo Civil de 2013 introduziu no modo de realizar o julgamento de facto em 1ª Instância vão considerar-se as seguintes:^{3/4}

- Eliminação do *julgamento gradual* ao longo do processo (na especificação/lista de factos assentes, na audiência final, na sentença);
- Atribuição da competência para o *julgamento de facto* ao juiz da causa, concluindo desta forma a progressiva eliminação da intervenção do *tribunal colectivo* para o julgamento da prova produzida na audiência final;
- Incorporação do julgamento de facto na sentença.

3.a) Como todos sabemos, o Código de Processo Civil de 2013 concentrou no juiz da causa e na própria sentença o julgamento dos factos relevantes⁵, independentemente de os meios de prova utilizados terem ou não valor vinculado.

² Em regra, tem-se em vista neste pequeno estudo o modo como a lei regula a marcha do processo declarativo comum.

Na verdade, os poderes de adequação formal (artigo 547.º) e de gestão processual (artigo 6.º) podem conduzir a alterações da sequência processual ou do formalismo dos diversos actos, tal como vêm regulados na lei; mas não permitem ao juiz modificar a definição legal da competência para a prática de actos, da possibilidade de impugnação das decisões ou da admissibilidade ou inadmissibilidade de impugnação autónoma de decisões interlocutórias, nomeadamente alterando os casos em que os recursos de tais decisões só são possíveis em conjunto com o recurso da decisão final (ou do despacho saneador, nos termos previstos no n.º 3 do artigo 644.º do Código de Processo Civil, preceito que não parece estar em sintonia com a lógica global da reforma dos recursos de 2007, assente na alternativa recurso autónomo / recurso com a decisão final, para a impugnação das decisões interlocutórias. Supõe-se que tal *arrastamento* se explicará pelo inconveniente que pode advir do efeito anulatório da procedência de recursos interpostos de tais decisões).

Note-se que os recursos interpostos do despacho saneador, nos termos do disposto na al. b) do n.º 1 do citado artigo 644.º, podem nada ter a ver com o objecto da decisão interlocutória de que se pretende recorrer.

Para além disso, e sem prejuízo de referências pontuais a regimes anteriores, toma-se como termo de comparação o Código de Processo Civil de 1961, sem esquecer as reformas especialmente relevantes para o tema do *julgamento da matéria de facto*.

³ As alterações estão interligadas, como é bom de ver. A distinção visa realçar os pontos que se consideram mais significativos.

⁴ Cfr. a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII, disponível em www.parlamento.pt, da qual veio a resultar a Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, que aprovou o Código de Processo Civil de 2013, naturalmente com alterações introduzidas na Assembleia da República.

⁵ “Na acção declarativa, como decorrência da eliminação da intervenção do *tribunal colectivo*, é o juiz da causa o competente, quer para a fase intermédia do processo (conduzindo a audiência prévia e programando a audiência final), quer para a fase mais adiantada do processo (dirigindo a audiência final e proferindo sentença, valorando a prova produzida, definindo os factos provados em juízo e aplicando o direito a todos os factos provados)», escreve-se na citada Exposição de Motivos.

Até então, os factos oportunamente alegados e considerados relevantes para o julgamento da causa eram repartidos entre a especificação / lista de factos assentes⁶ e o questionário / base instrutória, consoante o juiz da causa os tivesse como *assentes* – provados documentalmente ou por confissão, ou não eficazmente impugnados e, portanto, havidos como admitidos por acordo – ou como *controvertidos*, carecidos de prova.

Estes últimos seriam posteriormente julgados por um tribunal composto por três juízes, a quem cabia apreciar as provas sem valor tabelado, sujeitas à livre apreciação do colectivo perante o qual tinham sido produzidas, em audiência, ou seja, com respeito do princípio da imediação e do princípio da plenitude de assistência do juiz (artigo 605.º do Código de Processo Civil). Esse julgamento realizava-se imediatamente após a produção de prova, era formalmente autónomo e admitia reclamações, a julgar antes da sentença.

O *julgamento* dos factos que a inclusão na especificação pressupunha não era definitivo;⁷ com efeito, estava sujeito a controlo na sentença, competindo ao juiz que a elaborava a última palavra, na 1.ª Instância, sobre os factos assentes pelas três vias acima referidas.

O julgamento de facto era, assim, realizado em diferentes momentos e encontrava-se repartido entre o juiz do processo, o tribunal colectivo e o respectivo presidente, a quem incumbia a elaboração da sentença. Essa *repartição*, aliás, coincidia com a atribuição da competência para apreciar provas de valor tabelado a um único juiz – pois essa apreciação equivale à aplicação das regras de direito que definem o respectivo valor probatório e não propriamente à formação da convicção do julgador – e da competência para julgar provas abrangidas pelo princípio da livre apreciação a um tribunal colectivo, o que se acreditava permitir uma melhor ponderação.

⁶ A reforma do Código de Processo Civil de 1961 aprovada em 1995/1996 e constante do Decreto-Lei n.º 325-A/95, de 12 de Dezembro e do Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de Setembro, começou por eliminar a especificação e substituir o questionário pela base instrutória, concebida como um conjunto de factos controvertidos menos pormenorizado do que o questionário, como resulta da comparação entre os fundamentos de reclamação contra uma e contra outro; o Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de Setembro, porém, *recuperou* a enunciação dos factos assentes, reconhecendo a vantagem de dar a conhecer o conjunto dos factos relevantes para a decisão da causa, controvertidos ou não. Recorde-se que o Decreto-Lei n.º 325-A/95 só entrou em vigor com as alterações introduzidas pelo diploma de 96.

⁷ Castro Mendes, todavia, entendia que essa inclusão na especificação adquiria força de caso julgado formal (positivo, por oposição à não definitividade do juízo de não se encontrarem provados os factos levados ao questionário).

Esta rígida separação de competências tinha como consequência, desde logo, considerarem-se “*não escritas as respostas do colectivo sobre factos que estivessem plenamente provados, ou que só pudessem ser provados por meios de prova com força probatória plena*” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Outubro de 2013, www.dgsi.pt, proc. n.º 1401/05.2TCSNT.L1.S1).⁸

Segundo o regime geral, não ficavam *registados* os depoimentos produzidos em audiência; nomeadamente, os depoimentos das testemunhas.⁹ A falta de registo, não suprida pela forma como o julgamento de facto era apresentado – como resposta aos *quesitos*, necessariamente fundamentada quanto aos factos provados,¹⁰ sendo admissíveis votos de vencido –, inutilizava, na prática, o recurso para a 2ª Instância quanto ao julgamento de facto significativamente baseado em prova testemunhal; explicava-se pela consideração de que daria maior garantia de acerto o julgamento por três juízes perante os quais a prova fora produzida, por confronto com a apreciação *sem imediação* pelo tribunal de recurso.

O Decreto-Lei n.º 39/95, de 15 de Fevereiro, veio afastar esse entendimento. Introduziu o registo da prova feita em audiência, em alternativa à intervenção do tribunal colectivo, viabilizando assim o recurso assente em prova registada – todavia, julgado sem observância do princípio da imediação.

Manteve, no entanto, a forma de selecção da matéria de facto provada e não provada, na especificação e no questionário, a repartição de competências para a julgar (apesar de poder não intervir o colectivo) e a distinção entre o momento do julgamento de facto e a sentença; esquema que basicamente se manteve com a reforma do Código de Processo Civil de 1995/1996.

3.b) O Código de Processo Civil 2013 veio incluir o julgamento de facto na sentença, eliminando de vez a intervenção do colectivo e a possibilidade de reclamar contra tal julgamento, para os mesmos juízes que o proferiram, e concentrando no juiz da causa a preparação do processo e o julgamento de facto e de direito, independentemente do valor probatório dos meios de prova a ter em conta.

Eliminou ainda a lista de factos assentes e substituiu a base instrutória pela indicação dos *temas da prova*.

⁸ Com a reforma de 1995/1996 passou a tratar-se como incompetência a “*hipótese em que era o juiz singular que invadia a competência do colectivo*” (cit. Acórdão de 29 de Outubro de 2013).

⁹ Se houvesse depoimento de parte de que resultasse a confissão de factos, a redução a escrito era condição necessária para ter o valor probatório especialíssimo da prova por confissão judicial escrita (n.º 1 do artigo 358.º do Código Civil).

¹⁰ Com a reforma de 1995/1996 passou a ser exigido fundamentar também o julgamento de não provado.

Não vem agora ao caso tratar em pormenor das regras que devem presidir à respectiva elaboração; apenas se recorda que, pese embora não ter ficado na lei a formulação proposta pela Comissão Revisora,¹¹ a função respectiva – servir de base à instrução,¹² e, por essa via e pelo momento da elaboração, desempenhar o papel de *programa da audiência* e de base que permita às partes delimitar o que lhes caberá provar –, devem ser incluídas nos *temas da prova* as *questões essenciais de facto*, cabendo ao juiz optar por uma formulação mais genérica ou mais concretizada, segundo o caso concreto;¹³ sem prejuízo de, na sentença, lhe caber discriminar os factos provados e não provados,¹⁴ com a correspondente formulação concretizada, segundo uma ordem lógica e não atomística, eventualmente agrupada.

Compete-lhe ainda retirar ilações de facto, segundo máximas de experiência; e ter em consideração que a Relação ou o Supremo Tribunal de Justiça podem optar por soluções de direito diversas da que foi seguida em 1ª Instância, ponderação que deve começar por se reflectir na elaboração dos temas da prova e manifestar-se na discriminação, na sentença, dos factos provados ou não provados – em qualquer dos casos, sem necessidade de respeitar a repartição legal do ónus da prova.

Os poderes inquisitórios do tribunal em matéria de prova e o princípio da aquisição processual implicam (como implicavam no domínio da lei anterior) que as regras de repartição do ónus da prova sejam consideradas como regras de decisão e não de prova, a aplicar, se necessário, na definição da solução jurídica do litígio.¹⁵

¹¹ A Comissão designada pelo Ministério da Justiça para rever o Código anterior entendia que a função dos temas da prova era a de condensar a “*factualidade essencial controvertida e decisiva para a resolução do pleito*” e sugeriu, por isso, que se utilizasse a expressão “*questões essenciais de facto*”, para definir o respectivo conteúdo.

¹² Artigo 410.º do Código de Processo Civil.

¹³ Cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Novembro de 2014, www.dgsi.pt, proc. n.º 444/12.5.TVLSB.L1.S1, que alerta contra a formulação *demasiadamente genérica* dos temas da prova: “*face ao modo excessivamente genérico como haviam sido definidos os temas da prova, sem a indispensável densificação e concretização factuais, a decisão proferida em 1ª instância tinha-se limitado a considerar não provada a matéria genericamente enunciada nos referidos temas da prova, sem ter na devida conta a natureza factualmente indeterminada e puramente conclusiva dos mesmos, na enunciação efectuada: ou seja, no caso, a excessiva fluidez e a falta de densificação factual que afectava a definição dos temas da prova acabou por inquinar ou contaminar as respostas às questões de facto ali genericamente enunciadas, levando a considerar não provados – não propriamente os factos alegados e que serviam de suporte a tal enunciação vaga dos temas da prova – mas apenas e directamente a mera conclusão, factualmente indeterminada, que os integrava*”.

¹⁴ Cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de Abril de 2015, www.dgsi.pt, proc. n.º 185/14.9TBRGR.L1-2: ainda que os temas da prova sejam enunciados em termos genéricos, “*cabe ao julgador, na fase de julgamento, considerar provada ou não a concreta matéria de facto a que eles se reportam*”.

¹⁵ Com efeito, não releva saber se a prova veio ao processo por iniciativa da parte onerada, na parte contrária ou do juiz, mas apenas saber se o facto em questão se encontra ou não provado.

3.c) Os princípios da adequação formal e da gestão processual desempenham um papel relevante, nomeadamente quanto à opção entre elaborar ou não uma lista dos factos assentes ou quanto à formulação mais genérica ou mais concretizada dos *temas da prova*.

Cabe todavia perguntar se tais princípios poderão ou não fundamentar a atribuição do valor de *decisão* sobre os factos à *lista de factos assentes* que o juiz entenda conveniente elaborar, por exemplo porque a matéria de facto a considerar é extensa ou complexa, se o tribunal terá ou não a liberdade de proceder ao julgamento de facto em peça processual autónoma em relação à sentença, e se poderá ou não admitir reclamação autónoma desse julgamento.

A resposta à primeira pergunta e à terceira, é, sem dúvida, negativa; quanto à primeira, porque tais princípios, cujo fundamento é o poder de condução do processo e, portanto, a permissão legal de o organizar de acordo com o modo mais racional e eficiente de resolver o litígio, não são aptos a ampliar a competência decisória do tribunal, com assento necessariamente legal: a eventual organização de uma lista de factos assentes significa apenas uma indicação de que tais factos se consideram relevantes para a decisão da causa e de que o tribunal admite que venham a ser julgados provados ou não provados, no momento em que sobre eles poderá decidir. Tem um significado meramente organizatório e indicativo.

A terceira questão pressupõe uma resposta afirmativa à segunda. Na verdade, supõe-se que nada impede que o juiz decomponha a sentença em duas peças, autonomizando¹⁶ o julgamento de facto; todavia, na medida em que essa *separação* nenhum efeito pode ter quanto à impugnação da sentença – quer do julgamento de facto, quer da decisão de direito, que sempre constituirão um *conjunto* –, não se vê que tenha vantagem a separação, pelo menos em geral. Pelo contrário: a não elaboração conjunta da decisão de facto e da decisão de direito pode dificultar a prolação da sentença.

Claro que os poderes de gestão processual e de adequação formal podem conduzir a que se separem as questões ou os pedidos a apreciar numa mesma acção, segundo a sua precedência lógica ou outra qualquer forma de inter-relação;¹⁷ o que se disse valerá então para cada questão ou pedido.

¹⁶ Não está em causa o respeito ou desrespeito do prazo previsto para a elaboração da sentença no n.º 1 do artigo 607.º do Código de Processo Civil. A resposta será a mesma em ambos os casos.

¹⁷ Cfr. por exemplo o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Junho de 2016, www.dgsi.pt, proc. n.º 1248/14.6YRLSB.S1, que apenas apreciou parte do que teria de ser julgado na revista (a respectiva admissibilidade, que era controversa), deixando para outro acórdão as demais, de elevada complexidade, e que só se justificava serem apreciadas prevalecendo a tese da admissibilidade da revista.

O que não será possível é, procedendo à separação do julgamento de facto, admitir uma reclamação ou recurso autónomo em relação à sentença. O sistema português de recursos – ou, em termos mais gerais, de impugnação de decisões judiciais – obedece a uma lógica de imperatividade, não deixando qualquer margem de discricionariedade ao tribunal¹⁸ quanto à susceptibilidade ou autonomia de impugnação.

4. Relativamente ao julgamento de facto realizado em 2.^a Instância, em recurso, intervenção que o Código de Processo Civil quis expressamente tornar mais eficaz,¹⁹ reforçando os poderes dos Tribunais da Relação, merecem especial relevo os seguintes pontos:

- Delimitação do objecto do recurso de facto e respectiva fundamentação;
- Confronto com o regime geral do recurso de apelação;
- Regras de natureza formal (em especial, o artigo 640.º do Código de Processo Civil);
- Regras materiais (em especial, o artigo 662.º do Código de Processo Civil);
- Objectivo do recurso de facto: apreciação da congruência do julgamento de facto em 1.^a Instância com a respectiva fundamentação ou formação da convicção própria da Relação?²⁰

4.a) Pese embora a evolução do Processo Civil português no sentido do fortalecimento dos poderes do tribunal, o sistema português de recursos é decisivamente informado pelo princípio dispositivo.

É certo que a Relação dispõe de importantes poderes de iniciativa probatória, reforçados pelo Código de Processo Civil de 2013.

No entanto, e para além de ser a interposição de recurso que confere ao tribunal superior o poder de o julgar (efeito devolutivo da interposição), observação que deve ser tida especialmente em conta quando se considera o recurso contra a matéria de facto, é ao recorrente que incumbe a delimitação do objecto do recurso e, por esta via dos poderes de cognição do tribunal superior;²¹ sendo nulo o acórdão que exceder o âmbito das questões de que lhe cabe conhecer (cfr. artigos 615.º, n.º 1, al. d)

¹⁸ Salvo no âmbito da revista excepcional, que nada tem a ver com o ponto em análise.

¹⁹ Cfr. Exposição de Motivos da Proposta de Lei, que aponta entre as medidas essenciais da reforma da lei processual civil “*conferir maior eficácia à 2.^a Instância para o exame da matéria de facto*”.

²⁰ Sem imediação em relação à produção da prova, salvo se houver repetição da prova ou produção de novos meios de prova.

²¹ Desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 39/95, o recorrido pode ampliar o objecto do recurso nas contra-alegações de recurso, como todos sabemos (cfr. artigo 636.º do Código de Processo Civil).

e 666.º do Código de Processo Civil), salvo se forem de conhecimento oficioso (abuso de direito, por exemplo).

Essa delimitação é feita nas alegações e, na verdade, nas respectivas conclusões (n.º 4 do artigo 635.º do Código de Processo Civil); se o recorrente não *especificar* os pontos a julgar no recurso (n.º 3 do artigo 635.º do Código de Processo Civil), este abrangerá “*tudo o que na parte dispositiva da sentença*” lhe tiver sido desfavorável.

Também aqui é diverso o regime aplicável ao recurso dirigido contra a decisão de facto.

As alegações correspondem à fundamentação do recurso e a sua falta, ou das conclusões, implicam rejeição do recurso, justamente pela sua função (artigo 641.º, n.º 2, b) do Código de Processo Civil).²²

Ora o recurso de apelação, na parte em que se dirige contra a decisão sobre matéria de facto, afasta-se em aspectos significativos das regras de definição do respectivo objecto e dos poderes conferidos à Relação para o julgar.

Na verdade, o recurso contra a decisão sobre a matéria de facto foi construído pelo já citado Decreto-Lei n.º 39/95 como um recurso dirigido contra *pontos específicos* da decisão de facto²³ – não vale aqui a regra de que, na falta de especificação, o recurso

²² Foi o Código de Processo Civil de 1939 que impôs ao recorrente o ónus de apresentar alegações, sob pena de deserção do recurso, e de formular conclusões, cuja falta podia ser objecto de convite para as juntar; hoje, e desde a reforma dos recursos de 2007 (Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto), a falta de umas e outras implica imediata rejeição do recurso (641.º, n.º 2, b) do Código de Processo Civil).

²³ Esta configuração foi inúmeras vezes salientada pela jurisprudência que se debruça sobre as exigências do artigo 640.º do Código de Processo Civil e sobre as consequências do seu incumprimento.

A avaliação do cumprimento ou incumprimento tem de ser aferida em função da razão de ser das exigências e respeitando a lógica da *proporcionalidade* em relação à consequência da rejeição da impugnação de facto. Ver, a título de exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Fevereiro de 2011, www.dgsi.pt, proc. n.º 29/04.0TBRRSD.P1.S1, no qual se escreveu «*Como se sabe, foi o Decreto-Lei n.º 39/95, de 15 de Fevereiro, que introduziu, no âmbito do Processo Civil, a documentação e registo da prova produzida na audiência final, assumidamente com o objectivo de permitir “um verdadeiro e efectivo 2º grau de jurisdição da matéria de facto, facultando às partes na causa uma maior e mais real possibilidade de reacção contra eventuais – e seguramente excepcionais – erros do julgador na livre apreciação da prova (...)”*», como se escreveu no seu preâmbulo. E nesse mesmo preâmbulo, o legislador reconheceu que “*a garantia do duplo grau de jurisdição em sede de matéria de facto nunca poderá envolver, pela própria natureza das coisas, a reapreciação sistemática e global de toda a prova produzida em audiência – visando apenas a detecção e correcção de pontuais, concretos e seguramente excepcionais erros de julgamento, incidindo sobre pontos determinantes da matéria de facto, que o recorrente sempre terá o ónus de apontar claramente e fundamentar na sua minuta de recurso*», e jurisprudência nele citada.

abrange tudo o que é desfavorável ao recorrente – e que tem de ser *especialmente fundamentado*; assim permanece, como resulta do ónus de “*especificar, sob pena de rejeição (...) a) Os concretos pontos de facto que considera incorrectamente julgados*” (artigo 640.º do Código de Processo Civil); a *fundamentação* tem de incluir os dados exigidos pelo artigo 640.º, nos seus diversos números, e corresponde ao que o artigo 639.º impõe quanto à impugnação da matéria de direito; com a diferença significativa (e que, mais uma vez, só se explica pela forma como o Decreto-Lei n.º 39/95 construiu o recurso de facto, como recurso dirigido à correcção de erros pontuais que devem ser identificados pelo recorrente) de que, segundo resulta do confronto entre o n.º 1 do artigo 640.º e o n.º 3 do artigo 639.º, a *falta das especificações* exigidas no recurso de facto é motivo de imediata rejeição e não de convite, como sucede com a impugnação da decisão de direito.

O recorrido pode ser colocado perante a impugnação da decisão de facto pelo apelante ou pretender, ele próprio, proceder a essa impugnação.

Na primeira hipótese, e muito embora não recaia sobre o recorrido qualquer ónus semelhante ao ónus de alegar a que se encontra adstrito o recorrente, terá por norma todo o interesse em proceder em conformidade com o disposto na al. b) do n.º 2 do citado artigo 640.º do Código de Processo Civil, indicando nas contra-alegações os meios de prova que considere aptos a *infirmar* ou *destruir* a eficácia probatória dos meios de prova apontados pelo recorrente.

É certo que se ressalvam “*os poderes de investigação oficiosa do tribunal*” da Relação; mas é igualmente certo que é o recorrido que melhor poderá seleccionar as provas que lhe interessa que sejam consideradas pela Relação, objetivamente colocada em mais adequadas condições de decidir se o recorrido satisfizer as indicações do n.º 2, b) do Código de Processo Civil.

Os referidos poderes são conferidos à Relação pelo n.º 1 do artigo 662.º do Código de Processo Civil, de cuja interpretação se fala imediatamente a seguir. Apenas se recorda a aproximação entre estes poderes de investigação probatória, que aliás estão em conformidade com a atribuição ao tribunal, em geral, de poderes inquisitórios no domínio da prova (cfr. o disposto no artigo 411.º do Código de Processo Civil), e o *paralelo* que se pode estabelecer com a liberdade de conhecimento da *questão de direito*, não sendo limitativa a alegação das partes (n.º 3 do artigo 5.º do Código de Processo Civil).

Este paralelo tem apenas sentido por se estar a considerar os poderes do tribunal de recurso de *exceder* a alegação das partes ou de não ficar limitado pela solução de direito apontada pelo recorrente.

4.b) O artigo 662.º do Código de Processo Civil regula a intervenção da Relação na apreciação do recurso de facto, em alguns pontos inovatoriamente, e corresponde à concretização do objectivo do legislador de 2013 de *reforçar os poderes da 2.ª Instância no controlo da decisão de facto*, no que toca às alíneas a) e b) do n.º 2 (renovação da prova e produção de novos meios de prova).

Na verdade, uma análise atenta do disposto no artigo 662.º, todo ele intitulado “*Modificabilidade da decisão de facto*”, revela a concessão de poderes de objecto e justificação diferentes. Assim:

– Em primeiro lugar, cumpre salientar que se esclarece que o exercício desses poderes, verificados os necessários requisitos, corresponde ao exercício de *poderes-deveres* e não à concessão de poderes discricionários, insusceptíveis de controlo em recurso (cfr. n.º 1 do artigo 630.º do Código de Processo Civil), cuja omissão pode portanto ser verificada;

– Em segundo lugar, alterar a decisão de facto porque “*os factos tidos como as-sentes*” impõem “*decisão diversa*” é ainda uma alteração de direito, que nem se deve considerar abrangida pela inadmissibilidade de revista constante do n.º 4 do mesmo artigo 662.º. Estão em causa factos considerados admitidos por acordo, por falta de impugnação eficaz, ou provados *plenamente*, por confissão ou documento (cfr. n.º 5 do artigo 607.º) e a interpretação e aplicação dos regimes legais da impugnação definida (artigo 574.º do Código de Processo Civil), da força probatória da confissão ou de documentos (Código Civil, artigo 358.º, n.º 1 do artigo 371.º, n.º 2 do artigo 376.º e artigo 377.º). Claro que do recurso pode resultar uma alteração nos factos provados, mas não em resultado de uma correcção da convicção probatória alcançada em 1.ª Instância;

– Alterar a decisão de facto com base na *prova produzida* ou em documentos supervenientes (cfr. n.º 1 do artigo 651.º e 425.º do Código de Processo Civil), excluída a prova plena (tendo em conta o que se disse no parágrafo anterior), implica uma intervenção diferente da Relação, desde logo dependente de ter sido interposto recurso da decisão de facto com observância das regras formais definidas pelo artigo 640.º. Com efeito, e, aliás, como hoje expressamente resulta da remissão constante do n.º 2 do artigo 663.º do Código de Processo Civil – no caso, abrangendo o n.º 5 do artigo 607.º do mesmo Código –, pretende-se que a Relação forme a sua própria convicção, apreciando livremente as provas;

– Nas alíneas a) e b) do n.º 2 consagram-se regimes que realmente reforçam os poderes das Relações, por confronto com o anterior artigo 712.º do Código de Processo Civil de 1961.

Ordenar a renovação de prova produzida em 1.ª Instância era já uma hipótese prevista na lei anterior, embora com requisitos mais exigentes do que os que hoje constam do Código de Processo Civil, pois basta que a Relação tenha “*dúvidas sérias sobre a credibilidade do depoente*”. O Código de Processo Civil anterior só a per-

mitia quando estivessem em causa *meios de prova “absolutamente indispensáveis à descoberta da verdade”* – n.º 3 do respectivo artigo 712.º.

Determinar a produção de novos meios de prova, em caso de *“dúvida fundada sobre a prova realizada”*, é uma possibilidade introduzida pelo Código de Processo Civil de 2013 que obriga a reflexão.

Em primeiro lugar, quanto aos meios de prova abrangidos: entende-se que não pode conduzir à subversão dos ónus probatórios das partes ou das regras sobre a oportunidade dos respectivos requerimentos, que se aplica aos meios de prova cuja produção pode ser oficiosamente determinada, que implica uma excepção ao princípio de que os recursos se não destinam à apreciação de questões novas, embora apenas no domínio da prova, e que carece de ser devidamente compatibilizada, por exemplo, com a decisão de passar à aplicação das regras sobre ónus da prova, com a possibilidade de utilização de factos resultantes da instrução da causa (cfr. artigo 5.º do Código de Processo Civil), com o regime definido para a alegação de factos supervenientes (cfr. artigo 611.º) ou até para a fixação dos efeitos temporais do caso julgado;

– Mantém-se a possibilidade de anulação da sentença, em caso de insuficiência, obscuridade ou contradição na decisão de facto, bem como de determinar a correcção da fundamentação. Em ambos os casos, o processo regressa à 1ª Instância, para o efeito pretendido.

Cumpra às Relações a escolha criteriosa e adequada do meio a utilizar, de acordo com o princípio da menor inutilização possível dos actos praticados e do objectivo de alcançar o adequado controlo da decisão de facto.

4.c) Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 39/95 e a concretização da possibilidade de impugnação da decisão sobre a matéria de facto, em caso de ter havido registo da prova produzida em 1ª Instância, foi muito debatida a questão de saber se o conhecimento do recurso pela Relação tinha apenas como objectivo verificar a congruência entre a decisão da 1ª Instância e a fundamentação apresentada ou antes decidir segundo a convicção alcançada pela Relação.

Apontava-se no primeiro sentido a já referida falta de imediação no julgamento do recurso. Com efeito, a Relação controla o resultado probatório alcançado em 1ª Instância através do registo da prova – das respectivas gravações, como sabemos; ou seja, em piores condições do que as que são proporcionadas ao tribunal recorrido.

Formou-se no Supremo Tribunal de Justiça jurisprudência reiterada, no sentido de que, ao regular desta forma o recurso de facto, o legislador deu prevalência ao objectivo de permitir o efectivo controlo por uma instância de recurso, sobre as vantagens

da imediação; solução que, como se observou já, se deve ter hoje como expressamente acolhida no Código de Processo Civil.²⁴

5. É constantemente afirmado pelo Supremo Tribunal de Justiça que o recurso de revista não comporta o controlo da decisão de facto,²⁵ que a lei portuguesa apenas prevê um grau de recurso em matéria de facto²⁶ e que os (aparentes) desvios a estas regras se reduzem à averiguação de eventuais ofensas de disposições legais que expressamente exijam “*certa espécie de prova para a existência do facto*” ou que fixem “*a força probatória de determinado meio de prova*” (n.º 3 do artigo 674.º e n.º 2 do artigo 682.º do Código de Processo Civil).

Na verdade, tal como sucede com o controlo, em revista, das regras de repartição do ónus da prova ou de definição dos critérios normativos de interpretação das declarações negociais, da aferição da culpa ou do nexo de causalidade, por exemplo, está ainda em causa, naquelas hipóteses, a interpretação de normas e não a apreciação de factos.²⁷

²⁴ Sobre a conjugação entre os poderes da 1ª Instância e da Relação, no que respeita às decisões de facto, o princípio da imediação e a admissibilidade de apelação, cfr, nomeadamente, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Maio de 2008, www.dgsi.pt, proc. n.º 08B1205 ou de 12 de Maio de 2019, www.dgsi.pt, proc. n.º 13951/16.1T8LSB.L2.L1.S2. ou de 17 de Dezembro de 2019, www.dgsi.pt, proc. n.º 603/17.4T8LSB.L1.S1.

Sobre o princípio da livre apreciação da prova nos Tribunais da Relação, cfr. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Outubro de 2018, www.dgsi.pt, proc. n.º 580/12.3TBPVL.G2.S1.

²⁵ Cfr., a título de exemplo, o acórdão de 7 de Abril de 2011, www.dgsi.pt, proc. n.º 41/07.7TBVNO.C1.S1, no qual se observa que “*os poderes cognitivos*” que no recurso de revista se atribuem ao Supremo Tribunal de Justiça, são “*direccionados, em exclusivo, para a apreciação das «questões de direito» que constituem fundamento específico do recurso*”, não lhe sendo permitido valorar “*depoimentos prestados em audiência e sujeitos à livre apreciação das instâncias*”, mas apenas “*provas legais ou tarifadas (...)*”.

²⁶ Cfr., a título de exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 2015: “*A lei portuguesa prevê apenas um grau de recurso no julgamento da matéria de facto, razão pela qual a intervenção do Supremo Tribunal de Justiça nesta matéria apenas se justifica sempre que o tribunal recorrido tenha ofendido uma disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova; mas já não nas circunstâncias em que apenas se pretende reanalisar a apreciação que as instâncias fizeram de prova testemunhal, pericial ou qualquer outra sujeita ao princípio da livre apreciação da prova*”.

²⁷ Cfr., por todos, o acórdão de 24 de Setembro de 2011, www.dgsi.pt, proc. n.º 96/14.8TBSPS.C1.S1, que distingue as componentes naturalística e normativa do nexo de causalidade, a primeira excluída e a segunda incluída no âmbito dos poderes de revista do Supremo Tribunal de Justiça, o de 6 de Junho de 2019, www.dgsi.pt, proc. n.º 519/14.6TBEVR.E1.S1, com idêntico raciocínio relativamente à culpa, ou o de 20 de Dezembro de 2012, www.dgsi.pt, proc. n.º 1815/14.8TBGMR-A.G1.S1, quanto à interpretação das declarações negociais. O apuramento da vontade real é da exclusiva competência das instâncias, mas a aplicação dos critérios normativos de interpretação pode ser controlado no recurso de revista.

Também se tem pretendido que o Supremo Tribunal de Justiça aprecie a aplicação dos requisitos definidos pelo artigo 640.º do Código de Processo Civil para a interposição do recurso de facto, na apelação, ou dos poderes concedidos às Relações pelo artigo 662.º, mesmo em casos nos quais a Relação confirmou por unanimidade a sentença da 1ª Instância (“dupla conforme”).

5.a) Começando pelos últimos dois pontos, o Supremo Tribunal de Justiça tem-se pronunciado no sentido de que a *dupla conformidade* das decisões da 1ª Instância e da Relação, nos termos definidos pelo n.º 3 do artigo 671.º do Código de Processo Civil, não constitui obstáculo à apreciação da aplicação feita pela Relação, seja dos requisitos exigidos pelo artigo 640.º do Código de Processo Civil para a impugnação da decisão de facto da 1ª Instância, seja dos poderes que são conferidos à 2ª Instância pelo artigo 662.º, no recurso de revista (“normal”, por oposição à “revista excepcional”, que tem requisitos específicos de admissibilidade – artigo 672.º do Código de Processo Civil e pressupõe a ocorrência de *dupla conformidade* das decisões das instâncias).

Observa-se frequentemente que, quanto a uns e a outros, não existem duas decisões, o que, por si só, seria suficiente para excluir a eventualidade de *dupla conforme*.

Pensa-se que se pode encontrar uma razão mais profunda, a acrescer a essa verificação: as especialidades do regime definido para a impugnação das decisões de facto, por confronto com o regime geral, quanto a aspectos essenciais no recurso – a definição do objecto, a sua fundamentação, o tipo de intervenção que se espera dos Tribunais da Relação, em ordem à formação da convicção sobre os factos impugnados – e a relevância da decisão de facto, que frequentemente dita a solução de direito, não só exigem a possibilidade de controlo, mas também permitem *como que* autonomizar o recurso de facto dentro do recurso de apelação e, subsequentemente, da revista.

A esta conclusão não obsta o disposto no n.º 4 do artigo 662.º do Código de Processo Civil, que apenas veda a intervenção do Supremo Tribunal de Justiça para apreciar o *conteúdo* da decisão proferida na prova que se renovou ou produziu de novo, ou o juízo sobre a insuficiência da fundamentação ou da matéria de facto.²⁸

²⁸ Cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16/12/2010, www.dgsi.pt, proc. n.º 5889/05.4TB AVR.C1.S1, segundo o qual não é admissível o recurso para o Supremo das decisões “que impliquem o «uso» ou o «não uso» das faculdades que aí lhe são atribuídas quanto à reapreciação da concreta matéria de facto questionada pelo recorrente, decidindo, nomeadamente, se a decisão proferida em 1ª instância sobre a matéria de facto se deve qualificar, nos termos do n.º3, como deficiente, obscura ou contraditória ou se o julgamento deve ser ampliado, de modo a serem tidos em consideração factos a que não atendeu a sentença recorrida”.

5.b) Finalmente, referem-se brevemente três matérias relativamente às quais o Supremo Tribunal de Justiça tem debatido o âmbito possível do recurso de revista: a possibilidade (ou impossibilidade) de controlo das presunções judiciais, da aplicação da equidade enquanto critério de decisão, ou do estabelecimento da probabilidade de êxito nas acções de responsabilidade civil *por perda de chance*, nomeadamente no âmbito das responsabilidades profissionais.

Considera-se maioritariamente no Supremo Tribunal de Justiça que não cabe no âmbito da revista controlar presunções judiciais ou retirar presunções dessa natureza: como se observou, apenas a título de exemplo, no acórdão de 29 de Outubro de 2013, www.dgsi.pt, proc. n.º 1410/05.2TCSNT.L1.S1 e jurisprudência nele citada, não são em si meios de prova, mas ilações entre factos, “*estabelecidas pelo julgador no âmbito do seu poder de livre apreciação da prova*”. Consequentemente, tem-se recordado repetidamente que a intervenção do Supremo Tribunal de Justiça só é possível se o estabelecimento da presunção violar alguma norma legal, sofrer de manifesta ilogicidade ou assentar em factos não provados²⁹, o que não significa controlar a ilação retirada pelas instâncias.

Também se têm questionado frequentemente os limites da intervenção do Supremo Tribunal de Justiça na apreciação de montantes indemnizatórios fixados segundo critérios de equidade – como sucede, por exemplo, no domínio dos danos patrimoniais futuros ou dos danos não patrimoniais (cfr. artigos 566.º, n.º 3 e n.º 4 do artigo 496.º do Código Civil), observando-se por vezes que o “*juízo de equidade das instâncias, alicerçado, não na aplicação de um critério normativo, mas na ponderação das particularidades específicas do caso concreto, não integra, em bom rigor, a resolução de uma «questão de direito», pelo que tal juízo prudencial e casuístico deverá, em princípio, ser mantido, salvo se o julgador se não tiver contido dentro da margem de discricionabilidade consentida pela norma que legitima o recurso à equidade – muito em particular, se o critério adoptado se afastar, de modo substancial, dos critérios que generalizadamente vêm sendo adoptados, abalando, em consequência, a segurança na aplicação do direito, decorrente da adopção de critérios jurisprudenciais minimamente uniformizados, e, em última análise, o princípio da igualdade*” (acórdão deste Supremo Tribunal de 5 de Novembro de 2009, www.dgsi.pt. Proc. n.º 381/2002.S1). Esta posição, contudo, não é consensual.

O mesmo debate se tem encontrado a propósito do eventual controlo pelo Supremo Tribunal de Justiça, por um lado, da consistência necessária para fundamentar a

²⁹ Cfr. a título de exemplo os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Novembro de 2011, www.dgsi.pt, proc. n.º 96/14.8TBSPS.C1.S1, de 4 de Julho de 2019, www.dgsi.pt, proc. n.º 8154/15.5T8SNT.L1.S1 ou de 24 de Outubro de 2019, www.dgsi.pt, proc. n.º 56/14.9T8VNF.G1.S1.

atribuição de uma indemnização pela *perda de chance* de obter um resultado esperado e, por outro, da determinação da indemnização devida, se a resposta for afirmativa – cfr., a título de exemplo, os acórdãos de 14 de Março de 2013, www.dgsi.pt, proc. n.º 78/09.5TVLSB.L1.S1 ou de 10 de Janeiro de 2019, www.dgsi.pt, proc. n.º 3595/16.3T8GMR.G1.S1.

O caminho a seguir tem em qualquer caso de respeitar a delimitação do âmbito da revista ao controlo de critérios normativos de decisão.

6. Conclusões.

Da análise conjunta das alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2013 na regulamentação do julgamento de facto com a jurisprudência que os tribunais superiores têm vindo a construir – considerano-se em especial a do Supremo Tribunal de Justiça – pode concluir-se o seguinte:

1.^a – O Código de Processo Civil de 2013 concentrou no juiz da causa e na sentença o julgamento de facto em 1.^a Instância;

2.^a – Os princípios da adequação formal e da gestão processual podem justificar a elaboração de uma lista meramente indicativa de factos assentes, na preparação do processo, ou a separação formal do julgamento de facto do julgamento de direito, mas nem a atribuição de valor de decisão àquela lista, nem a admissão de impugnação autónoma do julgamento de facto, nomeadamente por reclamação;

3.^a – A definição legal da admissibilidade de impugnação das decisões judiciais e da respectiva autonomia é imperativa;

4.^a – O regime definido para o recurso da decisão de facto afasta-se em pontos relevantes do regime geral dos recursos;

5.^a – Em caso de recurso da decisão de facto, o recorrido tem todo o interesse em indicar os meios de prova aptos a contrariar a alegação do recorrente;

6.^a – O reforço dos poderes da 2.^a instância no que respeita ao julgamento do recurso de facto, pretendido pelo Código de Processo Civil de 2013, revela-se sobretudo na flexibilização dos requisitos de renovação de prova e na admissão da produção de novos meios de prova;

7.^a – A lei portuguesa prevê apenas um grau de recurso da decisão de facto;

8.^a – A dupla conformidade das decisões de direito das instâncias não impede o recurso de revista com o objectivo de controlar a observância das exigências contidas no artigo 640.º do Código de Processo Civil para a interposição do recurso de facto ou do exercício dos poderes conferidos às Relações pelo artigo 662.º;

9.^a – O disposto no n.º 4 do artigo 662.º do Código de Processo Civil apenas impede que o Supremo Tribunal de Justiça possa apreciar o *conteúdo* da decisão proferida na prova que se renovou ou produziu de novo, ou o juízo sobre a insuficiência da fundamentação ou da matéria de facto;

10.^a – Não cabe no âmbito dos poderes do Supremo Tribunal de Justiça o controlo das presunções judiciais tiradas nas instâncias, sendo objecto de debate saber até que ponto pode controlar aplicação de critérios de equidade.

Bibliografia especialmente utilizada

- Antunes Varela, J., Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, Manual de Processo Civil, 2ª ed., Coimbra, 1985;
- João de Castro Mendes, Direito Processual Civil, III, Lisboa, 1980;
- José Lebre de Freitas, e Isabel Alexandre, Código de Processo Civil Anotado, vol. 1.º, 4.ª ed., e vol. 2.º, 3.ª ed., Coimbra, 2018;
- Ribeiro Mendes, Armindo, Recursos em Processo Civil, Reforma de 2007, Coimbra, 2009;
- Ferreira de Almeida, Francisco Manuel, Direito Civil, I, 2ª ed., Coimbra, 2007, e vol. II, Coimbra, 2015;
- Abrantes Geraldês, António, Recursos em Processo Civil, 6.ª ed., Coimbra, 2020
- António Abrantes Geraldês, Paulo Pimenta e Luís Filipe Pires de Sousa, Código de Processo Civil Anotado, vol. I, Parte Geral e Processo de Declaração, Coimbra, 2018.

Contratos Aleatorios y Compraventa en el Código Civil Español

CARLOS ROGEL VIDE *

Al Profesor Alberto de Sá e Mello,
magnífico civilista y querido amigo.

Sumário: I. Introducción. 1. La categoría de los contratos aleatorios. Orígenes de la misma. Wolff, Pufendorf, Domat, Pothier y el *Code Napoléon*. Contratos aleatorios y conmutativos. 2. Género común de los contratos conmutativos y aleatorios; contratos bilaterales onerosos. 3. Códigos civiles que no contienen una referencia explícita a los contratos aleatorios y códigos que sí lo hacen. En torno al valor normativo de las categorías contractuales. 4. Exclusión, predicada y cuestionable, de la *emptio spei* de la compraventa, en cuanto que contrato aleatorio. II. Los Contratos Aleatorios en el Código Civil. 1. Antecedentes; el proyecto de Código civil de 1851. 2. El Título XII del Libro IV del Código: “De los contratos aleatorios o de suerte”. 3. El artículo 1790 del Código, en el que se describe qué haya de entenderse por “contrato aleatorio”, y su análisis. 4. Contratos que pueden incluirse dentro de la categoría. 5. Menosprecio doctrinal de los contratos aleatorios, asociados a la especulación y a la avaricia, y superación de tal postura. 6. Alea, chance, suerte, azar, esperanza y riesgo. Distinta incidencia del alea en los contratos. 7. Riesgo en los contratos conmutativos y posible ausencia del mismo en los aleatorios. III. Compraventas Aleatorias. 1. Compraventa con renuncia al saneamiento en caso de evicción; los artículos 1477 y 1478.1º del Código civil. 2. La compraventa a riesgo y ventura del comprador en el artículo 1477 Código civil. 3. La *emptio spei*.

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 221-245.

* Catedrático emérito de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid.

3.1. El asunto en Roma. *Iactus retis* y *iactus missilium*. 3.2. Subsistencia, a lo largo del tiempo, de la *emptio spei*, origen de la categoría misma de los contratos aleatorios. Bibliografía.

I. Introducción

En el debate subsiguiente a la exposición de mi *tesi di laurea* sobre *La vendita di cose future, con particolare riferimento ai frutti naturali*, hecha, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia, a finales del lejano junio de 1972, uno de los miembros del Tribunal planteó la dificultad que suscitaba la consideración de la *emptio spei* como verdadera y propia compraventa, dado el carácter aleatorio de la primera y la consideración de la compraventa como contrato conmutativo, entendida, la conmutatividad, como cualidad ínsita en la naturaleza misma del contrato dicho por civilistas del calibre de Doménico Rubino, autor de uno de los mejores estudios sobre la compraventa¹ y catedrático de Instituciones de Derecho Privado de la Universidad de Roma ya en 1962, seguido, por cierto y en lo antes dicho, por otros,² aunque haya también quienes estimen la referida postura artificial y excesivamente dogmática.³

Ahora yo, casi Medio Siglo después y con el bagaje que he ido acumulando al respecto, vuelvo sobre el tema, analizando, en primer lugar, el origen dogmático de la

¹ RUBINO, Doménico: *La compravendita*, vol. XXIII del *Trattato di Diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milán, 1962. “La compraventa -dice Rubino (214)- es, por su propia naturaleza, un contrato conmutativo, mientras que, por el contrario, la *emptio spei*, en opinión de todos, es un contrato aleatorio... Ahora bien, no en todas las hipótesis es posible que un contrato, permaneciendo siempre en el mismo tipo, se comporte, en ocasiones, como contrato conmutativo y en otras, como contrato aleatorio, teniendo en cuenta que la distinción entre ambos tipos de contratos está íntimamente conectada con la causa del contrato, esto es, con el elemento que caracteriza a los diversos tipos contractuales”.

² El propio RUBINO -*La compravendita*, 214, nota 205- cita a Boselli entre los que niegan la compatibilidad entre la *emptio spei* y la compraventa, citando, también y con todo, a otros muchos -Barassi, Braccianti, Enrietti, Scalfi- para quienes la dicha negativa, formulada en términos absolutos e indiscriminados, es, con muchas probabilidades, excesiva.

³ En la línea dicha se mueve Don Federico DE CASTRO, reseñando, en las páginas 1141 y siguientes del Anuario de Derecho civil de 1976, el libro de mi autoría titulado *La compraventa de cosa futura* -Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975- libro prologado por Luís DíEZ-PICAZO, que, en la página 17, dice tajantemente: “La aleatoriedad de la *emptio spei* no priva a la figura de su naturaleza de compraventa”.

Don Federico, entre otras cosas, nos recuerda -1145- que, en Roma, fueron exigencias -instrumentales- de la función docente las que llevaron a establecer clasificaciones (“genera”, distinciones”), señalando más adelante -1147- que “la preocupación romana por las clasificaciones de las figuras jurídicas no llega hasta alcanzar el valor normativo atribuido a los modernos “termini technici”. A decir, también, de dicho autor (1153), analizando críticamente el pandectismo y el neopandectismo, “resulta negativa y peligrosa la creencia de poder llegar a apresar, en una “malla” de conceptos exactos, la realidad social, lo cual induce a formular construcciones cada vez más artificiales”.

categoría de los contratos aleatorios, su implantación en los códigos civiles decimonónicos y los posibles géneros en los que la misma se ha incardinado. Seguidamente, prestaré atención particular a los contratos aleatorios en el Código civil español, con el Título XII del Libro IV del mismo en la mano, viendo los contratos incardinados e incardinables en la categoría, el menosprecio de los mismos y, también, su aplauso, prestando atención a la distinta incidencia del alea en los contratos, al riesgo inherente a ciertos contratos conmutativos y a la ausencia de riesgo en otros aleatorios, mediante el cálculo, posible y preciso, de pérdidas y ganancias. Finalmente, estudiaré las compraventas aleatorias, prestando atención singular a la *emptio spei* a lo largo del tiempo.

Sin adelantar tesis ni posiciones en estas palabras introductorias, sí quiero traer a colación, en ellas y con toda la carga que pueda tener, el caso llamado de la pesca y el trípode de oro de Helena, recogido por Plutarco en su *Vida de Solón*, caso con el que se abre mi libro sobre *La compraventa de cosa futura*, que vio la luz en 1975. Decía Plutarco así, en lo que ahora interesa:

Se cuenta que, habiendo lanzado al mar sus redes algunos de Cos, unos extranjeros originarios de Mileto les compraron la pesca antes de que ésta pudiera verse; mas apareció dentro de la red un trípode de oro que, según dicen, arrojó allí Helena, cuando venía de Troya, en recuerdo de un antiguo oráculo. Se entabló, al principio, disputa entre los extranjeros y los pescadores a causa del trípode; luego, las ciudades, tomando sobre sí la querella, llegaron hasta la guerra...

He aquí un caso típico de *emptio spei* y de los problemas que la misma puede suscitar muy anterior, en el tiempo, a la propia figura romana, al ser griegos los contendientes, habiendo vivido Solón, uno de los sabios que ayudó a deshacer el entuerto, entre el 660 y el 558 a. C.

I.1. La categoría de los contratos aleatorios. Wolff, Pufendorf, Domat, Pothier y el *Code Napoléon*. Contratos aleatorios y conmutativos

Los contratos aleatorios, que los italianos -Messineo,⁴ Nicolò⁵- llaman también “de suerte” (*di sorte*), entendiendo por tales aquellos en los cuales la relación entre la entidad de la ventaja y la entidad del riesgo al que cada una de las partes, contratando, se expone no es conocida ni cierta, no son, en modo alguno, una constante histórica. La categoría no existe, como tal y hasta donde se me alcanza, en el Derecho romano, ni en la Glosa, ni en la Posglosa, ni tan siquiera en el Derecho

⁴ MESSINEO, *Contratto in genere*, 774.

⁵ NICOLÒ, *Alea*, 1024.

común, apareciendo solo y cual veremos, en las postrimerías del Siglo XVII, de la mano de determinados juristas.

Antes y como dice Díaz Gómez, “la clasificación sistemática de los contratos aleatorios, en general, carece de precedentes concretos en el Derecho romano y en nuestro Derecho histórico”.⁶

Ello sabido, uno de los primeros autores que hace referencia a los contratos aleatorios como categoría es Samuel Pufendorf (1636-1694). Dicho autor -indica Calonge⁷- “se refiere a los contratos en los que entra el azar, es decir, a los contratos aleatorios. En primer lugar, señala que estos contratos *locum habet tam in pace quam in bello*. Se refiere, dentro de este capítulo, a la apuesta, juego, lotería y seguro”.⁸

Vuelve sobre los contratos aleatorios Christian Wolff, que vivió hasta 1754. A decir de Calonge,⁹ “Wolff dedica la Parte V de su *Ius Naturae* a los contratos. El capítulo II de esta parte viene referido a los contratos *qui aleam continent*, a los contratos aleatorios... estudiando -en la última parte del capítulo dicho- la *emptio spei*, dentro de un amplio concepto de aleatoriedad”.

También se ocupa de los contratos dichos Jean Domat, que vivió entre 1625 y 1696, siendo, pues, contemporáneo de Pufendorf y anterior, en el tiempo, a Wolff. Domat influye, como no puede ser menos en, Robert Pothier (1699-1772), a través del cual la categoría doctrinal de los contratos aleatorios¹⁰ llega, en los comienzos del XIX, al *Code Napoléon*, encontrando así un sólido acomodo legislativo.¹¹

⁶ DÍAZ GÓMEZ, *El contrato aleatorio*, 10, nota 6. Dicho autor, con todo, nos recuerda la ley 11, Título V de la Partida 5ª, que dispone: *Otro si decimos que podría ome comprar la cosa que non fuese aun cierta; esto sería como si algún ome pescase o cazase o dixese otro alguno: darte he tanto precio por la primera cosa que pescares o cazares*.

⁷ CALONGE, *La compraventa*, 129, remitiendo al *Iure Naturae et Gentium*.

⁸ “Es de notar -precisa CALONGE (*La compraventa*, 129)- como Pufendorf no encuadra la *emptio spei* dentro de los contratos aleatorios, ya que estos -afirma Calonge- nacieron posteriormente a la institución citada. Los romanos vieron a la *emptio spei* como una verdadera *emptio* y como tal, muy acertadamente, la estudia Pufendorf”.

Habría matices que añadir a lo dicho por Calonge, pues el juego y la apuesta también existían en Roma y el que la *emptio spei* sea compraventa no impide que lo sea aleatoria. Con todo, quizás no sea todavía el momento de iniciar tal debate, que dejamos para más adelante, cuando estemos bien nutridos de conocimientos y de posibles argumentos al respecto.

⁹ CALONGE, *Compraventa*, 131.

¹⁰ A decir de GABRIELLI -*Aleatoriedad*, 2-, “Pothier individualizó la categoría de los contratos aleatorios, contratos en los cuales lo que uno de los contratantes recibe no es el equivalente de una cosa que él ha dado o se ha obligado a dar, sino el equivalente de un riesgo que él ha asumido, *suscepti periculi pretium*”.

¹¹ “El tema del alea y de los contratos aleatorios -dice GABRIELLI, *Aleatoriedad*, 1- es antiguo y muy complejo, porque, en el *Code Napoléon*, los contratos aleatorios, fruto de la teoría de Ro-

Dicho *Code* trata “De los contratos y de las obligaciones convencionales en general” en el Título III del Libro III, que se ocupa *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*.

Dentro del Título dicho, el artículo 1101 se ocupa del contrato, ocupándose el 1102 del contrato sinalagmático o bilateral, que se da en todos los casos en que los contratantes se obligan recíprocamente los unos con los otros.

Ello sabido, decir que, de conformidad con el artículo 1104 del Código dicho, el *contrato* es *conmutativo* cuando una de las partes se obliga a dar o hacer alguna cosa, considerada como el equivalente de aquello que se le ha dado o de aquello que se ha hecho por ella.

Cuando el equivalente consiste en la chance de ganancia o de pérdida para cada una de las partes, en función de un acontecimiento incierto, el *contrato* es *aleatorio*.

En tal sentido, el artículo 1964 del *Code*, por su parte e inaugurando el Título XII del Libro Tercero, destinado a los contratos aleatorios, precisa: “El contrato aleatorio es una convención recíproca cuyos efectos respecto de las ventajas y de las pérdidas... dependen de un acontecimiento incierto”.

Así pues y como ha señalado Nicolò, “La categoría de los contratos aleatorios o de suerte está idealmente contrapuesta a la categoría de los llamados contratos conmutativos”.¹²

I.2. Género común de los contratos conmutativos y aleatorios; contratos bilaterales onerosos

En la dogmática contractual -influenciada, quizás, por la diferencia aristotélica entre género y especie y muy rígida en lo que a las clasificaciones de los contratos respecta-, cuando se establecen diferencias entre dos tipos de contratos que, con todo, tienen o pueden tener algo en común entre ellos, se tiende a encontrar el común denominador de ambos, por mínimo que sea, y tal intento se hace, también y como es lógico, respecto de los contratos conmutativos y onerosos.

bert Pothier, eran considerados como una categoría autónoma, junto a los sinalagmáticos y a los onerosos”. Todo me parece cierto, salvo que la dicha categoría sea fruto de Pothier, sabidos Wolff, Pufendorf y el propio Domat, que ya había muerto cuando Pothier nació.

¹² NICOLÒ, *Alea*, 1024.

El asunto, que podría parecer fácil *prima facie*, no lo es tanto a la postre y es que, aun siendo opinión unánime que ambas categorías de contratos -conmutativos y aleatorios- son especies de un género común, no es unánime la doctrina en lo que a la determinación del mismo respecta.

Castán,¹³ recordando que los pandectistas se servían de las más variadas clasificaciones para sistematizar su exposición de los particulares contratos, trae a colación a Sánchez Román que, de modo sofisticado y un tanto artificial, en mi modesta opinión, empieza distinguiendo entre contratos preparatorios, principales y accesorios. Entiende, acto seguido, que los principales se dividen en consensuales y reales (no se hace referencia a los formales, al menos aquí). Ello sabido, dice que los consensuales se dividen en conmutativos y aleatorios, con lo cual, el género común de los dos últimos estaría representado por los contratos principales consensuales, sin que dicha terminología tenga respaldo legal preciso.

En la misma línea ambigua, de términos y clasificaciones muy alejadas de la realidad, dice Vázquez Bote:¹⁴ “En la clasificación general de los negocios jurídicos, los contratos aleatorios se incluyen en el grupo de los negocios de atribución patrimonial (llamados también negocios de enriquecimiento)... Dentro de este grupo general..., los contratos aleatorios deben adscribirse al subgrupo de los negocios de obligación (contrapuestos a los negocios de disposición)”.

Descendiendo a terrenos más reales, Messineo afirma¹⁵ que “la aleatoriedad, como regla general, se considera una característica posible del contrato con prestaciones recíprocas, o según otra tesis, del contrato oneroso”.

Opinión del género, aunque más restrictiva, mantiene, entre nosotros y con solvencia, Rafael Álvarez Vigaray diciendo:¹⁶ “Los contratos aleatorios son contratos a título oneroso. Algunos autores consideran -también- a los contratos aleatorios como una especie de los contratos bilaterales, pero semejante apreciación no es del todo exacta, ya que pueden existir contratos aleatorios que, aun siendo contratos a título oneroso, solo hagan nacer obligaciones a cargo de una de las partes, como ocurre, por ejemplo..., con el contrato de renta vitalicia, que, una vez perfecto, no produce obligaciones más que a cargo del deudor de la renta. Por eso, acertadamente, prevalece en la doctrina la orientación que considera a los contratos aleatorios como uno de los términos de la clasificación de los contratos onerosos”.

¹³ CASTÁN, *Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 9.

¹⁴ VÁZQUEZ BOTE, *Algunas consideraciones*, 354.

¹⁵ MESSINEO, *Il contratto in genere*, 773.

¹⁶ ÁLVAREZ VIGARAY, “Los contratos aleatorios (Doctrina general)”, 607.

I.3. Códigos civiles que no contienen una referencia explícita a los contratos aleatorios y códigos que sí los hacen. En torno al valor normativo de las categorías contractuales

Siguiendo la pauta del Código civil de los franceses, el nuestro propio habla expresamente de los contratos aleatorios, a los que dedica un Título entero, dentro del libro IV, si bien es cierto que no hay título alguno dedicado a los contratos conmutativos, por mucho que estos sean regulados profusamente en dicho cuerpo legal, siendo cierto también que no se establecen, en él, pautas o criterios para distinguir los unos de los otros con carácter general. En nuestro Código, por otra parte y como recuerda Vicente Guilarte,¹⁷ “no aparece la norma contenida en el Anteproyecto de 1882-88, estableciendo que, “en los contratos aleatorios, no tiene lugar la rescisión por lesión”, tomada del artículo 1268 del Código civil austríaco”.

Otros códigos posteriores al *Code*, en cambio y sin que parezcan resentirse por ello, no contienen -aun pudiendo hacerlo- una referencia expresa a ninguna de las dos categorías. Tal sucede, valga por caso y como nos recuerda, de nuevo, Vicente Guilarte,¹⁸ con el alemán, el suizo o el italiano de 1942.

La referencia expresa a los contratos aleatorios en nuestro propio Código civil es vista con distancia y un cierto menosprecio por persona tan autorizada como Manresa, que, habiendo participado en la elaboración del Código dicho, dice -inaugurando el estudio del Título XII del Libro IV, que trata, como es sabido, *De los contratos aleatorios o de suerte*- lo siguiente: “El Código, que hasta aquí venía haciendo, en cada uno de los títulos de este libro cuarto -a partir del tercero-, la monografía de una especie determinada de contratos, al llegar a este duodécimo de sus títulos abarca en él todo un género o grupo de ellos, obedeciendo a *cierta taxonomía doctrinal no definida, sin embargo, en su articulado*”.¹⁹

Taxonomía tanto quiere decir como “ciencia que trata de los principios de la clasificación”, ciencia, en sí misma, más lógica que jurídica. Las distintas categorías contractuales, la utilización de los géneros y las especies para la clasificación de las mismas tiene, pues y ya desde Roma, un valor pedagógico, que no propiamente normativo²⁰, incluida, aquí, la categoría de los contratos aleatorios.

¹⁷ GUILARTE ZAPATERO, “Título XII. De los contratos aleatorios o de suerte”, 320.

¹⁸ GUILARTE ZAPATERO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹ MANRESA, *Comentarios, XII*, p. 5.

²⁰ A decir de Don Federico DE CASTRO -“El negocio sobre cosa futura”, 1145-, “La recepción de la dialéctica helénica y las exigencias de la función docente llevan... a establecer clasificaciones (*genera, distinctiones*) y definiciones (*regulae*)”, añadiendo -1147-: “Cierta la preocupación romana por las clasificaciones de las figuras jurídicas, ella no llega hasta alcanzar el valor normativo atribuido a los modernos *termini technici*”.

Como dice Luis Leiva,²¹ “Las clasificaciones no son verdaderas ni falsas, sino útiles o inútiles, por lo que el valor que justifica su existencia depende de la utilidad que puedan brindar... Las clasificaciones o categorizaciones de institutos jurídicos implican una tarea doctrinaria y, por lo tanto, no propia de la ley, que debe, en líneas generales, establecer mandatos, regular o reglamentar... Las categorías de contratos a título oneroso y gratuito,... de contratos conmutativos o aleatorios... no presentan, en el enunciado de la clasificación misma, contenido normativo... El establecimiento de las categorías de contratos conmutativos y aleatorios responde a la lógica de establecer conceptualmente, con finalidad docente, qué significa esa categoría, tarea que, como se señaló, no es propia de un código, sino de la doctrina”.

I.4. Exclusión, predicada y cuestionable, de la *emptio spei* de la compraventa, en cuanto que contrato aleatorio

No es correcto, por lo antes dicho, que la categoría de los contratos aleatorios -a la que quiere darse, en ocasiones, el valor de paradigma, de verdad revelada casi, de arma arrojadiza incluso y también- se utilice para negar a un contrato de raigambre milenaria, como la *emptio spei*, utilizado dos mil años antes de que empezara a hablarse de contratos aleatorios y que sigue utilizándose hoy con la misma denominación -por mucho que lo que se quiera obtener, por medio de dicha compraventa, sean cosas que no esperanzas-, su condición de *emptio*.

Al respecto y para terminar con este punto, es bueno recurrir, una vez más, al magisterio del Profesor De Castro, recordando que -aquí y en lo que ahora interesa- dice:²² “La ciencia jurídica europea se ha preocupado mucho de ordenar y sistematizar su aparato conceptual; esta preocupación alcanza su punto culminante en el movimiento del pandectismo alemán. Su influencia puede considerarse universal y a ella se debe, en buena parte, el instrumental de conceptos de los que se aprovecha la ciencia jurídica moderna. Junto a este aspecto brillante y positivo, existe -con todo- otro, negativo y peligroso, -del que es necesario apartarse-: la creencia de poder apresar en “una malla” de conceptos exactos la realidad social, lo que induce a formular construcciones cada vez más artificiales y al olvido de los fines del Derecho”.

²¹ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, *Tratado de los contratos. Parte General, Tomo I*, LA LEY, Buenos Aires, 2017, páginas 69 y 70.

²² Federico DE CASTRO, “El negocio sobre cosa futura”, 1153.

II. Los Contratos Aleatorios en el Código Civil

Como es sabido, nuestro Código civil trata *De los contratos aleatorios o de suerte* en el Título XII de su libro IV. Dicho Título está dividido, en la actualidad, en los siguientes capítulos: 1º. Disposición general (artículo 1790). 2º. Del contrato de alimentos (artículos 1791 a 1797). 3º. Del juego y de la apuesta (artículos 1798 a 1801); 4º. De la renta vitalicia (artículos 1802 a 1808).

Inicialmente, el capítulo 2º -ahora referido al contrato de alimentos, con artículos de nuevo contenido, procedentes de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad- hacía referencia al contrato de seguro, habiendo sido derogados los artículos referentes a este último contrato por la Ley 50/1980, de Contrato de seguro precisamente, cuya Disposición final deroga lo entonces dicho sobre el referido contrato en los antiguos artículos 1791 a 1797 del Código civil y en los artículos 380 a 438 del Código de Comercio, lo cual no impide, en modo alguno, considerar al contrato de seguro como aleatorio típico.

También son aleatorias, en mi opinión y siendo compraventas, la *emptio spei* y la compraventa en la que se haya renunciado al saneamiento por evicción o la concluida a riesgo y ventura del comprador, a las que se refiere el artículo 1477 del Código civil.

Pueden, a mayor abundamiento, ser aleatorios otros contratos, incluidos algunos de préstamo, como tendremos ocasión de ver en el apartado II.4 del presente estudio.

II.1. Antecedentes; el proyecto de Código civil de 1851

En el Proyecto de Código civil de 1851 -antecedente casi inmediato de nuestro Código civil- se trata *De los contratos aleatorios* en el Título XV del Libro Tercero, que se ocupa *De los modos de adquisición de la propiedad*.

Dicho Título XV consta de los siguientes capítulos: 1º. Disposición general (artículo 1695); 2º. De los seguros (artículos 1696 a 1699); 3º. Del juego y de la apuesta (artículos 1700 a 1702); 4º. De la renta vitalicia (artículos 1703 a 1712).

García Goyena, en sus *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* -que datan de 1852 y han sido reimpresas por la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza en 1974-, comenta los artículos citados en las páginas 882 a 894. Es bueno tenerlo presente, pues los comentarios dichos pueden ayudar a entender la génesis y el contenido de los artículos del Código civil actual destinados a los dichos contratos aleatorios.

II.2. El Título XII del Libro IV del Código: “De los contratos aleatorios o de suerte”

Se deja constancia, en este título, de la existencia y reconocimiento de los contratos aleatorios en el Código, a los que luego se hace referencia con carácter general, primero, y a los principales contratos de este tipo después.

Guilarte Zapatero, glosándolo, dice²³ que los principales criterios clasificatorios de los contratos en cuestión se refieren al origen de la aleatoriedad del contrato, a la estructura del riesgo o forma de operar del mismo y, en fin, al distinto juego de la voluntad de los interesados en la creación de aquel. Atendiendo al origen, cabe distinguir entre contratos aleatorios por naturaleza y aquellos que lo son por voluntad de las partes. Atendiendo a la forma de operar del mismo, hay unos en los que el evento del que depende la incertidumbre funciona como una condición suspensiva, habiendo otros en los que opera como término extintivo de una obligación de las partes. Por lo que al tercer criterio respecta, se habla de contratos en los que el resultado depende de un evento absolutamente de suerte o azar y de aquellos otros en los que la propia actividad de las partes tiene cierta relevancia.

En todo caso y al margen de clasificaciones posibles, una cosa es cierta, cabe decir con Gitrama:²⁴ “No hay un *numerus clausus* de contratos aleatorios... En el Código civil no están todos los que lo son y la regulación de los que contempla no es limitativa y excluyente, sino, podríamos decir, meramente *ad exemplum*”.

Añadir, por cierto, que, a decir del propio Gitrama, el Título XII del Libro IV del Código civil “incurre en pleonismo o redundancia, al rezar: “De los contratos aleatorios o de suerte”, dado que *alea* equivale a suerte, azar o riesgo”.²⁵ Volveré, en el punto II.6, sobre este último asunto.

II.3. El artículo 1790 del Código, en el que se describe qué haya de entenderse por “contrato aleatorio”, y su análisis

El artículo 1790 del Código civil -calificado por éste como “Disposición general” en el ámbito de los contratos aleatorios-, reza así: *Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equiva-*

²³ GUILARTE ZAPATERO, Vicente, “Título XII”, 333.

²⁴ GITRAMA, “Título XII”, 1716, 1717.

²⁵ GITRAMA, “Título XII”, 1714.

*lencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado.*²⁶

Analizando dicho artículo con la ayuda de la mejor doctrina, cabe hacer las siguientes consideraciones sobre el mismo:

Más que una definición, el 1790 dicho, a decir de los autores, contiene una descripción “para comprender, con entera fidelidad, las especies distintas aleatorias”.²⁷

El artículo 1790 ha sido criticado por Vicente Guilarte, que esgrime, para tal hacer, los siguientes argumentos²⁸: El artículo referido confunde o, al menos, facilita la confusión del contrato aleatorio con el condicional. El artículo referido prescinde, a mayor abundamiento y para perfilar la noción de contrato aleatorio, del riesgo, elemento esencial de la misma.

En cualquier caso, cabe establecer una serie de ingredientes, de elementos propios del contrato aleatorio como categoría. Son los siguientes:

La idea fundamental para la formulación del concepto de contrato aleatorio es la de la imposibilidad de determinar, al tiempo de su celebración, las ventajas o desventajas que, en definitiva, producirá para los interesados, cual señala, de nuevo, Guilarte Zapatero, añadiendo: “El concepto de contrato aleatorio se asienta en tres elementos: Indeterminación inicial del resultado, dependencia definitiva del mismo de circunstancias aleatorias que lo hacen incierto, voluntariedad de los interesados al asumir el riesgo”.²⁹

²⁶ Dicho artículo, a decir de MANRESA (*Comentarios*, XII, 16), concuerda, en mayor o menor medida, con muchos otros anteriores, como el Código de Napoleón, el de Portugal, el de Holanda o el del Reino de Italia de 1865. Concuerda también con el Código civil del Imperio Alemán, que entró en vigor el 1º de enero de 1900.

²⁷ MANRESA, *Comentarios*, XII, 11. En la misma línea, dice, lapidario, GITRAMA (*Título XII*, 1714): “El artículo 1790, más que definir, describe”. Igualmente se había manifestado antes ÁLVAREZ VIGARAY, diciendo -“Los contratos aleatorios”, 615-: “Falta, en la definición del artículo 1790 del Código civil, la homogeneidad de contenido propia de una definición esencial; en lugar de condensar, en su texto, los elementos esenciales que se manifiestan en todos los contratos aleatorios, se limita a describir un doble mecanismo a través del cual se estructuran estos contratos. Y es que, como hace notar Manresa, la fórmula del artículo 1790, más que una definición, es una descripción y, ciertamente, en lugar de decir en qué consisten los contratos, como correspondería a una definición esencial, se limita a describir su estructura, explicando cómo se inserta y actúa en ellos el alea”.

²⁸ GUILARTE ZAPATERO, Vicente, “Título XII”, 323-324.

²⁹ GUILARTE ZAPATERO, “Título XII”, 320, 322.

En la misma línea y antes, había dicho NICOLÒ -“Alea”, 1031-: “Todas las figuras típicas de contratos aleatorios tienen una característica común, el *alea*, que hace, *ab initio*, incierta la posición de los contratantes, en lo que respecta a sus previsiones de lucro y daño”.

Gitrama³⁰ aplaude la identificación precedente, hecha por Guilarte, de los tres elementos que, si concurren, tipifican el contrato aleatorio, señalando que, sin duda, hubiera mejorado la fórmula del 1790 si el mismo hubiera recogido estas ideas y añadiendo: “Es básico -en todo caso- que el evento significativo del riesgo sea desconocido por ambas partes contratantes. Ello no podría ser de otro modo si tal evento es futuro, pero cabría determinar un evento pasado cuya realización no sea conocida por las partes, caso en el cual, si una de las partes conoce con seguridad el evento, desaparecería el alea, dando paso quizá a una estafa, de aquí que la buena fe sea elemento esencial de este tipo de contratos”.

II.4. Contratos que pueden incluirse dentro de la categoría

Desde luego, obvio es que son aleatorios todos los contratos referidos y tratados en el Título XII del Libro Cuarto del Código civil.

Está, en primer lugar, la apuesta, que puede versar sobre el resultado de un juego, puesto que, como me enseñó Luís Díez-Picazo, el juego, en sí mismo, no es un contrato, sino una actividad, deportiva o lúdica que sea³¹, siendo muchos los juegos -quizás demasiados- a los que grandes y pequeños tienen hoy acceso sin mayor dificultad, desde la primitiva, el bonoloto o el euromillón, hasta los distintos cupones, pasando por las muy diversas apuestas posibles -convencionales o electrónicas- relativas a los resultados del fútbol o cualquier otro deporte. Están también la renta vitalicia y el contrato de alimentos.

Con todo, es opinión prácticamente unánime que la lista de los contratos aleatorios posibles no se agota con los dichos; que el elenco de contratos contenido en el referido Título XII no es exclusiva, sino indicativa de algunos de los contratos aleatorios más frecuentes, llegando algunos a decir que es una lista efectuada a título de ejemplo, habiendo muchos contratos aleatorios más, entre los que han sido citados los siguientes:

El seguro, al que se hacía referencia explícita en el Código civil hasta hace relativamente poco, siendo regulado, en la actualidad, por la Ley sobre la materia de 1980.

³⁰ GITRAMA, “Título XII”, 1715.

³¹ Cosa del género viene a sostener DE CASTRO, cuando dice -“El negocio sobre cosa futura”, 1148-: “En la lotería y en las carreras de caballos se compra el billete o el boleto y se adquiere el derecho a participar en el juego y estar a su resultado, favorable o adverso”.

De contrato de lotería como aleatorio habla también MESSINEO -*Il contratto in genere*, 779-.

Manresa hacía referencia también³² al préstamo a la gruesa, regulado en los artículos 719 a 736 del Código de comercio.

Se cita asimismo, en estos pagos y por Álvarez Vigaray,³³ el contrato de auxilio o salvamento marítimo, que reguló la Ley de 24 de diciembre de 1962.

No hay que olvidar, aquí y por otra parte, los concursos con premio, ya radiofónicos, ya televisivos, a los que expresamente se refería Nicolò.³⁴

Están, por descontado y a decir de muchos, las compraventas aleatorias, como aquella en la que se renuncia al saneamiento por evicción, la venta a riesgo y ventura del comprador o la *emptio spei*,³⁵ a las que he de referirme en el apartado III de este estudio.

En fin y ampliando extraordinariamente el campo de los contratos aleatorios, Álvarez Vigaray³⁶ incluye dentro de los mismos a la decisión por suerte, a la venta de usufructo y a la de la nuda propiedad también, a la venta de derechos litigiosos, a la fianza onerosa, a los contratos diferenciales de Bolsa, al censo vitalicio, al violario y a las tontinas,³⁷ añadiendo, acto seguido y con el apoyo de Navarro Amandi, Barassi, Mazeaud, Colin y Capitant : “Numerosos autores opinan que el número de los contratos aleatorios es ilimitado y que puede imprimirse carácter aleatorio a todos los contratos a título oneroso, bastando, para ello, que las prestaciones que se hayan de hacer dependan, en cuanto a su estructura o extensión, de un acontecimiento incierto”.

³² MANRESA, *Comentarios*, XII, 7.

³³ ÁLVAREZ VIGARAY, “Los contratos aleatorios”, 630.

³⁴ NICOLÒ, “Alea”, 1030. También lo hace LEIVA -*Tratado de los contratos, Parte General, Tomo I*, 90-, añadiendo, con la realidad argentina en la mano, “ciertos contratos aleatorios accesorios y conectados con la adquisición de cosas o servicios, “como en la compra de botellas de gaseosas, o en latas de gaseosas, en cuyas tapitas o en cuyo interior está escrito el premio que corresponde a quien presente esa tapita o esa lata vacía”.

³⁵ A las compraventas dichas como contratos aleatorios se referían ya GARCÍA GOYENA -*Concordancias*, 883- y MANRESA -*Comentarios*, XII, 7-. Otros autores, como Rafael Álvarez Vigaray o Vicente Guilarte Zapatero, hacen lo mismo en tiempos más recientes.

³⁶ ÁLVAREZ VIGARAY, “Los contratos aleatorios”, 631.

³⁷ A algunos de los citados por Álvarez Vigaray, GUILARTE ZAPATERO añade -“Título XII, 333- “los sorteos de publicidad..., los contratos de diferencias de valores o mercancías y, en general, cualquier contrato conmutativo al que se incorporen elementos aleatorios que lo cambien de naturaleza”.

II.5. Menosprecio doctrinal de los contratos aleatorios, asociados a la especulación y a la avaricia, y superación de tal postura

Don Pablo Fuentesecca, reflexionando sobre la *emptio spei* en su Prólogo a *La compraventa civil de cosa futura* de su discípulo Alfredo Calonge, decía:³⁸ “Al llegar a la Edad Moderna, la *emptio spei* entra, de lleno, en las preocupaciones de nuestros teólogos-juristas (que tenían aversión a las especulaciones ilícitas), por el aspecto -poco- ético que la compra del *alea* o *spes* podía implicar”.

En la misma línea -que matiza después, como hemos de ver- se movía García Goyena en el XIX, diciendo:³⁹ “El primer contrato indicado al hombre por la necesidad y la industria fue la permuta; el *aleatorio* debe ser considerado como el último, inventado solamente por su codicia. Después de haber sujetado a sus necesidades, deseos y goces todas las cosas materiales, todo lo que existe y cuanto pueden alcanzar sus sentidos, ha querido, en la ávidas especulaciones de su interés y en las combinaciones ambiciosas de su genio, pesar hasta el mismo destino y calcular el porvenir”.

Con todo, la falta de ética y la codicia como ingredientes de los contratos aleatorios no se sostienen fácilmente. Por el contrario y viendo los más característicos de ellos, resulta, en mi opinión, lo siguiente:

En la apuesta, con una inversión incluso mínima puedo ganar una pingüe cantidad y en todo caso, hasta que no se sepa el resultado, disfruto con la esperanza, con la ilusión de la posible ganancia.

En la renta vitalicia me garantizo, dentro de límites razonables, la periódica percepción de ingresos suficientes para atender a mi mantenimiento e incluso al de los míos de por vida. Si soy longevo, el negocio es muy beneficioso para mí y, si no lo soy, también, pues he tenido la subsistencia asegurada mientras viví.

En el seguro, en fin y a cambio de una prima que puedo pagar sin mayor dificultad, dejo indemne a mi patrimonio de siniestros que se me podrían imputar y que, de otro modo, lo podrían perjudicar seriamente, quedándome, incluso, en la indigencia.

Razones del género han sido exhibidas por autores nuestros solventes de distintas épocas. Fijo la atención en los tres siguientes:

³⁸ FUENTESECCA, “Prólogo”, 7-8.

³⁹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, 883.

García Goyena, enmendando afirmaciones suyas anteriores, concluye lo siguiente, respecto de los contratos aleatorios:⁴⁰ “Estos contratos son el producto de nuestras esperanzas y de nuestros miedos: queremos tentar la fortuna o tranquilizarnos contra su capricho. Así, a favor de tales combinaciones, creemos bienes presentes, dando un precio, a probabilidades más o menos lejanas; simples esperanzas llegan a ser riquezas reales y conjuramos o suavizamos, por sabias combinaciones, males inciertos, pero que algún día podrían ser demasiado reales; embotamos -en fin- los golpes de la suerte... Todo esto basta para justificar la legitimidad y conveniencia de los contratos aleatorios”.

Manresa, por su parte, recoge y suscribe el siguiente texto de León Bonel y Sánchez:⁴¹ “Los contratos aleatorios son contratos de verdadera esperanza; contratos producidos siempre por la incertidumbre y, a veces, por sospechas del sobrevenimiento de hechos que pueden ser más o menos perjudiciales; contratos en los que, a favor de combinaciones especiales, créanse bienes presentes, dándose un precio a las probabilidades más o menos próximas, simples esperanzas que llegan a ser la base de riquezas reales y que, conjurando o suavizando ciertos males que se ven en mientes, embotan o aminoran los golpes de la suerte”.

Gitrama, en fin, explica:⁴² “Un seguro de incendios o una pensión vitalicia no tanto parecen motivados por la codicia cuanto por la previsión. En la clasificación de los contratos aleatorios por su finalidad, se distingue entre aquellos que tienden a poner a una de las partes a “seguro” de un riesgo ya existente -respondiendo a aquel espíritu de previsión por lo que son protegidos e, incluso, ordenados por los legisladores- de aquellos otros en los que el riesgo es creado artificialmente por las partes, los que tradicionalmente han sido mirados con desconfianza y aversión por las leyes”.

II.6. Alea, azar, chance, suerte, esperanza y riesgo

En mi libro sobre *La compraventa de cosa futura* he indagado, con la ayuda de Alain Benabent,⁴³ sobre el significado de los distintos términos relacionados con el objeto del presente estudio, indagación que, de algún modo, traigo a colación aquí y ahora:

⁴⁰ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, 883.

⁴¹ MANRESA -*Comentarios*, XII, 13- transcribe, suscribiéndolo, el texto de un “comentador de nuestro Código civil”, León Bonel y Sánchez (tomo 4º, 797).

⁴² GITRAMA, “Título XII”, 1714.

⁴³ ROGEL VIDE, *La compraventa de cosa futura*, 101 ss., con cita, entre otros, de Alain BENABENT -*La chance et le droit*, París, 1973-.

Alea tiene que ver con incertidumbre, con imposibilidad de conocer un determinado resultado o circunstancia. Aleatorio, en efecto, viene del latín *aleatorius*, propio del juego de dados.

Azar -del árabe *az-zahr*, dado para jugar- tanto quiere decir como casualidad, caso fortuito. Lo imprevisto, lo que no se sabe si, cuando o como va a suceder

Chance -palabra de origen francés que se utiliza, hoy, en el español- equivale a posibilidad, mayor o menor, de que algo -bueno o malo- suceda, se produzca, tenga lugar. A decir de Benabent, “chance”, que, en singular es azar, ha de traducirse, en plural, por probabilidades, bien entendido que la “chance”, inaccesible en el plano individual, puede ser abarcada y controlada, en grandes números. Las “chances” -téngase presente- se calculan.

Suerte, buena o mala que sea, -del latín *sors-sortis*, bola, dado, guijarro o tableta con que se sortea-, viene definida en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia, como “encadenamiento de los sucesos, considerado como fortuito o causal” y, también, como “circunstancia de ser, por mera casualidad, favorable o adverso a personas o cosas lo que ocurre o sucede”.

Esperanza equivale, a decir del mismo diccionario, a estado de ánimo en el cual se nos presenta como posible lo que deseamos -y aun no ha sucedido-. La esperanza se tiene o no se tiene.

Riesgo, en fin, y a decir de referido diccionario, equivale a contingencia (que puede ser -dícese- objeto de un contrato de seguro) -posibilidad- o proximidad de un daño.

En clave de contratos, señaladamente de contratos aleatorios, cabe utilizar todos los términos antes referidos, diciendo que, en los contratos dichos, más o menos impregnados de incertidumbre, de alea, en los que reina el azar, hay chances buenas o malas, dependientes de la suerte, cabiendo tener la esperanza de que el resultado -ignorado aun- sea beneficioso, corriendo -con todo y necesariamente- con el riesgo de que no lo sea.

Juego del género, con todo, cabe también, en mayor o menor medida, respecto de los conmutativos, como tendremos ocasión de ver seguidamente.

II.7. Distinta incidencia del alea en los contratos

En los contratos aleatorios, aun existiendo, en los mismos y por definición, una indefinición cierta, cierto es, también que, respecto de ellos, la chance, que, en singu-

lar, es azarosa, en plural es medible y minuciosamente ponderable, estadísticas de por medio.

En función de tales mediciones, globales, se fijan las primas de los seguros. No se sabe quiénes sufrirán un siniestro, pero si se sabe que los siniestros representan un tanto por ciento asumible sobre el total de los seguros contratados, hasta el punto de que la actividad reporte beneficios a las empresas aseguradoras. Si no es así, cabe -y se ha hecho, por cuanto me resulta- incrementar la prima, constante el contrato, para recuperar el equilibrio roto.⁴⁴

En otro orden de cosas, decir que, en las apuestas y loterías, la empresa o entidad que las propicia se reserva, siempre, una parte de los ingresos, pudiendo sonreírle la suerte si muy pocos hubieran apostado al caballo ganador o el número premiado no hubiera sido vendido o lo hubiera sido solo parcialmente.

Por lo dicho, Organizaciones, Sociedades, Bancos y el propio Estado incluso participan, gustosos, en los contratos aleatorios, que les garantizan, en mayor o menor medida, beneficios, pudiendo generárselos también a quienes se aseguren -daño cesante- o apuesten -lucro emergente-.⁴⁵

Curiosamente y por el contrario, en los contratos conmutativos el alea, el riesgo están más presente de lo que podría pensarse. En efecto e incluso cuando, en contratos del género, coincida su conclusión con la perfección de los mismos, cabe que una de las partes haga un buen negocio, haciéndolo malo la otra. Piénsese, pongo por caso, en un arrendamiento en el que se fija una renta modesta inmediatamente antes del incremento espectacular de los precios. Piénsese, también, en la compraventa de

⁴⁴ Al respecto de lo dicho en el texto, señala GITRAMA -"Título XII", 1713-1714- tajantemente lo siguiente: "Lo mismo que los contratos conmutativos, creemos que los aleatorios son revisables por alteración de las circunstancias, siempre que ésta no sea consecuencia de los riesgos voluntariamente asumidos, sino de hechos y circunstancias ajenas al contrato". ¿Una de las llamadas Guerras del Golfo, por ejemplo y respecto de los seguros de los buques que transportaban petróleo por los mares sitos en la zona del conflicto armado?

⁴⁵ Al respecto, dice autorizadamente GITRAMA -"Título XII, 1715-1716-: "La máxima pureza de los contratos aleatorios se da cuando se concluyen entre dos particulares, supuestos en que las posibilidades de ganancias y pérdidas son necesariamente recíprocas... Mas, si el juego lo realiza el particular en la Lotería Nacional, la apuesta en el Patronato de Apuestas Mutuas Deportivas Benéficas, la renta vitalicia se contrata con un Banco o el seguro con una poderosa Compañía aseguradora... entonces la entidad con la que el particular contrata, en realidad, no corre riesgo alguno ni soporta ningún *alea*. Paga los premios, la renta, las indemnizaciones, llegado el caso, con el capital que ha ido formando con la venta de billetes o boletos, con los bienes o con las primas que ha ido recibiendo el Banco o la Aseguradora y todo mediante detenidos estudios hechos con el cálculo de probabilidades sobre datos estadísticos, para fijar cuanto el particular debe desembolsar o ir desembolsando con vistas a ese evento incierto".

un piso por precio muy elevado, casi a la par de una brusca caída de los precios de los pisos.⁴⁶

Mayor riesgo conllevan los contratos conmutativos en los que se retrasa o aplaza una de las prestaciones y, en el intervalo, circunstancias sobrevenidas alteran el equilibrio de las prestaciones inicialmente previsto, aun no siendo posible recurrir a la “rebus sic stantibus”.

Por todo lo dicho, bien podría concluirse diciendo lo siguiente, con Vicente Guilarte: “Un contrato típicamente conmutativo puede resultar económicamente más incierto e imprevisto que uno aleatorio”.⁴⁷

III. Compraventas Aleatorias

Se trata de analizar, en esta tercera parte del presente estudio, compraventas aleatorias, sin duda, en mayor o menor medida, ya estén consolidadas como compraventas verdaderas y propias por el propio Código civil, que, en sus artículos 1477 y 1478 -sitos en sede de compraventa- se refieren a la efectuada con renuncia al saneamiento en caso de evicción y a la hecha a riesgo y ventura del comprador, estando consolidada largamente por la historia la *emptio spei*, verdadera y propia compraventa, amén de origen mismo, de punto del que se parte para crear la categoría misma de los contratos aleatorios.

⁴⁶ En la línea señalada en el texto, dice NICOLÒ –“Alea”, 1025-: “El adquirente de un bien... habrá hecho un buen negocio si el mercado se orienta al alza, habiendo hecho mal negocio si la economía se desarrolla en sentido contrario...”.

Sobre el particular, señala también MANRESA –“Tomo XII”, 6-: “Claro es -se apresuran a decir todos los autores- que el elemento riesgo interviene en todos los contratos. Uno de nuestros civilistas -el Sr. Sánchez Román- pone el ejemplo de la compraventa de un caballo que muere después de perfeccionado el contrato sin culpa del vendedor, el cual, después de perfeccionado el contrato, se habría librado de la pérdida del valor del caballo, que tendría que soportar si la muerte hubiera ocurrido antes de venderlo”.

⁴⁷ GUILARTE ZAPATERO, “Título XII”, 322, que, al respecto, invita a pensar en las incidencias que la inflación y la depreciación monetaria proyectan sobre arrendamientos de larga duración, compraventas con precio aplazado o rentas vitalicias.

En la misma línea que Guilarte y apoyándose en Di Giandoménico, se pronuncia GABRIELLI –“Aleatoriedad”, 6-, señalando que, a la postre, se confunden los resultados de los negocios propiamente aleatorios con los de los conmutativos que, durando en el tiempo, están sujetos a sufrir la incidencia de eventos extrínsecos, añadiendo, además, que, a la postre, los confines entre alea económica y alea jurídica son bastante imprecisos.

III.1. Compraventa con renuncia al saneamiento en caso de evicción; los artículos 1478.1º y 1477 del Código civil

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1474.1º del Código civil y en virtud del saneamiento, el vendedor responderá, al comprador, de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida. Ello sabido y conforme al artículo 1475.I, “Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada”.

Si la evicción se ha realizado, por regla general y en virtud de 1478, el comprador podrá exigir al vendedor: 1º. La restitución del precio de la cosa. 2º. Los frutos o rendimientos de la misma. 3º. Las costas de los pleitos seguidos. 4º. Los gastos del contrato. 5º. Los daños e intereses y los gastos voluntarios o suentuarios, llegado el caso.

Con todo y de conformidad con lo dicho en el 1477, cabe que el comprador haya renunciado al dicho saneamiento, en cuyo caso, “llegado que sea éste, deberá entregar únicamente el precio que tuviera la cosa vendida al tiempo de la evicción” y no, aunque los hubiera habido, frutos, rendimientos, costas, gastos del contrato, daños, intereses ni gastos voluntarios o de puro recreo u ornato.

El precio de la cosa vendida, “el valor que tenía la cosa comprada al tiempo de la evicción”,⁴⁸ pues y tan solo. Como decía García Goyena,⁴⁹ comentando el artículo 1400 del Proyecto de Código civil de 1851, antecedente inmediato del 1477 del Código civil vigente que acabamos de ver, “es imposible que, sin vender nada -a la postre-, adquiera el vendedor algo. La causa por la que el comprador ha pagado el precio, desaparece por la evicción; el vendedor lo retiene ya sin causa y, por consiguiente, debe restituirlo”. A decir de Manresa,⁵⁰ el pago del precio por parte del comprador en tal caso, “resulta un verdadero pago de lo indebido”.

En la hipótesis que acabamos de ver, el contrato de compraventa se tiñe de aleatoriedad, pues el comprador no puede recuperar ninguna de las cantidades que haya gastado, pudiendo recuperar tan solo y si fuera solvente su vendedor, el valor de la cosa comprada al tiempo de la evicción, valor, en la mayoría de los casos, inferior al precio efectiva e indebidamente pagado, dadas la circunstancias. Aleatoria totalmente, en cambio, es la venta a riesgo y ventura del comprador, que analizaremos seguidamente.

⁴⁸ Esta es la fórmula que prefiere BORRELL, *El contrato*, 129.

⁴⁹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, 745.

⁵⁰ MANRESA, *Comentarios*, X, 180.

III.2. La compraventa a riesgo y ventura del comprador en el artículo 1477 del Código civil

El artículo 1477 del Código civil contempla la posibilidad de que el comprador hubiese renunciado al derecho del saneamiento para el caso de evicción con conocimiento de los riesgos de la evicción dicha y ateniéndose a las consecuencias. En tal caso y si fuera privado de la cosa comprada en virtud de un derecho anterior a la compra, el comprador no tendrá ni tan siquiera derecho al precio pagado. Henos aquí en presencia de una renuncia calificada y no simple⁵¹ del comprador, que permite hablar de compraventa a su riesgo y ventura, contrato aleatorio sin lugar a dudas.⁵²

“Nos encontramos -señala Badenes⁵³- frente a una venta en la que falta toda garantía, ya que, en definitiva, existe una voluntad de celebrar una *venta aleatoria*, que el Código civil no prohíbe. Se trata de una venta a riesgo y ventura del comprador, lo que quedará reflejado -sin duda- en el precio convenido”.⁵⁴

En tal caso, en fin y a decir de Blanquer,⁵⁵ “el comprador sabe lo que hace; asume, consciente y responsablemente, una posición contractual arriesgada... El Código civil -en efecto- exige que el comprador conozca, y no solo que alegue conocer ni que se diga que conoce los riesgos, sometiéndose a sus consecuencias”.

III.3. La *emptio spei*

La *emptio spei* es un contrato de larga tradición, muy afincado en el Derecho romano, aunque, si bien se mira, sea engañosa su denominación, literalmente traducible

⁵¹ Al respecto, RODRÍGUEZ MORATA -*Venta de cosa ajena*, 347- distingue entre renuncia calificada o intencionada y renuncia lisa y llana, diciendo: “En tanto la renuncia calificada configura un verdadero pacto de exclusión de responsabilidad, la renuncia simple supone una mera limitación de la misma”. En el mismo sentido, TORRALBA, “Artículo 1477”, 940.

⁵² GOYENA, glosando el artículo 1400 del Proyecto de 1851, antecedente del 1477 del Código civil actual, dice, en lo que interesa -*Concordancias*, 746-: “En este caso, viene a comprarse un derecho incierto e inseguro, una esperanza. La venta, en este caso, es parecida a la *futuri factus retis* y toma el carácter de un contrato aleatorio”.

Del mismo parecer es MANRESA -*Comentarios*, X, 183-, refiriéndose al 1477 del Código civil español y señalando antes -182- que quizás hubiera sido mejor que, en el contrato, se hicieran constar los riesgos que precisamente tenía en cuenta el comprador, para que no hubiese duda de que los conocía. En la misma línea, BORRELL dice-*El contrato*, 129-: “Sería bueno que se expresase cuáles son esos riesgos, esas causas de posible evicción, que dan cierto carácter aleatorio a la venta”.

⁵³ BADENES, *El contrato*, 631.

⁵⁴ A decir de RODRÍGUEZ MORATA -*Venta de cosa ajena*, 357-, “desde el Derecho romano, la venta a riesgo y ventura del comprador asume carácter aleatorio y se asimila a la figura de la *emptio spei*”.

⁵⁵ BLANQUER, “Notas”, 1175-1176.

como compraventa de esperanza, por mucho que, en puridad, sean las cosas futuras las que propiamente constituyen el objeto del mismo.⁵⁶ La esperanza, en efecto, no se puede comprar y, como mucho, se puede tener.⁵⁷ Quizás con la denominación se quiere exhibir algo -la esperanza dicha- como objeto presente del contrato por vía de ficción, aun no siendo ello necesario, pues como es sabido, las cosas futuras pueden ser, como las presentes, objeto de contratos -del de compraventa, muy señaladamente-, al menos con el artículo 1271.I de nuestro Código civil en la mano.

En los orígenes mismos de la *emptio spei*, el comprador quiere adquirir cosas -peces, animales, papeletas en las que se contienen regalos- y, no siendo ducho él, en las técnicas o habilidades requeridas para conseguir lo que desea, contrata con un cazador, un pescador o un recogedor de papeletas, la compra de todo lo querido por el comprador, que acompaña al vendedor o lo sigue muy de cerca para asegurarse que hace todo lo posible, que despliega toda la diligencia requerida, exigible, para hacerse con las cosas pretendidas, pechando el comprador, eso sí, con el riesgo de que nada o muy poco se consiga, a pesar de lo cual habría de pagar el precio pactado, no habiendo de hacerlo, en cambio, en supuestos en los que las redes no se puedan arrojar, el barco no pueda zarpar o el cazador de recompensas no pueda correr, por la razón que sea, para perseguirlas.

III.3.1. El asunto en Roma. *Iactus retis* y *iactus missilium*

En Roma y por cuanto me resulta, se movían en el ámbito de la *emptio spei* supuestos como la compraventa de los peces que se pudieran capturar al arrojar las redes con tal finalidad (*iactus retis*) o las aves que se pudieran cazar. Está, también, la compra de las monedas u otros objetos de valor que pudieran conseguirse de las lanzadas al público por las autoridades, con cierta frecuencia y con motivo de algún festejo o celebración (*iactus missilium*).⁵⁸

⁵⁶ “El nombre de *spes* -dice Luis Díez-Picazo, en su Prólogo a *La compraventa de cosa futura* de mi autoría-, no designa otra cosa que una manera de llevar a cabo el programa o proyecto de prestación que es propio de toda relación obligatoria, habiendo una firme e incondicionada obligación de pago del precio”.

⁵⁷ Como bien dice RUBINO -*La compravendita*, 214-, “La *spes*, la esperanza... es un mero elemento de hecho, de orden psicológico, concretamente”.

⁵⁸ Los supuestos dichos aparecen documentados claramente en las fuentes. Así, en D. 18, 1, 1, Pomp. 9 *ad Sab.*: *Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur, veluti cum quasi alea emitur: quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur. Emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est.*

El ejemplo de los *missilia* -dice ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in Diritto romano*, reedición de la 2ª edición, Nápoles, 1961, vol. 1, pp. 119-120- ha suscitado el escepticismo de algunos estudiosos que se preguntan cómo un hombre ecuánime puede confiar en el empeño del *venditor spei* por hacerse con los *missilia* si sabe que no puede retener para sí el valor de los mismos y, por otra parte, ha recibido ya alguna cosa -o está seguro de recibirla- aún cuando na-

En teoría y a decir de Calonge,⁵⁹ la *emptio spei* es, en Roma, la compra de una posibilidad: el *alea* o *spes*. En la práctica, con todo, es la compraventa de una cosa futura.

III.3.2. Subsistencia, a lo largo del tiempo, de la *emptio spei*, origen de la categoría misma de los contratos aleatorios

La *emptio spei* -nadie lo pone en tela de juicio- ha subsistido a lo largo del tiempo, siendo objeto de estudio por Pufendorf y Wolff -entre muchos otros, cual hemos visto- y llegando hasta nuestros días, por mucho que haya que reconocer, con Rubino,⁶⁰ su progresiva pérdida de importancia. Efectivamente, ha desaparecido el *iactus missilium* y, por lo que se refiere a *iactus retis*, hoy en día y por regla general, las relaciones entre pescadores y revendedores, entre pescadores e industrias de transformación de los peces vienen reguladas por férreos contratos de compraventa de cosa futura o de suministro, en los que los riesgos se imputan al vendedor, en el caso de que éste no hubiera pescado nada, jugándose, en caso contrario, con precios unitarios respecto de la cantidad efectivamente pescada.

Bien está. Con todo y aun siendo cierta la pérdida de importancia práctica de la *emptio spei*, igualmente cierto es la subsistencia de la importancia teórica de la *emptio* dicha, magnífica creación romana que no se ve privada de sentido por la aparición, bien andado el Siglo XVII, de la categoría de los contratos aleatorios, que malamente pueden perjudicar, quitar sentido a la *emptio spei*, de raigambre milenaria y fuente, razón de ser y origen de los propios contratos aleatorios dicho, cual señala, entre otros, Pablo Fuenteseca afirmando: “la *emptio spei* es una *emptio* cuyo carácter aleatorio la convierte en el prototipo de estas figuras contractuales para la doctrina europea posterior”.⁶¹

da recoja. No obstante -y siempre en opinión de Arangio- tal reflexión no es segura, porque, además de la notoria ligereza de muchas personas, amantes de empeñarse en cualquier clase de juego, puede pensarse en lanzamientos de *missilia* tan abundantes que aseguren la percepción de porcentajes jugosos de los mismos. Añádase a ello que los compradores, por regla general, estaban muy pendientes de la recogida de los *missilia* efectuada por el vendedor, así como de la ulterior entrega de los mismos. El asunto no es menor, teniendo en cuenta que las autoridades, el Emperador sobre todo, en ocasiones solemnes y no tanto, siguiendo la política de *panem et circenses*, arrojaba vales representativos de cosas valiosas, muebles o inmuebles incluso -*larguitio in incertam personam*-.

⁵⁹ CALONGE, *La compraventa*, 17.

⁶⁰ RUBINO, *La compraventa*, 212-213. Afirma, dicho autor, que las relaciones entre pescadores y revendedores pueden, en ocasiones, construirse también sobre la base de promesas de venta, no necesariamente limitadas a la pesca de un día. Cabe, también, recurrir al expediente del suministro, sobre todo cuando el contrato sea de duración indeterminada.

⁶¹ FUENTESECA, “Prólogo”, 7.

La tal *emptio*, siendo aleatoria, no deja, por ello, de ser compraventa. Así lo entiende Díez-Picazo, señalando textualmente: “La aleatoriedad de la *emptio* no priva a la figura de su naturaleza de compraventa”.⁶²

Así lo entendía yo hace tiempo y sigo entendiéndolo ahora, entendiendo también que, siendo ello así, no es posible privar de la condición de compraventa a la *emptio spei*, partiendo de la premisa, cuya certeza no se ha determinado en modo alguno, de que la compraventa es, por definición y desde el comienzo de los tiempos, un contrato conmutativo, al tener, ésta categoría, que no se refleja expresamente en nuestro Código, un valor instrumental y didáctico, que no absoluto, no pudiéndose utilizar como arma arrojada contra una figura, como la *emptio spei*, de existencia real constatada mucho antes de que la misma categoría de los contratos conmutativos viera la luz.

⁶² DÍEZ-PICAZO, “Prólogo”, 1975.

Bibliografía

- ALONSO PÉREZ, Mariano: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972.
- ALVAREZ VIGARAY, Rafael: “Los contratos aleatorios (Doctrina general)”, ADC, 1968, julio-septiembre, p. 607 ss.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: *La compravendita in Diritto Romano*, Jovene, Nápoles, 1961.
- BADENES GASSET, Ramón: *El contrato de compraventa*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1969.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: “Notas sobre un caso de supresión o de exoneración de obligaciones legales de un contratante (Arts. 1475-3º, 1476 y 1477 del C. c.)”, ADC, 1983, nº 4, p. 1169 ss.
- BÉNABENT, Alain: *La chance et le droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1973.
- BORRELL SOLER, Antonio: *El contrato de compraventa según el Código civil español*, Bosch, Barcelona, 1952.
- BRASIELLO, Ugo: “*Emptio rei speratae ed emptio spei* (Diritto romano)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Turín, 1957, p. 519 ss.
- CALONGE, Alfredo: *La compraventa civil de cosa futura (Desde Roma a la doctrina europea actual)*. *Acta Salamanticensia*, Salamanca, 1963.
- CALONGE, Alfredo: *EVICCIÓN. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Salamanca, 1968.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, Tomo IV del *Derecho civil español común y foral*, Reus, Madrid, 1961.
- DE CASTRO BRAVO, Federico: “El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática”, ADC, 1977, octubre-diciembre, p. 1141 ss.
- DÍAZ GOMEZ, Manuel: *El contrato aleatorio*, Comares, Granada, 2004.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 1970.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: “Prólogo” a *La compraventa de cosa futura* de Rogel, Colegio de España, Bolonia, 1975, p. 17 ss.
- FUENTESECA DÍAZ, Pablo: “Prólogo” a *La compraventa civil de cosa futura* de Alfredo Calonge, *Acta Salmanticensia*, Salamanca, 1963.
- GABRIELLI, Enrico: “Aleatoriedad y teoría del contrato”. Texto, con notas, de la conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2019.
- GARCIA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de 1852, Zaragoza, 1974.

- GITRAMA GONZALEZ, Manuel: "Título XII. De los contratos aleatorios o de suerte". *Comentarios al Código civil del Ministerio de Justicia*, Tomo II, Madrid, 1991, p. 1713 ss.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente: "Título XII. De los contratos aleatorios o de suerte", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo XXII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1982, p. 319 ss.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luís: *Tratado de los contratos. Parte General. I*, LA LEY, Buenos Aires, 2017.
- MANRESA NAVARRO, José María: "Artículos 1477 y 1478", en *Comentarios al Código civil español*, Tomo X, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1905.
- MANRESA NAVARRO, José María: "Título XII. De los contratos aleatorios o de suerte", en *Comentarios al Código civil español*, Tomo XII, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1907, p. 5 ss.
- MESSINEO, Francesco: *Il contratto in genere*, Giuffrè, Milán, 1968.
- NICOLO, Rosario: "Alea", en *Enciclopedia del Diritto*, I, Giuffrè, Milán, 1958, p. 1024 ss.
- RODRIGUEZ MORATA, Federico: *Venta de cosa ajena y evicción (Estudio de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa)*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1990.
- ROGEL VIDE, Carlos: *La compraventa de cosa futura*, Real Colegio de España, Bolonia, 1975.
- RUBINO, Domenico: *La compravendita*, Giuffrè, Milán, 1962.
- TORRALBA SORIANO, Vicente: "Artículo 1477 del Código civil", en *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991, p. 940 y siguiente.
- VAZQUEZ BOTE, Eduardo: "Algunas consideraciones sobre los contratos aleatorios del Código civil", RCDI, 1969, marzo-abril, p. 352 ss.

Modificação ou resolução dos contratos por alteração das circunstâncias, no contexto da pandemia COVID-19 (breve anotação ao regime da lei civil)

ALBERTO DE SÁ E MELLO *

1. Coexistem, no Direito civil português, um princípio e uma regra que podem resultar em soluções distintas, mesmo opostas, aquando da execução dos contratos.

O princípio *pacta sunt servanda* (“os pactos são para ser observados / os pactos devem ser cumpridos”), com origem no Direito canónico. A regra (ou cláusula) *rebus sic stantibus* (à letra, “estão assim as coisas”¹), segundo a qual as partes celebram um acordo tendo em conta a situação de facto existente no momento da sua celebração, podendo assim invocar a alteração dessa situação de facto como razão da alteração ou rompimento do pacto, quando ocorram mudanças substanciais extraordinárias e imprevisíveis que rompam o equilíbrio do acordo, trazendo vantagem a uma das partes e causando grande prejuízo / lesão enorme à outra parte.

Será que a superveniência da pandemia COVID-19, em 2019-2020, tida como imprevisível até pouco tempo antes da sua eclosão, justifica que se modifiquem ou resolvam os contratos negociados e celebrados quando o contexto era outro?

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 247-255.

* Doutor em Direito. Professor catedrático convidado da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias (ULHT – Lisboa) e do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes (ISMAT – Portimão). albsamello@netcabo.pt

¹ *Contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur* (os contratos com execução continuada devem ser entendidos à luz das circunstâncias do momento da sua negociação e celebração), fórmula do Digesto.

2. O Código Civil português (C.Civil) contém normas que, aparentemente, acolhem a cláusula *rebus sic stantibus*. Referem-se à *base do negócio* como enformadora e determinante da vontade negocial:

- a) o art. 252º/1: o erro que recaia nos “motivos determinantes da vontade” só é causa de anulação se as partes houverem reconhecido, por acordo, a essencialidade do motivo – aqui *não* se alude às circunstâncias envolventes, ao contexto da celebração do negócio, mas à motivação pessoal das partes, aos pressupostos subjectivos da celebração; neste caso, se estes estiverem frustrados, a vontade considera-se viciada e o negócio é anulável;
- b) o art. 252º/2: se o erro recair sobre as “circunstâncias que constituem a base do negócio”, aplica-se ao erro do declarante o regime da resolução ou modificação por alteração das circunstâncias vigentes à data da conclusão do negócio – aqui alude-se às circunstâncias, à envolvente da celebração do contrato, que supostamente condicionou os termos do estipulado e mesmo a sua celebração;
- c) o art. 437º/1: esta outra norma apela a um fôlego diferente, já que tem nada menos do que seis pressupostos cumulativos de aplicação:
 - i) se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar
 - ii) tiverem sofrido uma alteração anormal,
 - iii) a parte lesada tem direito à resolução do contrato
 - iv) ou à modificação dele segundo juízos de equidade,
 - v) desde que a exigência do cumprimento das obrigações por ela (parte lesada) assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé
 - vi) e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

O Código Civil, por outro lado, faz questão de acolher o princípio de pontualidade no cumprimento das obrigações, que decorre do *pacta sunt servanda*. O art. 406º consagra: os contratos devem ser *pontualmente cumpridos* e só por mútuo consentimento dos contraentes podem modificar-se ou extinguir-se.

Como conciliar estas regras? Vamos dissecar os elementos de uma e outra no Direito português.

3. Quando se refere à *base do negócio*, mencionam-se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, a “Geschäftsgrundlage”.

Mas só é aqui relevante a alteração *superveniente* dessas circunstâncias. Se a discrepância entre os que as partes queriam / consideravam e a realidade for anterior ou contemporânea da celebração do contrato, se for originária, há *erro*.

Interessam à nossa exposição os casos em que tal discrepância se verifica *após* a celebração do negócio, já durante a sua execução / cumprimento.

Esta discordância entre realidade e vontade contratual deve ser *objectiva*, não poder em conta as previsões ou pressuposições individuais dos contraentes: o futuro é, por definição, imprevisível, não há erro sobre o futuro.

Recorreu, então, Oertmann à *teoria da base do negócio*. Clarifiquemo-la.

Se as partes, logo no momento da celebração do negócio, se baseiam numa situação que não é real, haverá erro sobre a base do negócio (art. 252º/2 C.Civil). Por exemplo, A, julgando ter sido contemplado com um prémio de lotaria, compra a B uma casa cujo custo está muito para além dos seus recursos normais; A enganara-se e não é premiado: o contrato de compra e venda é anulável? Parece que não. As motivações pessoais de A, desde que não partilhadas por B e por ambos assumidas como pressuposto essencial daquela compra e venda, são irrelevantes para a subsistência do negócio. Mas não é a isto que a lei refere como “base do negócio”.

Segundo o próprio Oertmann, por base do negócio deve entender-se as circunstâncias em que se baseia a vontade negocial. Estas circunstâncias devem ser reconhecidas por ambas as partes e estar patentemente reflectidas no negócio concluído (por exemplo, mediante *considerandos* antepostos ao clausulado). Como diz Menezes Cordeiro,² as circunstâncias devem ser objectivas, não aspirações subjectivas. É irrelevante, para este efeito, o que as partes sonham ao celebrar o contrato, antevendo o futuro.

Assim, as circunstâncias em que as partes fazem assentar a celebração do negócio devem estar expressas no contrato ou ser avaliáveis objectivamente pelo senso comum.

Ora, a “base do negócio” é uma abstracção. As circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar devem ser:

- a) densificadas, mediante estipulação expressa, reflectida, por exemplo e como dissemos, nos *considerandos* contratuais; ou
- b) ser objectivamente avaliáveis, nomeadamente por serem evidentes (por exemplo, se a pandemia COVID-19 implicar uma quebra in comportável de receitas a uma empresa – irrecuperável em tempo de o contrato ser pontualmente cumprido –, deve afirmar-se que há uma alteração da base do negócio se se demonstrar que, mediante uma comparação objectiva, não era essa a situação da empresa no período, mais ou menos longo de acordo com o que exigir a análise fria dos números, imediatamente anterior.

4. A alteração das circunstâncias deve ser *anormal*.

² *Tratado de Direito Civil IX*, 3ª ed., Coimbra, 2017, n.º 270, p. 660.

A lei exige que se trate de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, não pela parte lesada, mas objectivamente imprevisíveis.

Oliveira Ascensão³ dá dois exemplos: a) quem investe na Bolsa está sujeito aos riscos da oscilação das cotações, mas o encerramento das Bolsas é uma ocorrência extraordinária; b) se se aposta na vitória de uma equipa de futebol num jogo, arrisca-se perder, mas se a derrota for devida à morte de toda a equipa principal num desastre de avião, que força o clube a jogar com as segundas linhas, há uma alteração anormal das circunstâncias. Assim, a base do negócio deve ser rompida por eventos objectivamente imponderáveis.

5. A base do negócio deve ser *bilateral*. Isto não se confunde com o facto de a alteração das circunstâncias poder beneficiar uma das partes e prejudicar só a outra, já que isto voltaria a ser ponderar a *motivação* das partes. Vejamos.

A pandemia COVID-19 atinge objectivamente todas as partes nos seus cálculos e previsões na avaliação dos riscos do negócio, muito embora possa, em concreto, prejudicar apenas uma delas. Por exemplo, o *lay-off*, com redução do encargo salarial a 30% de 2/3 da retribuição, pode até ter favorecido objectivamente a tesouraria de empregadores em dificuldades, mas afecta todas as partes envolvidas, já que as “regras do jogo” mudaram.

6. Como dissemos, a alteração (das circunstâncias) deve ser *anormal*. Isto não significa subjectivamente imprevisível (a lei brasileira fala de “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”). Significa apenas que as circunstâncias em que as partes se basearam, em que fizeram assentar a celebração do negócio, sofreram uma modificação que o curso anterior da realidade não deixava prever: os terremotos e as doenças pandémicas fazem parte da História da Humanidade, mas a sua ocorrência, quando devastadora, não deixa de ser anormal; os terremotos são acontecimentos anormais, ainda que se viva numa zona com uma falha sísmica; as doenças pandémicas são imponderáveis numa sociedade em que a maior parte das doenças é controlável e está controlada.

7. O contrato pode ser *resolvido ou modificado*.

Deve ter-se presente o princípio geral de direito contratual: o da conservação ou aproveitamento do negócio jurídico. Este justifica a redução dos negócios quando

³ *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*, <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-ALTERACAO-DAS-CIRCUNSTANCIAS-E-JUSTICA-CONTRATUAL-NO-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>, acedido em Maio de 2020, n.º 5, p. 14.

estejam só parcialmente viciados, com aproveitamento da parte não viciada (art. 292º C.Civil). Aquele também é razão da conversão dos negócios viciados em outros de cujo tipo reúnem, sem vícios, os elementos suficientes (art. 293º C.Civil). Assim, se o negócio puder ser aproveitado sem a parte que provoca a “lesão enorme”, sem a parte que o desequilibra para além do risco aceitável, deve ser apenas modificado.

A modificação pode ser quantitativa (por exemplo pela redução do preço ou supressão de cláusulas). Já é questionável se também pode ser qualitativa, com modificação de cláusulas. Estamos com Oliveira Ascensão,⁴ quando afirma que a modificação de cláusulas só pode ocorrer por acordo das partes ou quando a lei a imponha, como entendemos ser o caso da redução *ope legis* dos juros usurários (art. 1146º/3 C.Civil).

Pode haver resolução do contrato: é o exemplo clássico do que ocorre quando se resolve o contrato de arrendamento de uma varanda locada para ver passar um cortejo cancelado.

A lei civil portuguesa é expressa na imposição da conservação do contrato afectado pela alteração anormal das circunstâncias, mediante a aceitação da sua modificação (art. 437º/2 C.Civil), nos termos que a seguir veremos.

8. A lei refere que a resolução ou modificação pode ocorrer a requerimento da “parte lesada”.

Oliveira Ascensão e Menezes Cordeiro⁵ remetem para o conceito de “*lesão enorme*” para uma das partes. A lei consagra-o ao referir que a alteração deve ser desproporcionada, atendendo aos “riscos próprios do contrato”. De facto, se a lesão for bilateral, não há desequilíbrio contratual inexpectável e injusto.

9. A lei refere que a exigência do cumprimento das obrigações emergentes do negócio “vitimado” pela alteração anormal das circunstâncias deve “afectar gravemente os princípios da *boa fé*”.

Oliveira Ascensão⁶ refere que o recurso ao conceito de boa fé foi um expediente dos intérpretes germânicos na ausência de base legal: desaconselha-o. Entendemos que a modificação ou resolução dos contratos por alteração das circunstâncias visa corrigir um desequilíbrio no plano contratual, derivado de acontecimentos imprevisíveis dado o quadro habitual expectável de evolução da realidade.

⁴ Ob. cit., n.º 7, p. 20.

⁵ Menezes Cordeiro, ob. cit., n.º 277, p. 687; Oliveira Ascensão, ob. cit., n.º 8, p. 23.

⁶ Oliveira Ascensão, ob. cit., n.º 9, p. 25.

Não pode a correcção de desequilíbrio provocar um novo desequilíbrio de sinal contrário. O parâmetro deve ser análogo ao que determina a restituição por enriquecimento sem causa (art. 479º C.Civil): a medida do empobrecimento de um, até ao limite do enriquecimento do outro.

10. O critério a usar para a modificação do contrato é, segundo a lei civil, o da *equidade*.

A equidade é, na acepção tradicional, a justiça do caso concreto. Aplicada a este instituto, a decisão segundo a equidade significa que só a análise das circunstâncias de cada caso concreto, nunca uma valoração genérica, pode resolver os diferendos sobre resolução ou modificação de contratos por modificação das circunstâncias.

Aplicado ao nosso problema, isto significa que a resolução ou modificação de cada contrato deve ser decidida caso a caso. Não serve formular-se um juízo genérico sobre se a pandemia COVID-19 mudou globalmente a circunstância de *todos* os contratos negociados e concluídos antes da pandemia: este juízo é imprestável à solução do nosso problema.

11. Nos termos do art. 438º C.Civil, “a parte lesada não goza do direito de resolver ou modificar o contrato se estava *em mora* no momento da verificação da alteração das circunstâncias.

Esta norma não pode ser de aplicação generalizada e cega: só perderá o direito à resolução ou modificação do contrato a parte lesada em mora que, com a sua mora, tenha colocado o contrato sujeito a uma alteração das circunstâncias que, de outro modo, se teria verificado com a obrigação já cumprida. Aplicado ao nosso problema, se A se atrasar culposa e injustificadamente a entregar mercadoria e, por causa da proibição de voos para um determinado país no âmbito das restrições devidas ao COVID-19, tal entrega se tornar impossível, já não pode prevalecer-se da faculdade de resolver ou modificar o contrato por alteração das circunstâncias; se, pelo contrário, se tratar de uma entrega fraccionada e prologada no tempo e as prestações vincendas se impossibilitarem por causa da pandemia, o atraso na realização de uma delas não implica que “o remanescente” do contrato seja alterado, pois não é a mora do devedor que o coloca exposto à alteração superveniente das circunstâncias.

A regra sobre *risco* em caso de mora (art. 807º C.Civil) parece dar apoio a esta posição: só se a mora do devedor for causa da perda ou deterioração daquilo que deveria entregar é que o risco desse perecimento o responsabiliza, ainda que esta perda não lhe seja imputável (n.º 1). Já se se verificar que, com ou sem mora, o credor teria sempre sofrido os danos, este só responde pela perda ou deterioração do objecto da prestação se esta lhe for directamente imputável (n.º 2) – é um caso de relevância negativa da causa virtual. Aplicado ao nosso problema, só não poderá

resolver ou modificar o contrato a parte lesada que se encontre em mora se não conseguir provar que, com ou sem mora, a alteração das circunstâncias devida à pandemia sempre atingiria o plano de cumprimento da obrigação contratual.

12. Diz-se que “um Homem é ele mesmo e a sua circunstância”.

Como realidade viva, os contratos também se subordinam à vontade autónoma e livre manifestada no convencionado. Mas não uma autonomia da vontade abstracta e puramente formal: a vontade das partes, expressa nos contratos, deve ser integrada pelas circunstâncias em que se manifestou; se o enquadramento circunstancial da manifestação da vontade contratual sofre uma alteração anormal e imprevisível naquele contexto, o contrato pode ser revisto, recompondo-se o equilíbrio contratual pré-existente que se perdeu com a modificação das circunstâncias.

Pode um comprador de um automóvel, que já o tenha recebido, resolver o contrato porque, por hipótese, o preço da gasolina sobe, entretanto, estratosféricamente? Não, como esclarece Menezes Cordeiro:⁷ a alteração das circunstâncias dá-se na esfera do risco exclusivo do comprador-proprietário (*res domino suo perit*: o risco da perda de coisas corpóreas corre por conta do proprietário).

O regime do art. 437º C.Civil só se aplica a contratos de execução continuada e, acrescentamos nós, apenas em relação à parte do contrato que falte executar à data da alteração das circunstâncias. Não faz sentido alterar a parte já executada do contrato, salvo se a alteração de circunstâncias afectar *todo* o plano do cumprimento da obrigação.

As regras sobre risco aplicam-se em detrimento das do art. 437º: aquelas decorrem do princípio *ubi commoda, ibi incommoda*. O art. 437º só se aplica quando a alteração de circunstâncias “não estiver coberta pelos riscos próprios do contrato”: a estipulação das partes quanto ao risco afasta a aplicação deste preceito; havendo mora, dá-se a inversão do risco (art. 438º).

13. Falando da jurisprudência sobre este tema, o Supremo Tribunal de Justiça português (STJ), em 1975,⁸ determinou que um contrato com o preço indexado ao valor do ouro deveria ser alterado por se ter verificado uma subida excepcionalmente exorbitante do valor daquele metal face aos preços em geral: as partes, ao recorrer àquele índice, teriam precisamente querido precaver-se contra subidas de preço inesperadas, procurando um valor estável; a indexação ao valor do ouro contrariava, nesta particular situação, o princípio da boa fé.

⁷ Menezes Cordeiro, ob. cit., n.º 279, p. 690.

⁸ *Apud*, Menezes Cordeiro, ob. cit., n.º 288, p. 707.

No caso dos contratos de seguro, a lei visa imputar apenas a uma das partes certos riscos, não todos – uma pandemia de COVID-19 não é apenas uma doença, é uma ocorrência não coberta pelos riscos próprios de um normal seguro de saúde.

14. A nosso ver, a *protecção da confiança*, como decorrência do princípio da boa fé, serve para “medir” as circunstâncias na base do contrato cuja alteração pode conduzir à resolução ou modificação deste.

A tutela da confiança, como é sabido, bloqueia o abuso do direito. A protecção da confiança pode bloquear, como abusivo, o direito de resolução ou modificação dos contratos, quando contrário aos ditames da boa fé.

Pode exigir-se a resolução ou modificação do contrato, quando o modelo contratual alcançado pelas partes entre em crise, desequilibrando-se face às novas circunstâncias vigentes no caso concreto, em colisão com o que seria exigível das partes vinculadas pelos ditames da boa fé, devendo repor-se o que é equitativo no caso concreto. Isto sintetiza a fórmula do art. 437º.

15. As “grandes alterações de circunstâncias”, do quadro geral do negócio, são pouco propícias a justificar a modificação de contratos pontuais.

O 25 de Abril de 1974, com a queda do regime, a descolonização, as nacionalizações ou expropriações de terras, não conduziu o STJ à aplicação do art. 437º. A crise económica de 2009-2014 já encontrou o STJ mais permeável à aplicação do regime consagrado neste preceito.

A decisão de uma situação de acordo com o art. 437º deve ter em conta, nas “grandes” alterações sócio-económicas, que a decisão da sua aplicação com esse fundamento num caso concreto determina a sua aplicação em *todos* os casos que tenham vivido / experienciado a mesma grande alteração sócio-económica. O STJ tem sido justificadamente parcimonioso na aplicação do art. 437º.

Nós restringiríamos a aplicação do art. 437º, perante a evidência de uma alteração de circunstâncias anormal (como a súbita eclosão da pandemia COVID-19), aos casos pontuais em que o equilíbrio contratual se tenha alterado ou rompido com prejuízo manifesto de uma das partes, para quem a exigência de cumprimento do contrato nessas condições comporte danos obviamente causados por esse desequilíbrio que não seja legítimo exigir-se-lhe que suporte em face da normal distribuição do risco naquele tipo de contrato e perante as circunstâncias concretas da sua celebração.

Os contratos civis são contratos entre iguais. As grandes alterações sócio-económicas, como as que podem decorrer da pandemia COVID-19, só justificam a modificação ou resolução de um contrato se, naquele caso concreto, se romper o

equilíbrio contratual com lesão enorme para uma das partes que torne inexigível, pela boa fé, o cumprimento da obrigação assumida, e – se e só se – quando a distribuição do risco contratual faça inadmissível que a outra parte, que também é atingida pelos efeitos da pandemia, suporte as consequências de tal resolução ou modificação contratual

Contrato-Promessa – Inobservância da Forma Legal: Nulidade e Abuso do Direito

VANESSA MAMEDES *

Sumário: O presente artigo destina-se ao estudo das consequências da inobservância da forma legalmente prescrita para a celebração de contrato-promessa *respeitante à celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fração autónoma dele, já construído, em construção ou a construir*, com especial incidência na dispensa, por acordo das partes, das formalidades previstas no n.º 3, do artigo 410.º, do Código Civil¹, e das situações em que a invocação da nulidade pelo promitente-comprador, com fundamento na preterição de tais formalidades, configura abuso do direito.

1. Noção

O artigo 410.º do Código Civil define o contrato-promessa como a “*convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato*”.

Nas palavras de ANTUNES VARELA,² o contrato-promessa é a “*convenção pela qual ambas as partes, ou apenas uma delas, se obrigam, dentro de certo prazo ou*

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 257-265.

* Assistente no Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes e Monitória na Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Lisboa. Advogada.

¹ Sempre que sejam citados artigos sem indicação expressa do respetivo diploma, a menção reporta-se ao Código Civil.

² JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA; *Das Obrigações em Geral, Vol. I*; Almedina; Coimbra; 2005; p. 308.

verificados certos pressupostos, a celebrar determinado contrato". Ao contrato a que as partes se obrigam, dá-se o nome de contrato prometido (compra e venda, doação, trabalho, locação, sociedade ou, até mesmo, um outro contrato-promessa³).

O contrato-promessa reveste grande utilidade prática. As partes podem fixar os termos do contrato prometido, obrigando-se à sua celebração, sem que, no entanto, o façam de imediato, por razões de diversa natureza, nomeadamente, por falta de documentos ou dinheiro ou porque a própria coisa ainda não existe (por exemplo, a promessa de compra e venda de uma moradia em fase de construção).

Relativamente ao regime aplicável ao contrato-promessa, dispõe o n.º 1 do artigo 410.º, consagrando o princípio da *equiparação* ou da *correspondência*, que lhe "*são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, exceptuadas as relativas à forma e as que, por sua razão de ser, não se devam considerar extensivas*".

2. Forma

Nos termos do n.º 2 do artigo 410.º "*a promessa respeitante à celebração de contrato para o qual a lei exija documento, quer autêntico, quer particular, só vale se constar de documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas, consoante o contrato-promessa seja unilateral ou bilateral*".

Também *no caso de promessa respeitante à celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fração autónoma dele, já construído, em construção ou a construir*, o contrato-promessa deve constar de documento escrito com reconhecimento da(s) assinatura(s) do(s) promitente(s) e conter a certificação da respetiva licença de utilização ou de construção (art. 410.º/3).

Assim, nos restantes casos, vigora o princípio da liberdade de forma (artigo 219.º).

A forma legalmente exigida pelo n.º 3, do artigo 410.º, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de julho,⁴ *é destinada não só dar mais solenidade ao contrato mas*

³ Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA; *Direito das Obrigações*; Almedina; Coimbra; 2019; p. 380, nt. (2): "Não se mostra impensável, nem destituído de interesse, que possa concluir-se um contrato-promessa cujo objeto seja também um contrato-promessa".

⁴ Pode ler-se no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho:
"1. O contrato-promessa tem sido a via através da qual os interessados em habitação própria têm procurado garantir a aquisição da desejada unidade habitacional, nos casos em que, por qualquer motivo – designadamente o inacabamento da respetiva construção ou a inexistência imediata dos requisitos indispensáveis ao registo do direito de propriedade do transmitente –, não é possível a imediata celebração do contrato de compra e venda.

também a impedir que, sem conhecimento do promitente-comprador, possam ser objeto de promessa de venda prédios de construção clandestina.

3. Inobservância da forma legal: nulidade *mista* ou *atípica*

Dispõe o artigo 220º que a declaração negocial que careça da forma legalmente prescrita é nula, quando outra não seja a sanção especialmente prevista na lei.

A nulidade – aplicável à inobservância da forma legal por força do disposto no artigo 220º – *é invocável a todo o tempo por qualquer interessado*⁵ *ou declarada oficiosamente pelo tribunal* (artigo 286º).

No entanto, a nulidade consagrada no nº 3 do artigo 410º afasta a aplicação das regras gerais do artigo 286º.

Desde logo, o promitente-vendedor só pode invocar a omissão dos requisitos previstos no nº 3 – reconhecimento presencial das assinaturas e certificação da existência da licença de utilização ou de construção – quando a mesma tenha sido culposamente causada pelo promitente-comprador, dado que dificilmente se equaciona a possibilidade – especialmente no que diz respeito à certificação da existência da licença de utilização ou construção – da omissão das formalidades ser imputável ao promitente-comprador.

Colocava-se a questão de saber se esta omissão podia ser, de resto, invocada por terceiros ou oficiosamente declarada pelo tribunal. Os Assentos nºs 15/94, de 28 de Junho e 3/95, de 1 de Fevereiro colocaram termo à questão formulando, respectivamente que:

*No domínio do n.º 3 do artigo 410.º do Código Civil (redacção do Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho), a omissão das formalidades previstas nesse número não pode ser invocada por terceiros.*⁶

2. Nesta conformidade, e como primeira medida destinada não só a dar mais solenidade ao contrato mas também para impedir que, sem conhecimento do promitente-comprador, possam ser objeto de promessa de venda prédios de construção clandestina, exige-se o reconhecimento presencial das assinaturas dos promitentes no respetivo documento e que neste o notário certifique a existência da licença de construção do prédio, sem que, todavia o promitente-vendedor possa tirar qualquer efeito da omissão desses requisitos, na hipótese de o promitente-comprador para ela não ter contribuído.”

⁵ Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Almedina; Coimbra; 2011; p. 262: “A nulidade pode ser invocada, diz a lei, por qualquer interessado, isto é, pelo titular de qualquer relação cuja consistência, tanto jurídica como prática, seja afetada pelo negócio”

No domínio do n.º 3 do artigo 410.º do Código Civil (redação do Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho), a omissão das formalidades previstas nesse número não pode ser oficiosamente conhecida pelo tribunal.⁷

O n.º 3 do artigo 410.º consagra, assim, uma nulidade *mista* ou *atípica*⁸ na medida em que não pode ser invocada por terceiros ou declarada oficiosamente pelo tribunal e se encontra, como já vimos, quase exclusivamente na disposição do promitente-comprador.

4. Dispensa das formalidades previstas no n.º 3 do artigo 410.º

Vimos já que a consequência da omissão das formalidades previstas no n.º 3 do artigo 410.º é a nulidade do contrato-promessa, ainda que só invocável pelo promitente-comprador ou pelo promitente-vendedor, quando a mesma tenha sido culposamente causada pelo promitente-comprador.

O que dizer então quando as partes, por acordo, dispensam as formalidades previstas no n.º 3 do artigo 410.º? Não são raras as vezes em que, por forma a evitar deslocções a cartórios notariais ou escritórios de advogados ou solicitadores e os custos associados ao reconhecimento presencial das assinaturas, as partes inserem no contrato-promessa uma cláusula padrão em que *declaram prescindir das formalidades previstas no artigo 410.º, n.º 3*, muitas vezes *renunciando ao direito de invocar posteriormente a sua omissão*.

Ao longo dos últimos anos, os tribunais têm sido confrontados com situações em que os promitentes-compradores, não obstante terem assinado um contrato-promessa de

⁶ Como fundamento do assento formulado: “Com efeito, não está em causa o interesse geral na invalidade do negócio por carência nele das devidas formalidades, mas apenas o particular interesse do promitente-comprador, que a lei quis essencialmente proteger [...]”.

⁷ Como fundamento do assento formulado: “Ora, se a omissão de tais formalidades acarretar a nulidade do contrato a poder ser declarada oficiosamente pelo tribunal, o promitente-comprador, em vez de beneficiado, vê a sua situação mais desprotegida do que ao tempo em que vigorava a redação originária do artigo 410.º.”.
“Não estando em causa o interesse geral na invalidade do contrato-promessa por omissão das formalidades, tal omissão integra nulidade mista ou atípica, que, além de não poder ser invocada por terceiros como ali se decidiu, não é, também de conhecimento oficioso pelo tribunal, o que, de resto, se depreende do citado acórdão”.

⁸ Sobre o regime das invalidades mistas ou atípicas, cfr. CARLOS ALBERTO DE MOTA PINTO; *Teoria Geral do Direito Civil*; Coimbra Editora; Coimbra; 2012; p. 619 e 620; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES; *Teoria Geral do Direito Civil, Vol II*; Universidade Católica Editora; Lisboa; 2010; p. 494 e 495.

compra e venda onde expressamente renunciaram ao direito de invocar a nulidade do contrato com base na falta das formalidades previstas no n.º 3 do artigo 410.º, a invocam posteriormente.

Será esta cláusula válida? A jurisprudência não é unânime.

O Supremo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de 6 de maio de 2004,⁹ cujo sumário parcialmente se transcreve, decidiu que o promitente-comprador que renunciou ao direito de invocar a omissão das formalidades mediante estipulação contratual, já não o poderá fazer mais tarde,¹⁰ admitindo a validade da cláusula que dispensa as formalidades previstas no n.º 3 do artigo 410.º:

[...]

2. Quando as partes, no próprio contrato, declaram prescindir dessa formalidade e renunciar à invocação da respectiva omissão, ocorre válida renúncia tácita dos contraentes ao direito de anular o negócio, extinguindo-se, em consequência, esse direito.

Em sentido inverso, se pronunciou o Supremo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de 4 de julho de 2013,¹¹ cujo sumário, por pertinente ao esclarecimento da (in)validade da referida cláusula, parcialmente se transcreve:

[...]

III - Não obstante do contrato-promessa constar que se dispensa o reconhecimento das assinaturas, e que a nenhuma das partes outorgantes é lícito invocar qualquer nulidade, seja a que título for, designadamente daí adveniente, uma cláusula com este teor é nula por contrariar uma norma de interesse e ordem pública, que pretende defender os promitentes compradores – normalmente a parte mais fraca – contra a sua fraqueza negocial.

⁹ Processo n.º 04B1291, Relator Araújo Barros, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰ No mesmo sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 10-09-2012, Processo n.º 7883/10.4TBVNG.P1, Relator Rodrigues Pires, disponível em www.dgsi.pt: “III - Estando a nulidade decorrente da omissão das formalidades legais a que se refere o art. 410.º, n.º 3 do Cód. Civil na disponibilidade das partes, nada impede que, prevendo tal efeito jurídico, ambas as partes renunciem antecipadamente, de forma expressa ou tácita, ao direito de invocá-la. IV - Se as partes declararam prescindir do reconhecimento presencial, deverá entender-se que pretendem afastar toda e qualquer intervenção notarial na certificação dos documentos que corporizam a licença de utilização. V - Uma vez que esta licença existe, estando inclusivamente mencionada no contrato-promessa e ainda porque a sua certificação notarial é feita simultaneamente ou mesmo no próprio termo de reconhecimento de assinaturas, a partir do momento em que se prescindiu desse reconhecimento, está-se também a prescindir dessa certificação.”

¹¹ Processo n.º 176/03.5TBRSD.P1S1, Relator Pires Da Rosa, disponível em www.dgsi.pt.

No mesmo sentido já se tinha pronunciado o Supremo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de 5 de julho de 2007.¹²

Na doutrina, CALVÃO DA SILVA¹³ ensina que é “nula a cláusula pela qual o promitente-comprador renuncia antecipadamente ao direito de a invocar, para salvaguarda da ordem pública de proteção ou ordem pública social que ditou a norma legal, ou seja, para o proteger da sua própria fraqueza e inexperiência, ligeireza e inadvertência, na tomada de decisão temporã, em branco.”

Concordamos. Como já tivemos oportunidade de aflorar, as formalidades previstas no n.º 3, do artigo 410.º destinam-se a proteger a posição, por definição, mais fraca, que o promitente-comprador ocupa na relação contratual. Assim, não nos parece adequado que fique na disponibilidade das partes – mesmo que o promitente-comprador tenha entendido o alcance da cláusula – a renúncia às formalidades que a lei, tendo em conta a necessidade de proteção dos promitentes adquirentes e combate à construção clandestina, procurou acautelar.

Também, conforme resulta do n.º 3 do artigo 410.º, se é à entidade que procede ao reconhecimento presencial das assinaturas que cabe a certificação da existência da licença de utilização ou construção, a preterição da formalidade do reconhecimento presencial das assinaturas acarretará, necessariamente, a preterição da certificação da existência da licença de utilização ou construção.

Importa, no entanto, esclarecer que a nulidade, motivada pela não certificação da existência da licença de utilização ou construção, é sanável mediante prova de que a mesma já existia à data da celebração do contrato-promessa ou foi entretanto outorgada.

Nas palavras de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA,¹⁴ “Pelo que respeita, porém, ao vício da falta de certificação, no título do contrato-promessa, da licença camarária de construção ou de utilização do prédio, o preceito deve ser entendido em termos hábeis. Caso se prove, na ação de declaração de nulidade, que, não obstante a omissão da referência à licença camarária, esta existia já à data da celebração do contrato-promessa ou foi entretanto outorgada, seria um contra-senso não considerar sanado o vício do negócio, pois o único objetivo do n.º 3 do artigo 410.º, pelo menos

¹² Processo n.º 07B2027, Relator Oliveira Rocha, disponível em www.dgsi.pt: “[...] 4. O não reconhecimento notarial das assinaturas acarreta a nulidade do contrato, sendo irrelevante o facto de, previamente ao acto de assinatura do contrato, as partes, por mútuo acordo, dispensaram as referidas formalidades.”

¹³ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-Promessa*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 67.

¹⁴ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA; *Código Civil Anotado, Volume I*; Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 384.

no concernente à exigência em causa, é impedir e combater a construção clandestina”.¹⁵

Desta forma, o promitente-comprador que invoque a nulidade do contrato-promessa com fundamento na omissão da certificação da licença de utilização ou construção, poderá ver a nulidade sanada mediante prova de que a licença efetivamente existe.

Já no que diz respeito à omissão do reconhecimento presencial das assinaturas, o vício persiste e o promitente-comprador só encontrará limite à sua invocação se tal comportamento configurar abuso do direito.

5. Nulidade por falta de forma e abuso do direito

O artigo 334º, sob a epígrafe “abuso do direito”, consagra que “*é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.*”

Para efeitos do presente tema, deixemos de lado os outros tipos de atos abusivos e concentremos a nossa atenção na figura do *venire contra factum proprium*.

Nas palavras de MENEZES CORDEIRO,¹⁶ o *venire contra factum proprium* “expressa o exercício de uma posição jurídica em contradição com uma conduta antes assumida ou proclamada pelo agente. A conduta sinuosa é socialmente desprimorosa, pondo em causa a credibilidade do agente e fazendo oscilar a confiança nas relações humanas”.

Nas palavras de ANTUNES VARELA,¹⁷ há *venire contra factum proprium* nos “casos em que a pessoa pretende destruir uma relação jurídica ou um negócio, invocando por exemplo, determinada causa de nulidade, anulação, resolução ou denúncia do contrato, estabelecida no interesse do contraente, depois de fazer crer à contraparte que não lançaria mão de tal direito ou depois de ter dado causa ao facto invocado como fundamento da extinção da relação ou do contrato.”

¹⁵ No mesmo sentido, cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA; Direito das Obrigações; Almedina; Coimbra; 2019; p. 403; JOÃO CALVÃO DA SILVA, Sinal e Contrato-Promessa, Almedina, Coimbra, 2018, p. 67 e 68; Ac. STJ, de 05/06/2004, Proc. 04B1291, Relator Araújo Barros; Ac. STJ, de 10/07/2004, Proc. 04B2910, Relator Ferreira De Almeida; Ac. STJ, de 12/02/2004, Proc. 04B3822, Relator Ferreira De Almeida; Ac. STJ, de 05/07/2007, Processo nº 07B2027, Relator Oliveira Rocha, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO; *Código Civil Comentado, I, Parte Geral*; Almedina; Coimbra; 2020; p. 933.

¹⁷ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA; Das Obrigações em Geral, Vol. I; Almedina; Coimbra; 2005; p. 547.

Ilustremos com um exemplo:

A, promitente-comprador, celebra contrato-promessa de compra e venda sobre fração autónoma, com B, promitente-vendedor. A, por forma a evitar custos adicionais com o reconhecimento das assinaturas do contrato, convence B a dispensar tais requisitos formais, mais alegando que é uma pessoa de confiança. B paga sinal e vai logo habitar a casa. Chegada a data da escritura pública de compra e venda, B, que vislumbrava um negócio mais vantajoso e por forma a não perder o sinal entregue ao promitente-vendedor, invoca a nulidade do contrato com fundamento na omissão do reconhecimento das assinaturas.

Ora, vimos já que o promitente-comprador pode, a todo o tempo e independentemente de ter renunciado a tal direito, invocar a nulidade do contrato-promessa com fundamento na omissão do reconhecimento presencial das assinaturas. A questão que se coloca é a seguinte: será que o promitente-comprador, que sempre se comportou como se o contrato fosse válido e criou no promitente-vendedor a expectativa de que não invocaria a sua nulidade, e, em momento posterior sem que nada o fizesse prever a invoca, age com abuso do direito?

Ponderadas as circunstâncias do caso em concreto, é neste sentido que a jurisprudência tem vindo a decidir. Vejamos alguns exemplos:¹⁸

Ac. STJ, de 14 de novembro de 2006¹⁹: *“I - Tendo o Autor/promitente-comprador, após a celebração do contrato-promessa, feito três entregas em dinheiro à Ré/promitente-vendedora por conta do preço da fracção, a última das quais cerca de 1 ano depois de já ter sido emitido o alvará de licença de construção do edifício em que se integra tal fracção, e mandado a Ré executar obras extra e modificações na mesma, vindo, porém, 3 anos após a celebração do contra-*

¹⁸ Ac. STJ, 07/10/2004, Processo nº 04B2910, Relator Ferreira De Almeida: “V. Tendo os promitentes-alienantes agido sempre “ab-initio” como se o contrato fosse válido, assim gerando na contraparte uma justificação da confiança e investimento no pressuposto dessa validade, ao virem aqueles mais tarde invocar a nulidade por omissão das formalidades (após um injustificado cumprimento da sua parte), há que entender que feriram gravemente princípios de correcção e lealdade inseridos no conceito de boa-fé, impondo-se que o tribunal considere abusiva (na modalidade de “venire contra factum proprium”) e, como tal ilícita, a exercitação do direito de arguir a nulidade do negócio - conf. artº 334º do C. Civil.”

Ac. STJ, de 29/11/2011, Processo nº 2632/08.0TVLSB.L1, Relator Nuno Cameira: “III - Comete abuso do direito, sob a forma de venire contra factum proprium, a promitente-compradora que ao longo de vários meses, até à propositura da causa, agiu sempre como se o contrato fosse inteiramente válido, jamais dando a entender à contraparte, fosse por que modo fosse, que iria servir-se da irregularidade formal do negócio para, com base nela, obter a sua anulação.”

¹⁹ Processo nº 06A3441, Relator Salreta Pereira, disponível em www.dgsi.pt.

to-promessa, e após já ter sido notificado do dia e hora para a outorga do contrato definitivo, instaurar a presente acção pedindo que se declare a nulidade do contrato-promessa, por vício de forma, decorrente da falta de exibição da licença de habitação ou de construção e de reconhecimento presencial das assinaturas, a sua pretensão excede manifestamente os limites impostos pela boa fé (art. 334.º do CC). II - O comportamento do Autor criou na Ré a convicção justificada de que nunca iria pôr em causa o contrato pela simples falta do reconhecimento presencial das assinaturas, até porque a falta de licença de construção já se mostrava sanada, traduzindo a invocação da nulidade do contrato um venire contra factum proprium”.

Ac. STJ, de 15 de maio de 2007:²⁰ “2) É ilegítimo o exercício do direito de arguição de nulidade atípica do n.º 3 do artigo 410º do Código Civil, quando o promitente comprador criou no promitente vendedor, ao longo de três anos, a convicção de que o contrato definitivo seria outorgado, designadamente reforçando, por três vezes, o sinal passado, e só veio invocar a nulidade quando interpelado admonitoriamente para cumprir.”

Os casos em que o promitente-comprador invoca a nulidade do contrato com fundamento na omissão do reconhecimento presencial das assinaturas, após adotar comportamentos que permitem criar no promitente-vendedor a confiança de que, embora o contrato padeça de nulidade por falta de forma legalmente exigida aquele não a irá invocar, legitimam a aplicação do instituto de abuso do direito, paralisando os efeitos da nulidade invocada pelo promitente-comprador.

²⁰ Processo n.º 07A1180, Relator Sebastião Povoas, disponível em www.dgsi.pt.

Entre a Caducidade e o Despedimento

ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES *

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21/09/2017

[P. 31971/15.1T8LSB.L1.S1] ¹

Sumário: I. Tendo o trabalhador atingido os 70 anos de idade ou obtido a reforma, tais factos não possuem a virtualidade de, per se, fazerem extinguir o contrato de trabalho por caducidade. II. Com efeito, o contrato de trabalho converte-se em contrato de trabalho a termo resolutivo se o trabalhador, após a reforma ou ter completado 70 anos de idade, permanecer ao trabalho por mais 30 dias e caso as partes pretendam manter a relação laboral, por força do disposto no art. 348º do Código do Trabalho de 2009. III. Nessas circunstâncias, o contrato de trabalho convertido em contrato a termo resolutivo vigora por seis meses, sendo renovável por períodos iguais e sucessivos, nos termos da lei, sem sujeição a limites máximos, caso nenhuma das partes lhe ponha termo. IV. No caso dos autos, tendo o empregador conhecimento de que o trabalhador irá atingir os 70 anos de idade, dentro de alguns meses, e não estando interessado na continuação desse vínculo laboral, pode fazer operar a caducidade do contrato de trabalho e impedir a conversão do contrato em contrato a termo resolutivo, comunicando ao trabalhador, com antecedência, que não pretendia a manutenção desse vínculo a partir da data

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 267-283.

* Professor na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e na Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias.

¹ Dada a extensão deste importante acórdão, tivemos que optar por algo menos do que a sua publicação integral e por algo mais do que a apresentação do sumário. Fica, de qualquer modo, evidenciado o núcleo da fundamentação jurídica do aresto, sendo certo que a leitura do texto completo é acessível, como se sabe, em www.dgsi.pt.

em que o mesmo completasse 70 anos de idade. V. Em tais circunstâncias, a cessação do contrato de trabalho é lícita, não ocorrendo a conversão do contrato de trabalho em contrato a termo resolutivo, produzindo-se a caducidade do contrato de trabalho por manifestação expressa da vontade real da Ré empregadora.

1. AA intentou a presente acção declarativa de condenação, sob a forma de processo comum, contra:

C.P. – Caminhos de Ferro Portugueses, E.P.

Pedindo que o Tribunal declare ilícito o seu despedimento e condene a Ré a pagar-lhe:

(...)

Alegou, para o efeito e em síntese, que:

O Autor trabalhou sob a direcção e autoridade da Ré desde 1 de Outubro de 1971 até 28 de Novembro de 2014, data em que completou 70 anos de idade.

Porém a Ré, antes daquela data, em 30 de Junho de 2014, entregou-lhe uma carta na qual lhe comunicou que uma vez que o Autor iria completar 70 anos de idade em 28 de Novembro de 2014 e já não necessitava dos seus serviços, cessava por caducidade o vínculo laboral com o mesmo a partir do dia 29 de Novembro de 2014.

O Autor, na data em que fez 70 anos, não auferia qualquer subsídio ou complemento de reforma, sendo que apenas deu início a tal processo em 3 de Dezembro de 2014, pelo que entende que a Ré não podia operar a caducidade do seu contrato de trabalho na referida data.

Pelo que, ao actuar dessa forma, a Ré mais não fez do que proceder ao despedimento do Autor, despedimento esse ilícito por inexistência de justa causa.

Por isso, tem o Autor direito a receber todas as quantias que deixou de auferir, e que peticiona, desde a data do seu despedimento, que deve ser declarado ilícito, até ao trânsito em julgado da decisão que assim o decidir, excluídas as quantias auferidas ou previstas nas alíneas a) a c), do nº 2, do art. 390º do CT.

2. A Ré contestou argumentando que o contrato de trabalho do Autor cessou validamente por caducidade, por o Autor ter atingido os 70 anos de idade, nada lhe sendo devido uma vez que os créditos laborais lhe foram integralmente pagos.

Invocou também que, se acaso se considerar ter ocorrido uma situação de despedimento ilícito, as legais consequências sempre seriam as previstas nas regras especiais dos contratos a termo.

3. O Autor respondeu à contestação, mas aceitou expressamente que a Ré lhe pagou as quantias vertidas nos recibos juntos aos autos.

(...)

(Fundamentação de Direito)

3.3. Extrai-se, assim, da análise efectuada que o art. 348º tem subjacente uma realidade fáctica assente no conhecimento por parte da entidade empregadora da idade do trabalhador apenas em data posterior àquela em que este atingiu 70 anos de idade.

Caso em que, conforme se referiu supra, se converte o contrato celebrado anteriormente – no final do trigésimo dia subsequente à data em que o trabalhador completou os 70 anos – em contrato de trabalho a termo resolutivo, por força do preceituado no nº 1, do art. 348º.

Com a conversão consagrada na lei nesses termos procurou-se pôr fim às dúvidas existentes e que assentavam numa corrente expositiva que considerava que com a passagem à reforma ocorria o termo do contrato, erigindo-a como uma manifestação da impossibilidade definitiva do trabalhador para as funções que desempenhava.

Orientação vertida pela preocupação de libertar postos de trabalho a partir da reforma do trabalhador e o objectivo de combater a crise de desemprego.

Estando igualmente associada a outras razões de natureza jurídica, v.g., o de não discriminação no acesso ao emprego, frequentemente aduzida para justificar a criação deste regime de prolongamento da idade activa profissional do trabalhador após atingir a reforma e os 70 anos de idade.

A este propósito, referindo-se às razões de política de emprego e de protecção social aprovadas pelo Conselho Europeu, pode ler-se em Maria do Rosário Palma Ramalho que a conversão automática do contrato do trabalhador em contrato a termo, é também “justificada como um meio de promover o rejuvenescimento inter-geracional da força de trabalho e como acção positiva de promoção da empregabilidade dos jovens. Nesta óptica, este tipo de medidas tem sido admitida como um caso de tratamento diferenciado justificado por políticas de emprego, ao abrigo do art. 6º da Directiva nº 2000/78/CE, de 27 de Novembro de 2000”.

Directiva esta que, como é sabido, em consonância com a Carta Comunitária dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores teve como objectivo fulcral, no que se refere ao emprego e à actividade profissional, eliminar todas as formas de discriminação e de desigualdade, nomeadamente a necessidade de adoptar medidas adequadas em prol da integração social e económica das pessoas idosas, quer através do favorecimento da sua inserção profissional, quer garantindo a protecção dos trabalhadores mais velhos com experiência profissional ou antiguidade no emprego.

Só que, salientamos nós, não se pode associar à reforma do trabalhador ou ao marco temporal dos seus 70 anos de idade como constituindo ambos, ou cada um de per se, o pressuposto que, uma vez verificado, gera de imediato uma incapacidade definitiva e automática para o trabalho.

Aliás, nem faria sentido conceber que num dia, o trabalhador possuía todas as condições para o exercício da sua função, porém no dia imediato e porque perfez os 70 anos de idade, essas condições já não existiam.

Daí que o legislador tivesse consagrado o citado regime jurídico de conversão do contrato de trabalho em contrato a termo resolutivo, criando um período transitório em que o trabalhador pode continuar no activo, período esse que se vai renovando, ou não, em função da vontade expressa por qualquer das partes.

Quiçá como forma de habituação do trabalhador a essa ideia futura de completa inactividade laboral e criação, paulatinamente, da percepção do término do seu contrato de trabalho em face da sua reforma ou limite de idade.

3.4. Em conclusão, pode dizer-se que o art. 348º do Código do Trabalho de 2009 depende, na sua aplicação, da verificação cumulativa dos seguintes pressupostos factuais:

- Que o trabalhador tenha completado 70 anos de idade;
- Que permaneça ao serviço decorridos 30 dias sobre o conhecimento, por ambas as partes, de tal facto;
- Que tenha requerido a reforma (e mesmo que não o tenha feito, é-lhe aplicável igual regime, por força do preceituado no nº 3, do art. 348º);
- Que a vontade de ambas as partes seja coincidente no sentido de manter o contrato de trabalho em vigor.

Isto porque pode bem acontecer que o trabalhador não esteja interessado em continuar a exercer a sua profissão depois de obter a reforma ou de completar os 70 anos de idade.

Tal como não poderá deixar de se equacionar a situação contrária, em que essa manifestação de vontade parta, já não do trabalhador, mas sim da entidade empregadora por não estar ela própria também interessada em que aquele continue ao seu serviço depois de atingir esse status ou idade.

Aqui chegados é fácil perceber que não se antolham obstáculos para a solução que se perfilha.

4. O caso concreto:

4.1. Efectivamente, no caso *sub judice*, a situação fáctica não nos impele para o art. 348º do Código do Trabalho de 2009, ao contrário do decidido pelo Tribunal da Relação, porquanto diverge, factual e juridicamente, dos pressupostos contemplados na citada norma nos termos por nós supra analisados.

Com efeito, nem o trabalhador/Autor permaneceu ao serviço decorridos 30 dias sobre o conhecimento, por ambas as partes, de que atingira a idade dos 70 anos, nem requereu a reforma nessa data, nem anteriormente – tendo-se provado que só o fez tempos depois, em 03/Dezembro/2014, quando se sabe que completara os 70 anos de idade em 28/Novembro/2014 – nem a vontade de ambas as partes convergiu em igual sentido: o de que o Autor continuasse ao serviço da Ré.

Tendo a Ré feito saber ao Autor, com a devida antecedência, que não pretendia manter o vínculo contratual laboral após este perfazer os 70 anos de idade, através de carta datada de 30/Junho/2014, e com a indicação de que os efeitos se produziriam depois dos referidos 70 anos, ou seja, a partir do dia seguinte, em 29/Novembro/2014.

O que se tornou possível porquanto, sendo o Autor seu trabalhador há longos anos (desde 1971), tinha a Ré perfeito conhecimento da data em que aquele atingiria os 70 anos de idade.

Tudo isto para dizer que, *in casu*, para que o contrato de trabalho do Autor se convertesse em contrato a termo de seis meses, necessário seria que tivesse continuado a exercer a sua actividade laboral ao serviço da sua empregadora depois de completar os 70 anos de idade, e que esta, por sua vez, soubesse desse facto e mesmo assim consentisse na prestação, para além dos 30 dias desse conhecimento, estatuídos no art. 348º, nº 1, do CT/2009.

O que, como se demonstrou e resultou provado, não aconteceu.

4.2. Acresce que, não pode deixar de se extraírem as respectivas consequências jurídicas da manifestação de vontade, expressa livre e voluntariamente e com um sentido inequívoco, por parte da entidade empregadora de que não pretendia manter o Autor ao seu serviço.

Extinguindo, por essa via, a vigência do referido contrato em virtude da superveniência de um facto com força bastante para produzir a tal declaração de não renovação do contrato.

Trata-se, sem dúvida, da expressão legítima da manifestação de vontade de uma das partes e, como tal, soberana, no contexto da relação contratual de trabalho existente, dando a conhecer à parte contrária que não estava interessado no prolongamento desse vínculo.

Tanto mais que, de acordo com o disposto no art. 236º do CC, a declaração vale de harmonia com a vontade real do declarante e com o sentido que um declaratório normal – medianamente atento e diligente – colocado na situação do declaratório real, possa deduzir do comportamento do declarante.

Sendo que a «normalidade do declaratório, que a lei toma como padrão, exprime-se não só na capacidade para entender o texto ou conteúdo da declaração, mas também na diligência para recolher todos os elementos que, coadjuvando a declaração, auxiliem a descoberta da vontade real do declarante».

É a chamada teoria da impressão do destinatário que, pelo seu carácter eminentemente objectivista, se entende ser aquela que dá «tutela plena à legítima confiança da pessoa em face de quem é emitida a declaração».

Destarte, não estando em causa a interpretação da declaração negocial da Ré, porquanto a mesma é clara e legal, não se vislumbram obstáculos para que, no referido contexto, possa ter lugar.

Aliás, no quadro de uma economia de mercado, é legítimo que o empregador, nestas circunstâncias de reforma ou limite de idade do trabalhador, pretenda aproveitar a oportunidade para, no âmbito da gestão da sua organização empresarial, eliminar postos de trabalho, reduzir custos ou renovar a empresa através da contratação de pessoal mais jovem, ainda que dotado de menor experiência profissional.

Ponto é que o faça com observância das regras legais consagradas nesta matéria.

4.3. Assim sendo, e porque no âmbito dos presentes autos está provado que a entidade empregadora Ré comunicou ao Autor, seu trabalhador, que não pretendia manter o contrato de trabalho celebrado com o Autor para além dos 70 anos de idade, não se pode operar a conversão do contrato de trabalho para um contrato a termo resolutivo, uma vez que esta depende dos pressupostos consagrados no art. 348º do Código do Trabalho de 2009, que, aqui, não se verificam.

E essa manifestação de vontade, porque válida no quadro factual e jurídico definido, produz efeitos jurídicos: o efeito extintivo do contrato de trabalho pela reforma/idade de 70 anos, ou seja, a caducidade do contrato de trabalho.

Por conseguinte, conclui-se que a Ré, com a expressão dessa vontade manifestada com antecedência, impediu a conversão legal do contrato de trabalho em contrato a termo fazendo operar a caducidade da relação laboral.

5. Nestes termos, não se vislumbra base legal para a pretensão do Autor no sentido de se considerar que a Ré o despediu, despedimento que intitula de ilícito por inexistência de justa causa.

Tanto mais que o despedimento, enquanto decisão unilateral do empregador, assenta em factos ocorridos durante a execução do contrato, imputáveis ao trabalhador, visando pôr fim ao contrato de trabalho, fundada no incumprimento de deveres legais ou obrigacionais por parte do trabalhador e derivados de um comportamento culposo deste.

Ou seja: pressupõe um acto ilícito e censurável praticado pelo trabalhador que torne, no dizer da lei, «imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho» – cf. nº 1, do art. 351º, do Código do Trabalho.

Ora, no caso *sub judice*, a atitude da Ré empregadora no contexto da relação contratual existente, e nos termos supra assinalados, em que manifesta com a respectiva antecedência a vontade de não renovar o contrato a partir do dia em que o trabalhador completar os 70 anos de idade, não equivale a um despedimento, não só por falta do respectivo suporte fáctico inerente ao comportamento do trabalhador, como também pela inexistência dos requisitos legais plasmados nos arts. 351º e segts. do Código do Trabalho de 2009.

Por conseguinte, prejudicadas se mostram as restantes questões suscitadas relativamente a tal matéria.

Anotação

1. O regime jurídico da caducidade do contrato de trabalho, contido nos arts. 343º a 348º do Código do Trabalho, oculta uma deficiência congénita que está ligada ao papel da vontade de um ou de ambos os contraentes no desencadeamento do efeito extintivo nessa modalidade da cessação do contrato.

Com efeito, se forem deixados de lado, pela sua peculiaridade, os casos de morte do trabalhador e de morte do empregador individual sem sucessores, e ainda – conceda-se – o de incapacidade do trabalhador para qualquer trabalho, fundamento do direito a pensão por invalidez, todas as restantes hipóteses contempladas no art. 343º envolvem, de diferentes maneiras e com diversos graus de influência, manifestações vontade sem as quais a cessação do contrato não se produziria.

Entretanto, a caducidade é geralmente identificada – pretendendo-se com isso distingui-la da cessação do contrato determinada por declaração extintiva de qualquer das partes – como consequência de certas situações de facto, não determinadas pela vontade de qualquer das partes ou independentes dessa vontade. No fundo, trata-se de caracterizar uma via de extinção da relação de trabalho que não seja imputável a algum dos contraentes – de outra forma estar-se-ia nos domínios do despedimento e da resolução ou denúncia pelo trabalhador, mecanismos dotados de regimes próprios assentes no reconhecimento de graus diferentes de liberdade contratual negativa.

2. No entanto, esse fundamental desígnio político-jurídico – garantir a insusceptibilidade de imputação a qualquer das partes – depara com dificuldades de articulação com situações em que, não sendo a cessação do contrato mero efeito de uma declaração negocial, a vontade de alguma das partes desempenha um papel decisivo da produção do resultado extintivo. Isso ocorre, como se disse, em quase todas as situações enquadráveis no elenco do art. 343º do Código do Trabalho.

A salvaguarda da ideia de “automatismo” da caducidade – uma ideia que quer arrastar consigo a de inevitabilidade – tem sido apoiada na consideração de que as manifestações de vontade integradoras de várias hipóteses legais tidas por causas de caducidade não assumem o carácter de declarações negociais, mas de meras “declarações de ciência” quanto à inviabilidade ou inutilidade superveniente da relação de trabalho, ou destinadas a “exteriorizar o apuramento da situação conducente à caducidade”, visando, assim, apenas “atestar ou comprovar uma situação de facto”.²

É inegável que essas declarações ou manifestações constituem peças da estrutura das hipóteses legais a que se liga, “causalmente”, a caducidade do contrato de trabalho. Neste sentido, dir-se-á, a vontade de uma ou ambas as partes apresenta-se como condição da concretização de um juízo do legislador, no sentido de que o vínculo deve cessar por inviabilidade ou inutilidade.

3. No entanto, melhor vistas as coisas, esse elemento volitivo parece merecer, pelo menos em algumas das hipóteses típicas configuradas pela lei, um “estatuto” mais elevado do que o de mera condição da realização dos pressupostos de uma cessação contratual *ope legis*. Na verdade, essa função é incompatível com a possibilidade de as referidas manifestações ou declarações resultarem de escolhas livres, de opções

² BERNARDO XAVIER, *A extinção do contrato de trabalho*, Revista de Direito e Estudos Sociais, ano XXXI, 1989, n.ºs 3-4, pág. 415.

ditadas pelo interesse ou, simplesmente, pela preferência do declarante. Uma coisa é a manifestação de uma constatação de facto – facto que poderia ser ignorado, sem tal evidenciação, pela contraparte, nomeadamente o trabalhador –, outra é a manifestação de uma opção, de uma decisão do declarante, de entre várias possibilidades admitidas pela situação concreta.

4. Ora é este caso o que se verifica, desde logo, no regime da cessação do contrato de trabalho a termo resolutivo, que, como estabelece o art. 344º/1 do CT, só se extingue “desde que o empregador ou o trabalhador comunique à outra parte a vontade de o fazer cessar, por escrito, respectivamente, 15 ou oito dias antes de o prazo expirar” (sublinhado nosso). O contrato não termina simplesmente quando se esgota a duração convencionada: é necessário que uma das partes declare não querer que ele se mantenha a vigorar. Esta declaração é a exteriorização de uma vontade extintiva – não traduz uma simples “informação” sobre algo que a outra parte desconhece, e que envolva uma causa objectiva de cessação do contrato por força da lei. Alguma razão têm os trabalhadores afectados por este regime para se considerarem “despedidos”. A cessação do vínculo resulta da conjugação de uma estipulação inicial – a cláusula de termo resolutivo – e uma declaração de vontade de uma das partes, que é a causa imediata dessa cessação.

A diferença entre essas situações e as de despedimento individual não é muito marcante. Em qualquer das modalidades legalmente admitidas, exige-se que a declaração negocial extintiva do empregador se articule com uma (comprovável) situação de facto, dotada de um potencial extintivo (uma situação que possa ser qualificada como “justa causa”, por se ajustar àquilo que, na perspectiva do legislador, deixa de apoiar a preferência pela manutenção do vínculo).

5. Algo de semelhante ocorre com as restantes “causas de caducidade” especialmente previstas na lei – com excepções, já assinaladas, da morte do trabalhador ou do empregador em nome individual, quando este não tenha sucessores, e, ainda, da invalidez do primeiro.

Começemos pela caducidade por impossibilidade definitiva. Sob a cobertura da noção de “impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, de o trabalhador prestar o seu trabalho ou de o empregador o receber”, abrigam-se situações de natureza muito diversa. Da jurisprudência das últimas décadas extraem-se exemplos gritantes da multiplicidade de critérios utilizados para se atingir essa “impossibilidade” justificativa da caducidade dos contratos de trabalho.

Vejamos alguns: a não aceitação de funções alternativas por trabalhador vítima de acidente de trabalho;³ a inexistência de posto de trabalho viável para trabalhador incapacitado por doença profissional para a prestação contratada;⁴ a recusa de novas funções por trabalhador vítima de doença profissional, por incumprimento da exigência de garantias formais da inexistência de riscos;⁵ a não transformação da entidade empregadora em “empresa de trabalho portuário”, impedindo-a de receber trabalho desse tipo;⁶ a destruição do edifício e de todo o recheio do estabelecimento que o empregador explorava;⁷ a não renovação do alvará de exploração da actividade de radiofónica;⁸ falta de inscrição do trabalhador na recém-criada Ordem dos Enfermeiros;⁹ falta de habilitação própria para o ensino, depois de extintas autorizações provisórias;¹⁰ a abolição, determinada pelo Ministério da Educação, de um curso ministrado num estabelecimento de ensino particular;¹¹ a extinção de entidade reguladora (substituída por outra);¹² e, enfim, a controversa situação do cozinheiro portador do vírus HIV.¹³

6. Assim, nuns casos, a “impossibilidade” surge ligada a factores externos à relação de trabalho – a exigência legal de requisitos novos para o exercício de actividade, quer por parte das entidades empregadoras, quer pelos trabalhadores; a ocorrência de um *factum principis*, como a retirada de um alvará ou a eliminação de um curso -- , noutros resulta de obstáculos materiais, como a destruição física do estabelecimento; noutros, ainda, decorre directamente de manifestações de vontade, como é o caso da recusa de funções alternativas por trabalhadores vítimas de acidente de trabalho ou doença profissional. Faltaria acrescentar situações legalmente previstas, como o encerramento definitivo do estabelecimento ou da empresa, gerador da “impossibilidade” de o empregador receber o trabalho do seu pessoal.

³ STJ 10/03/2001 – P. 01S1691 (MANUEL PEREIRA).

⁴ STJ 12/11/2009 – P. 313/09.3YFLSB (VASQUES DINIS).

⁵ STJ 01/07/2009 – P. 703/05.3TTVFR.S1 (BRAVO SERRA).

⁶ STJ 23/02/2000 – P. 99S316 (DINIZ NUNES).

⁷ STJ 26/11/2003 – P. 03S841 (VITOR MESQUITA).

⁸ STJ 05/04/2006 – P. 05S4144 (PINTO HESPAHOL).

⁹ STJ 19/12/2007 – 07S3389 (SOUSA PEIXOTO).

¹⁰ STJ 12/03/2008 – P. 07S740 (MÁRIO PEREIRA) e STJ 25/03/2009b – 08S2592 (BRAVO SERRA).

¹¹ STJ 26/11/2003 – P. 03S2559 (FERREIRA NETO).

¹² STJ 18/01/2012 – P. 4679/07.4TTLSB.L1.S1 (GONÇALVES ROCHA).

¹³ STJ 24/09/2008 – P. 07S3793 (MÁRIO PEREIRA). Na verdade, o trabalhador esteve doente, com tuberculose associada ao vírus, e, após a alta, o médico assistente declarou formalmente que ele se encontrava apto para o seu trabalho; o médico do trabalho manifestou opinião diferente, e foi esta que prevaleceu em juízo.

Há, pois, impossibilidades e impossibilidades.

Várias das situações acima enumeradas só por uma trajectória parabólica de raciocínio podem ser qualificadas como casos autênticos de impossibilidade “absoluta e definitiva”. A inexistência de posto de trabalho susceptível de ser oferecido a uma vítima de doença profissional engloba margens de escolha mais ou menos amplas e notórias para o empregador; a recusa de garantias quanto aos riscos que o novo posto de trabalho envolve para o trabalhador, como fundamento da rejeição por parte deste, pode constituir uma opção de conveniência do empregador; a destruição das instalações da empresa oferece ao proprietário a escolha entre a reconstrução e a retoma de actividade ou a cessação definitiva (opção claramente pressuposta pelo art. 309º/1 do CT); a não transformação da entidade empregadora em “empresa de trabalho portuário” decorre de uma decisão dela própria; a cessação do contrato com o cozinheiro portador do vírus HIV é, clarissimamente, resultado directo de uma decisão do empregador, fundada num juízo de conveniência cujo acerto não está aqui em discussão, mas que correspondeu a apenas uma das linhas de opinião possíveis e ventiladas a esse propósito.

Enfim, em todas as situações em que a “impossibilidade de receber o trabalho” deriva do desaparecimento do empregador – seja por morte do empregador individual, havendo sucessores, ou por extinção da pessoa colectiva empregadora – e do consequente encerramento da empresa ou estabelecimento, o gatilho factual da “caducidade” incorpora, centralmente, decisões de não prosseguimento das relações de trabalho -- verdadeiras decisões extintivas, em suma.

7. A jurisprudência do Tribunal de Justiça europeu posicionou-se, a este respeito, de modo bastante radical. Chamado a pronunciar-se sobre a conformidade do ordenamento português com a Directiva 98/59/CE, de 20 de julho de 1998, o Tribunal assumiu posição claramente negativa, desde logo, a propósito da definição de despedimento colectivo. O nevoeiro que envolve várias situações consideradas pela nossa lei como causas de caducidade – em especial, as que se relacionam com vicissitudes da empresa ou estabelecimento --, sob o ponto de vista da sua voluntariedade ou não, foi superado, em acórdão de 2004, pela afirmação arrojada de que, na mencionada Directiva, a referência ao despedimento colectivo “deve ser interpretada como incluindo qualquer cessação do contrato de trabalho não desejada pelo trabalhador e, portanto, sem o seu consentimento”. E acrescentou-se, para total precisão: “Não é necessário que os motivos subjacentes reflitam a vontade do empregador”.¹⁴

¹⁴ TJUE 12/10/2004, caso C-55/02 (*Comissão v. Portugal*), ponto 50.

Como se disse, a circunstância de (pelo menos) algumas das situações compreendidas na lista de causas de caducidade do contrato de trabalho incluírem, na sua estruturação, elementos volitivos mais ou menos notórios e decisivos, terá, decerto, influenciado esse rasgo aventuroso do Tribunal do Luxemburgo. De qualquer modo, na apreciação de casos posteriores, essa linha jurisprudencial foi-se refinando com a exclusão de situações como a de encerramento da empresa por morte do empregador individual, e outras em que careceria de sentido ficcionar uma vontade patronal no sentido da cessação de contratos de trabalho.¹⁵

8. De resto, também a impossibilidade de o trabalhador prestar “o seu trabalho” – expressão esta entendida como equivalente à “actividade contratada” a que se refere o art. 118º/2 do CT –, quando não decorrente da sua morte ou incapacidade total e definitiva, supõe, ou pode supor, um acto de vontade, uma decisão do empregador. Não se tratando de incapacidade resultante de acidente de trabalho ou de doença profissional (casos contemplados no art. 155º da L. 98/2009, de 04/09), o empregador não tem o dever de procurar a reintegração profissional do trabalhador, através da atribuição de um posto de trabalho compatível com a sua condição. Mas a situação abre-lhe um campo de livre escolha -- no sentido de diligenciar, ou não, em favor da manutenção do trabalhador ao seu serviço, tendo em conta a capacidade de trabalho restante –, em que são tomadas decisões, nomeadamente a de tirar partido extintivo da impossibilidade verificada. A lei, quanto a essas situações, considera justificada a opção do empregador pela cessação do vínculo.

Por outras palavras: deixadas de lado as situações extremas, em que não fica a sobrar uma capacidade de trabalho residual mínima, a “caducidade” actua, em regra, através de uma decisão, de uma manifestação de vontade extintiva do empregador – de um verdadeiro despedimento, que se oculta por detrás de um mecanismo supostamente impessoal e não voluntário, que é a caducidade.

9. Resta ponderar a causa de caducidade a que se reporta o acórdão parcialmente transcrito.

Diz a lei que “o contrato de trabalho caduca...com a reforma do trabalhador, por velhice ou invalidez” (art. 343º/c)). No entanto, o art. 348º/1 regula a situação em que “o trabalhador permaneça ao serviço decorridos 30 dias sobre o conhecimento, por ambas as partes, da sua reforma por velhice”. É, pois, muito claro que o contrato não caduca por mero efeito da reforma por velhice – nem, muito menos, por efeito do preenchimento, por parte do trabalhador, das condições legais para o acesso ao

¹⁵ Veja-se, nomeadamente, TJUE 10/12/2009, caso C-323/08 (*Rodriguez Mayor*).

direito à pensão de reforma. A “caducidade” só opera, no momento da passagem do trabalhador à reforma, se um ou ambos os contraentes assim o declararem – possibilidade que se mantém nos trinta dias seguintes.

Assim, a cessação do contrato não ocorre, manifestamente, *ope legis*, com qualquer grau de automatismo, nem por nenhuma forma alheia à vontade dos sujeitos – ao contrário do que geralmente se admite na jurisprudência.¹⁶ O acórdão que comentamos afirma-o com todo o desassombro: “Tendo o trabalhador atingido os 70 anos de idade ou obtido a reforma, tais factos não possuem a virtualidade de, *per se*, fazerem extinguir o contrato de trabalho por caducidade”.

A cessação do contrato acontece como efeito de uma declaração unilateral, ou de uma convergência de vontades (expressa em acordo ou manifestada pela mera cessação de actividades), a que só por ficção se pode reconhecer a natureza de meras declarações de ciência ou de simples constatação de uma situação objectiva.

10. O que, na realidade, se reconhece no regime legal é a atribuição de virtualidade justificativa da ruptura do contrato à reforma por velhice do trabalhador. Essa ruptura só ocorrerá se interessar a uma ou ambas as partes; sendo unilateral, ficará legitimada pelo facto de o trabalhador ter obtido o acesso à pensão por velhice. Por outras palavras: razões de política de emprego levam o legislador a considerar, em tais hipóteses, justificada a iniciativa rescisória de uma das partes, em regra o empregador. É uma nova e peculiar corporização da ideia de “justa causa” de resolução do contrato que assim emerge da massa inconsistente do regime da “caducidade”.

Trata-se, porém, do acolhimento de um juízo legitimador que não segue o critério geralmente aceite como sendo o da justa causa de despedimento, pelo empregador, e de resolução do contrato, pelo trabalhador – o critério da “impossibilidade prática”, no sentido de “inexigibilidade”, do prosseguimento da relação de trabalho. Ou, encarando as coisas de outro posto de observação, observa-se o mesmo critério (de inexigibilidade), mas não já em consideração da (ausência de) margem de viabilidade da relação de trabalho, e sim em função da (in)atendibilidade da exigência de segurança do emprego – que, manifestamente, decai quando o trabalhador, com a reforma, passa a beneficiar de um rendimento substitutivo do salário.

Esta *nuance* explica, porventura, o facto de o legislador – sempre atento à linha vermelha traçada no art. 53º da Constituição -- ter preferido, numa opção muito

¹⁶ Veja-se, por exemplo (entre muitos), STJ 15/09/2010 – P. 1977/06.8TTLSB.L1. S1 (SOUZA GRANDÃO).

críticável, buscar no quadro das causas de caducidade, e não no das “justas causas” de resolução, abrigo para a hipótese de reforma por velhice.

11. Completada esta ligeira digressão pelas causas de caducidade enumeradas no art. 343º do CT, é tempo de volver o olhar sobre o caso tratado no acórdão parcialmente transcrito.

A primeira observação que ele suscita é a de que não se tratava de um caso de reforma, mas sim, justamente, de um caso em que, não obstante o preenchimento da condição de idade para a reforma por velhice, o trabalhador a não requerera. O *thema decidendum* concentrava-se na legalidade da decisão da entidade empregadora de anunciar ao trabalhador, algum tempo antes de este atingir 70 anos, que o contrato caducaria na data em que essa idade fosse completada.

E o Supremo, como se viu, considerou lícita essa conduta do empregador, assumindo, claramente, que o completamento da idade de 70 anos merece, por parte da lei, em tudo e por tudo, e nomeadamente sob o ponto de vista da continuidade, ou não, da relação de trabalho, tratamento igual ao da obtenção da reforma por velhice.

Embora reconhecendo que esse tratamento não envolve, em qualquer dos casos, a automática cessação do contrato de trabalho, o acórdão encarou a idade de 70 anos como uma espécie de “limite de idade”, “equiparando-a” à obtenção da reforma. Por isso, conferiu eficácia extintiva, como manifestação de vontade viabilizante da cessação do contrato, à comunicação antecipada do empregador no sentido de que não estaria interessado na continuidade do vínculo para além do momento em que o trabalhador completasse essa idade. O acórdão não podia ser mais claro a esse respeito: “E essa manifestação de vontade, porque válida no quadro factual e jurídico definido, produz efeitos jurídicos: o efeito extintivo do contrato de trabalho pela reforma/idade de 70 anos, ou seja, a caducidade do contrato de trabalho” (sublinhados nossos). Notar-se-á, em particular, a referência à “reforma/idade de 70 anos”...

12. A convicção da mais alta instância judicial fundou-se, seguramente, no teor do nº 3 do art. 348º, que alarga à idade de 70 anos a aplicação do regime estabelecido nos “números anteriores” para o caso de trabalhador reformado por velhice. Na verdade, o que, *prima facie*, resulta dessa remissão é que, nomeadamente, se aplica aos trabalhadores não reformados, com 70 anos de idade, a condição de prosseguimento da relação de trabalho por mais de 30 dias para que a conversão em contrato a termo de opere. E daí se deduziu, no raciocínio subjacente ao acórdão, que essa “prorrogação”, legitimadora da conversão do vínculo em contrato a termo, só se entende se o contrato, em perfeito paralelismo com o caso de reforma, puder cessar “automaticamente” em função daquela idade, mediante comunicação de qualquer das partes.

13. Ora permitimo-nos, com a vénia devida, assinalar que nada na lei – a começar pelo art. 343º do CT -- autoriza essa equiparação. Não há, no regime jurídico das relações de trabalho privadas, nada de semelhante a um “limite de idade” – ainda que meramente habilitante de decisões extintivas das partes --, nem uma abordagem coincidente da hipótese de 70 anos e da obtenção da reforma.

Como possível causa de cessação do contrato de trabalho (não enquadrável nos “termos gerais” a que alude o art. 343º), o completamento dessa idade teria que ser positivamente identificado pela lei como tal.

Ora o mais longe que o legislador do trabalho se permitiu ir foi a consagração de um sistema de conversão do contrato em vínculo a termo certo de seis meses, igual ao que opera nas situações de continuidade da relação de trabalho para além da reforma.

Mas essa identidade de instrumentos não significa equiparação de situações na sua origem. Existe, na verdade, uma diferença fundamental: se o empregador sabe que o trabalhador vai aceder à reforma por velhice, tem a faculdade de lhe comunicar que não estará interessado no prosseguimento da relação de trabalho para além do momento em que esse acesso ocorra – e, com isso, desencadear o efeito extintivo resultante do art. 343º do CT. Essa faculdade não existe nas vésperas da data em que o trabalhador complete 70 anos; tudo quanto a lei quer é que, nessa data, a relação de trabalho se precarize, de modo a induzir o trabalhador a pedir a reforma ou, em alternativa, a colocar o destino do vínculo nas mãos do empregador.

E a diferença de regimes entende-se sem grande dificuldade. Ao aceder à reforma, o trabalhador adquire o direito a uma prestação pecuniária cuja função é, justamente, a de substituir rendimentos do trabalho. A decisão do empregador de fazer cessar o contrato não o deixa economicamente desapoiado. Ao atingir os 70 anos, sem ter obtido tal benefício, o trabalhador ficaria, no imediato, em situação de privação, embora, naturalmente, com a possibilidade de (sob directa coacção) encontrar solução no pedido de reforma. A diferença não é abissal, mas existe.

14. Entendemos, pelas razões indicadas, que o nº 3 do art. 348º carece de interpretação ajustada à diferença das situações contempladas nesse artigo. A aplicação dos “números anteriores” à situação dos trabalhadores que atingem os 70 anos sem terem obtido o direito à pensão por velhice tem que entender-se à luz de uma constatação proporcionada pelo próprio texto da lei: a reforma por velhice é (artificialmente, mas expressamente) declarada como possível causa de caducidade do contrato de trabalho – e essa qualificação falta de todo no que respeita à idade de 70 anos.

Assim, a interpretação que se nos afigura harmónica com a arquitectura do regime legal, neste ponto, é a de que a remissão constante do n.º 3 do art. 348.º se faz, não simplesmente para o caso do trabalhador que obteve a reforma, mas para o do trabalhador que, conforme a hipótese do n.º 1 do mesmo artigo, tendo obtido a reforma, se manteve ao serviço por mais 30 dias. Assim, as hipóteses correlacionadas pelo referido n.º 3 são as seguintes: de um lado, a do trabalhador que atinge 70 anos sem ter pedido a reforma; do outro, a do trabalhador que, tendo obtido a reforma, permaneceu ao serviço por mais trinta dias.

Deste modo, o regime decorrente da remissão é, unicamente, o da conversão em contrato a termo de seis meses – a qual, no primeiro caso, se aplica imediatamente no momento em que a idade de 70 anos é atingida.

15. Somos, em suma, de opinião que o litígio decidido pelo acórdão que se comenta teria tido solução mais conforme ao que supomos ser a interpretação correcta da lei se a pretensão deduzida pelo Autor tivesse merecido acolhimento. Na verdade, o reconhecimento de que a idade de 70 anos não corporiza, em si mesma, uma causa de caducidade levaria a considerar juridicamente infundada a conduta do empregador, enquanto mero “pré-aviso” da cessação do contrato naquela modalidade – e, por consequência, a requalificá-la como verdadeiro despedimento, naturalmente ilícito por falta de justa causa.

16. Esclareça-se, todavia, que o fundamental motivo de interesse que encontrámos neste acórdão, e que nos empurrou a comentá-lo, não foi o carácter discutível da decisão encontrada para o litígio, mas a evidência com que nele se entrelaçavam as lógicas da “caducidade” e do despedimento, ou, por outras palavras, da “morte natural” e da “morte provocada” do contrato de trabalho.

O que se discutiu no acórdão, aliás com toda a pertinência, foi se o empregador estava ou não estava no seu direito ao declarar a extinção do vínculo mediante a invocação de certo motivo (supostamente) considerado pela lei como causa de caducidade.

Tal declaração só poderia considerar-se expressiva de uma constatação de facto (de um facto extintivo) se acaso o declarante não estivesse, como estava, em condições de neutralizar, por decisão própria, o efeito extintivo desse facto – deixando prosseguir a relação de trabalho, sem qualquer óbice legal. A cessação do contrato constituiria, assim, iniludivelmente, efeito jurídico da livre escolha (da decisão) do empregador, e não da produção de um facto que seria, afinal, juridicamente neutro (enquanto facto extintivo) sem a mediação dessa decisão.

Por outras palavras, e terminando: o regime da “caducidade” do contrato de trabalho com fundamento na reforma do trabalhador por velhice, tal como o da mesma modalidade de cessação do contrato por algumas das restantes causas elencadas no art. 343º do CT, oculta, na verdade, hipóteses atípicas de verdadeiro despedimento – atípicas porque no seu regime se não reproduz o quadro de exigências de que a lei rodeia as várias formas de despedimento por ela reguladas enquanto tais –, a propósito das quais permanecem latentes dúvidas legítimas de constitucionalidade.

A Sociedade por Quotas, perante o Decreto-Lei 33/2011, de 7 de Março¹

ANTÓNIO AMADO *

Sumário: I- Resumo original da Tese. II - Introdução- O Propósito. III- Breve Resumo Sistemático da tese. - A Metodologia. A) - Definições e Funções do Capital Social. B) - Das Funções do Capital Social em particular. IV – Breve Resenha Conclusiva da Tese. – Conclusões V – Sentido das Soluções Propostas. VI- Desafio.

I. Resumo original da Tese

LA INOPORTUNIDAD E INEFICACIA JURÍDICA DE LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SOCIEDAD POR QUOTAS PORTUGUESA MEDIANTE EL D.L. 33/2011, DE 7 DE MARZO.

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 285-304.

* Doutor em Direito; Professor Auxiliar do ISMAT.

¹ O presente trabalho visa dar a conhecer de forma sucinta, mas clara e perceptível em toda a sua essência, um pequeno excerto redimensionado para o efeito, da tese de doutoramento subordinada ao título *LA INOPORTUNIDAD E INEFICACIA JURÍDICA DE LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SOCIEDAD POR QUOTAS PORTUGUESA MEDIANTE EL D.L. 33/2011, DE 7 DE MARZO*, em Direito Comercial, defendida na UEX, em Badajoz, em 25 de outubro de 2019, a que foi atribuída a classificação final de SOBRESALIENTE, com a menção honrosa de *CUME LAUDE*, e proposta para Prémio Anual de Investigação da UEX, do ano de 2019. N.º de Registo Nac. de Títulos 2019/329600; Registo Univ. de Títulos 201904465; N.º Exp. Univ. 62973BA.

O capital social constitui um elemento essencial do direito societário, cuja definição tem gerado alguma controvérsia na nossa doutrina, sendo, inclusivamente, considerado por alguns autores uma “figura misteriosa que exige esforço para a captação da sua natureza”. O principal objetivo desta tese é, questionando tudo e aceitando todos os pontos de vista opostos, mas quanto a nós, e até prova em contrário, suscetíveis de refutação, demonstrar que a alteração legislativa realizada pelo Decreto-Lei n.º. 33/2011, publicado em 7 de março de 2011, que alterou o Código das Sociedades Comerciais portuguesas, adotando medidas para simplificar o processo de constituição de sociedades limitadas, é inócuo e não tem base legal, pondo em causa a aplicabilidade e eficácia dos institutos legais de natureza civil e fiscal que, se essa mudança não tivesse ocorrido no nosso sistema legal, não apenas salvaguardaria os interesses de outros, mas também os interesses pessoais dos próprios comerciantes. A utilização da desconsideração da personalidade jurídica das pessoas jurídicas coletivas, bem como do instituto jurídico da reversão legal nas dívidas tributárias, decorrente da cobrança em sede de execução fiscal dos tributos, deixa de fazer sentido quando da inexistência de capital social e a eventual inexistência de bens pessoais dos sócios de uma sociedade limitada (já que esta mudança legislativa é o que está permitindo e incentivando), não permitirá a possibilidade de sua aplicação prática e sua efetividade legal. Nestes termos, considerando a análise das origens dogmáticas da desconsideração da personalidade jurídica das pessoas coletivas, do instituto da reversão em sede de execução fiscal e suas várias teorias, bem como a apreciação dos argumentos jurisprudenciais e doutrinários que contribuem para os debates em curso sobre estas questões, e tendo em conta a análise do tratamento e receção pela doutrina portuguesa e jurisprudência destes mecanismos, tentaremos também, analisando alguns casos relacionados com a lei portuguesa sobre este assunto, fazer uma abordagem do ponto de vista de outras jurisdições europeias, especialmente Espanha e Itália, entre outros, tentando demonstrar, finalmente, a ineficiência e inadequação da alteração legislativa ao Código das Empresas Comerciais acima mencionada, propondo soluções legislativas alternativas.

Palavras Chave; Capital Social, Desconsideração da Personalidade Jurídica, Reversão em sede de Processo de Execução Fiscal.

II. Introdução – O propósito

O capital social constitui um elemento essencial do direito societário, cuja definição tem gerado alguma controvérsia na nossa doutrina, sendo, inclusivamente, considerado por alguns autores uma “figura misteriosa que exige esforço para a captação da sua natureza”.

Nesse sentido, o principal objetivo da tese de doutoramento por mim apresentada e defendida em outubro de 2019, para a obtenção do grau de Doutor, e que mereceu a aprovação do júri com a nota mais alta atribuída pela Universidade da Extremadura, com a menção honrosa de *Cum Laude*, e proposta para obtenção do Premio Anual de Investigación de 2019, da UEX, foi e é, questionando tudo e aceitando todos os pontos de vista opostos, mas quanto a nós, e até prova em contrário, suscetíveis de refutação, demonstrar que a alteração legislativa realizada pelo Decreto-Lei nº. 33/2011, publicado em 7 de março de 2011, que alterou o Código das Sociedades Comerciais portuguesas, adotando medidas para simplificar o processo de constituição de sociedades limitadas, foi inócuo e não teve base legal, pondo em causa a aplicabilidade e eficácia de alguns institutos legais de natureza civil e fiscal que, se essa mudança não tivesse ocorrido no nosso sistema legal, não apenas salvaguardaria os interesses de outros, mas também os interesses pessoais dos próprios comerciantes.

Na verdade, pela instituição de tal regime legal societário, a utilização da desconconsideração da personalidade jurídica das pessoas coletivas, bem como do instituto jurídico da reversão legal nas dívidas tributárias, decorrente da cobrança dos tributos em sede de execução fiscal, deixaram de fazer sentido quando da inexistência de capital social e a eventual inexistência de bens pessoais dos sócios de uma sociedade limitada (já que esta mudança legislativa foi o que veio permitir e incentivar), resultou a impossibilidade de sua aplicação prática e sua efetividade legal.

Foi nesse sentido que a tese apresentada tomou forma, uma vez que, enquanto jurista, fiscalista de profissão e investigador por natureza, nos questionámos seriamente sobre se a oportunidade das alterações legislativas societárias levadas a cabo pelo supra mencionado diploma legal, no que à sociedade por quotas diz respeito, e em concreto, no que à “inexistência” de capital social mínimo exigível para a sua constituição, poderia colidir com alguns dos institutos jurídicos mais importantes e controversos do nosso ordenamento jurídico, nomeadamente e em concreto, a “desconconsideração da personalidade jurídica das pessoas coletivas” e o instituto da “reversão” em sede de execução fiscal.

O Direito Comercial levou-nos, então, face a uma aparente e inconsequente alteração legislativa, a um dos tipos societários existentes no nosso ordenamento jurídico – sociedade por quotas –, a questionar a existência, ou melhor, a eficácia jurídica e consequente aplicabilidade dos institutos jurídicos acima referenciados, a essas mesmas sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, quando, verificada a inexistência de capital social próprio assumido na sua criação, a mesma se revelasse sinónimo imediato de inaplicabilidade de ambos os institutos, se a inexistência de capital social e património próprios fosse patente, e bem assim, a consequente inexistência de quaisquer bens dos sócios em causa, que, face à possibilidade de criação de uma empresa sem capital social que devesse garantir o cumprimento das suas

obrigações societárias e tributárias perante terceiros, levasse os mesmos a optar por não ter quaisquer bens ou património, também em nome próprio.

Tal desiderato não teria sido por nós proposto se, por exemplo, tivéssemos assistido a uma alteração legislativa semelhante à ocorrida em Espanha, que através da lei 14/2003, de 27 de dezembro, introduziu, entre outras novidades, o subtipo das sociedades de capital, que denominou de sociedade limitada de formação sucessiva, e que, à semelhança da alteração ocorrida em Portugal, também este tipo societário pode ser constituído sem exigência de capital mínimo inicial.²

Contudo, cabe referir que as sociedades limitadas em Espanha têm na génese da sua constituição, a exigência de um capital mínimo de €3.000,00 euros, sendo apenas este subtipo societário que não exige o mencionado capital social mínimo para a sua constituição.

Aliás, outro subtipo societário espanhol foi criado pelo mesmo diploma legal, a saber a sociedade Nova Empresa, similar à nossa Sociedade de Empresa na Hora, onde o foque principal incide no recurso às novas tecnologias para a sua criação e estas continuam mantendo a exigência de um capital social mínimo de €3.000,00 para a sua constituição.³

Dai que este tema se apresente como uma problemática atual no regime jurídico das sociedades comerciais, nomeadamente das sociedades por quotas (SQ), figura importante no âmbito do nosso regime jurídico societário, pelo que, dada a manifesta importância que o mesmo revela, nos propusemos destrinchá-lo.

III. Breve Resumo Sistemático da Tese – A Metodologia

Da investigação levada a cabo na Tese supra mencionada e base deste nosso texto, tivemos desde logo a perceção de que, embora o capital social não fosse, de todo, um tema atual, na medida em que tem sido abordado na doutrina ao longo das últimas décadas, foi, com efeito, com a entrada em vigor do DL n.º 33/2011, de 7 de março, que os efeitos económicos da capitalização livre das sociedades por quotas se repercutiram na realidade jurídica portuguesa. Com efeito, vimos, desta forma, cri-

² Cfr. VEGA VEGA, José António, *Sociedades de Capital*, Colección manuales uex-2ªedición, 2014, 25-31.

³ O Professor VEGA VEGA, José António, na sua obra *Sociedades de Capital*, salienta e bem: “7. Subtipos de la sociedad de responsabilidad limitada son la sociedad limitada de formación sucesiva (art. 4 bis LSC) y la sociedad nueva empresa (arts. 434 a 454 LSC), que tienen por finalidad facilitar la creación de este tipo de sociedades, no exigiendo un capital mínimo inicial, en el primer caso, y aprovechando las nuevas tecnologías en el segundo.”, 29 in fine.

ada pelo legislador, a possibilidade de as sociedades serem criadas sem fundos que as permitissem concretizar convenientemente o seu objeto social.

E em boa verdade, verificámos também que aliada a esta subcapitalização encontramos vários meios de responsabilização dos sócios, gerentes ou administradores, transversais à responsabilidade limitada subjacente às sociedades de capitais, sendo esta responsabilidade limitada um dos princípios fundamentais do direito societário e um incentivo ao empreendedorismo, cuja derrogação não deve ser efetuada, salvo melhor opinião, sem reflexão em torno do caso concreto.

Na verdade, esta limitação da responsabilidade, quando aproveitada de forma extrema, pode consubstanciar a adoção de condutas potencialmente danosas que não seriam assumidas se a responsabilidade fosse ilimitada, utilizando-a como se se tratasse de um escudo protetor mascarado pela personalidade coletiva da sociedade e que, atuando através desta, pode originar situações de abuso de direito. Não se pretende com isto dizer que a responsabilidade deveria, por sua vez, ser ilimitada, até porque, considerando que mais de 90%⁴ do tecido empresarial português está associado a sociedades por quotas e sociedades anónimas (SA) onde a responsabilidade é limitada, tal seria um entrave à constituição de sociedades quando os sócios respondessem ilimitadamente com o seu património pelas dívidas sociais.

Deste modo, o objetivo primordial atinente a configurar meios de responsabilização em qualquer tipo societário, é tutelar os interesses dos credores sociais, dada a externalização do risco na esfera jurídica destes, o que se consubstancia, no nosso entender, na assunção do risco de uma atividade que não exploram, ainda que este esteja intrinsecamente ligado ao exercício do comércio.

Foi por isso que no decorrer do nosso estudo, atendemos primeiramente quer à noção de capital social, que por exemplo, em Espanha, nas sociedades de responsabilidade limitada, é definido como “... *representa la summa de aportaciones económicas que realizan los socios y que constituye el valor contable y teórico de la suma de participaciones sociales* (*cfr. Arts.4 y 58 LSC*)....”,⁵ quer aos princípios que o estruturam e às funções que tradicionalmente lhe são (ou eram) atribuídas.

⁴ Esta percentagem foi o resultado do tratamento dos dados fornecidos pelo sítio www.racius.com (consultado a 10/03/2017), nomeadamente no que concerne à tipologia de sociedades constituídas no presente ano e no ano de 2016.

⁵ VEGA VEGA, José António, *Sociedades de Capital*, Citada, pág.280 e 281

A) Definições e Funções do Capital Social

Nos dias de hoje, a temática associada à definição de capital social encontra-se imensamente abordada pela doutrina, quer nacional quer estrangeira. No entanto, como se verifica de grosso modo na letra da lei, o legislador não definiu capital social, remetendo para a doutrina para a concretização do conceito que avançou para a criação de noções mais ou menos complexas, porquanto, tal como nos refere Ernesto Simonetto⁶ (1956, p. 48), este conceito é fundamental para compreender a realidade societária.

Fácil seria se partíssemos simplesmente do conceito de capital social de uma sociedade de responsabilidade limitada, entendido por Vega Vega, na sua obra *Sociedades de Capital*, como “... desde una perspectiva jurídica el capital social de una sociedad limitada es una cifra contable del passivo que sirve para retener valores en el activo...”.⁷ Mas, efetivamente, não é assim tão linear.

Durante bastante tempo, recorreu-se, frequentemente, às definições economistas deste instituto, até se verificar que essa definição não preenchia o conceito que o capital social detinha no meio jurídico-societário,^{8/9} sendo, desta forma, necessária a criação de um conceito jurídico de capital social.¹⁰ Neste sentido, e tal como decorre

⁶ SIMONETTO, Ernesto, - “Concetto e composizione del capitale sociale”, In *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, Anno LIV, gennaio-febbraio.1956

⁷ VEGA VEGA, José António, *Sociedades de Capital*, citada, pág. 279.

⁸ É mister, quanto a este aspeto, realçar a intenção legislativa disposta no art. 9.º, n.º 1, al. f), do CSC. Referimo-nos ao facto de o legislador apenas obrigar a presença do capital social no contrato de sociedade no caso de uma sociedade de capitais (no nosso ordenamento jurídico incidimos, especialmente, nas sociedades por quotas e sociedades anónimas), excetuando, na própria alínea, as sociedades em nome coletivo (SNC) em que os sócios contribuíam apenas com indústria. Desta forma, e sendo as sociedades de capitais sociedades de responsabilidade limitada, parece-nos que o legislador pretendia que o capital social agisse “[c]omo contrapartida da limitação da responsabilidade” (Castro, 1998, p. 282), intenção esta meramente desvanecida, atendendo que, atualmente, os esforços se têm reunido não para manter o capital social, mas para eliminá-lo. Neste sentido, refere Machado (2010, p. 681), que aqueles que defendem que o que o capital social “é o preço a pagar pela responsabilidade limitada” são aqueles que, também, são a favor da sua manutenção (tradução nossa). Assim como esta, todas as traduções no âmbito do presente estudo são da nossa autoria.

⁹ Nos melhores ensinamentos de Domingues (2004, p. 32), a noção de capital social fornecida pelos economistas não acautelava a realidade societária “porque a perspectiva do economista é absolutamente distinta da do jurista: aquele analisa o capital tendo em conta fundamentalmente os problemas atinentes à produtividade e à produção da empresa, enquanto na análise deste relevavam sobretudo a constituição e conservação de um fundo de bens que garanta os credores”.

¹⁰ Não obstante, não queremos com isto afirmar que na abordagem deste instituto se deve afastar, por completo, os ensinamentos da área económica, os quais são, como refere Domingues (2007, p. 168), “da maior utilidade e auxílio para a compreensão da figura, no âmbito jurídico”.

do art. 9.º, n.º 1, al. f), do CSC, deve constar dos estatutos da sociedade o capital social da mesma.^{11/12}

Na verdade, “... *A obrigatoriedade da existência e menção , no contrato de sociedade (e nos actos e documentos das relações externas da sociedade: cfr. O art. 177.º) do montante do capital social tem a sua razão de ser na extrema importância das funções que este desempenha....*”.¹³

Contudo, e derivado da inexistência de uma definição legal de capital social, a doutrina jurídica tradicional vem definindo este instituto com base em quatro vertentes: a) como elemento numérico contabilístico; b) como resultado da soma das entradas dos sócios; c) como cifra formal e abstrata; d) e subdividindo o capital social em capital nominal e em capital real.

No que concerne à primeira vertente, isto é, ao entendimento desta figura como um elemento numérico contabilístico, há que salientar o facto de o capital social estar inscrito no passivo¹⁴ da sociedade, nomeadamente do lado direito do balanço, não constituindo, no entanto, uma dívida da sociedade para com os sócios.

A justificação para esta circunstância é de natureza bastante simples: evitar que o valor correspondente ao capital social retorne à esfera pessoal dos sócios, como se estivesse em causa uma distribuição de lucros ou uma dívida da sociedade para com estes.^{15/16}

¹¹ CASTRO, C. O. (1998), “ Alguns apontamentos sobre a realização e a conservação do capital social das sociedades anónimas e por quotas,” In *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Volume XII, Tomo I, Universidade Católica Editora.

¹² MACHADO, Francisco Soares – *Effective creditor protection in private companies: mandatory minimum capital rules or ex post mechanisms?* In RDS, II:3-4 (2010)..Coimbra: Almedina, Pp. 681-718.

¹³ CORREIA, Miguel J.A. Pupo, *Direito Comercial.Direito da Empresa*, 10.ª ed.Edinforum, Lisboa,, 2007, pág.204,

¹⁴ PITA, M. A., “Apontamentos sobre capital social e património nas sociedades comerciais,” In *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Vol. II, 1.ª Edição, Coimbra Editora.2011

Segundo os ensinamentos de Pita (p. 502), o “[p]assivo é uma obrigação presente da entidade proveniente de acontecimentos passados, da liquidação da qual se espera que resulte um ex-fluxo de recursos da entidade incorporando benefícios económicos”.

¹⁵ Ainda que de forma minoritária, há quem na doutrina defenda que o capital social espelha uma dívida da sociedade para com os sócios, na medida em que estes podem, se estiver em causa a liquidação do património social, “reclamar e exigir o pagamento da sua contribuição para o mesmo” (Domingues, 2004, p. 36). Não obstante este entendimento, somos a favor do abraçado pela doutrina maioritária, ou seja, neste caso estamos perante a quota de liquidação que o sócio tem direito a receber no caso de dissolução da sociedade. Esta quota irá corresponder proporcionalmente à sua participação social atendendo ao património líquido da mesma (Domingues, 2004, p. 36).

No sentido desta interpretação, surge também e desde logo, Oliveira Ascensão, ao definir o capital social como “... a expressão em escudos das entradas iniciais dos sócios...”,¹⁷ não deixando contudo de referir em seguida “... Mas a figura é bastante misteriosa e exige esforço para a captação da sua natureza....”.¹⁸

Quanto ao entendimento do capital social como a soma das entradas dos sócios, verificamos que dentro desta corrente coabitam duas aceções: uma aceção material e uma aceção formal. A primeira considera que a figura do capital social é constituída pelas entradas dos sócios quer estas sejam em dinheiro ou em espécie. Na verdade, Miguel Pupo Correia refere claramente “...é que o capital social, por definição, representa o valor das entradas dos sócios, ou seja, o valor dos meios patrimoniais que estes quiseram investir, arriscar na criação da sociedade; e o património líquido representa o valor patrimonial de que a sociedade é titular num dado momento....”.¹⁹

Por sua vez, a segunda aceção defende que a predita figura será um montante numérico, isto é, “será o valor em dinheiro [das] (...) entradas no momento da constituição da sociedade”,²⁰ sendo que, no nosso entendimento, esta aceção apresenta algumas incongruências, desde logo se o sócio contribuir com indústria.

Importa, antes de mais, clarificar que a entrada em indústria, também designada de entrada com serviços, é a entrada em que o sócio contribui para a sociedade com o seu trabalho, físico ou intelectual, ou com as suas capacidades técnicas que poderão reverter para a sociedade vantagens especiais. Neste caso, a entrada em causa não irá ser contabilizada no valor do capital social e, deste modo, este não irá refletir, de forma precisa, o total da soma de todas as entradas dos sócios.

No que tange à vertente de o capital social ser um valor numérico formal e abstrato, esta é, segundo Paulo Domingues,²¹ a que reúne maiores adeptos.²² Nesta ótica, este instituto é entendido como um valor numérico abstrato, na medida em que não tem

¹⁶ DONO, J., “Algumas questões em torno do capital social,” In *Direito e Cidadania*, Ano VI, N.º 19, janeiro a abril, Gráfica do Mindelo.2004. No mesmo sentido decorre este autor.(p.199).

¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira,- *Direito Comercial*, vol. IV, *Sociedades comerciais*, Lisboa, 1993, pag.154.

¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira,- ob.cit., pag.154.

¹⁹ CORREIA, Miguel J.A. Pupo, *Direito Comercial.Direito da Empresa*, 10.ª ed.Edinforum, Lisboa, 2007.

²⁰ DONO, J., “Algumas questões em torno do capital social”, In *Direito e Cidadania*, ob.cit. 2004, pág.199.

²¹ DOMINGUES, Paulo de Tarso, “*Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções*”, ob.cit., pág.43.

²² No mesmo sentido, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, - *Curso de Direito Comercial – Vol. II – Das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2016.

de refletir, necessariamente, o valor real.²³ Para além disso, segundo esta vertente, o mencionado valor numérico é inalterável. Ora, e como já foi previamente mencionado, o capital da sociedade deve ser, tendencialmente, estável. No entanto, existem situações expressamente previstas na lei, como o aumento de capital (arts. 87.º a 89.º do CSC) ou a redução do mesmo (arts. 94.º a 96.º do CSC), que invalidam a definição fornecida por esta vertente.^{24/25} Não obstante, os defensores desta corrente tendem a distinguir o capital social do património societário,²⁶ com vista à plena compreensão da noção supra mencionada.

Não querendo explicar muito sobre a questão supra, mas contrapondo agora o capital social com o património, observamos que, por seu turno, este é um valor real, observável, enquanto o capital é, segundo Paulo Domingues,²⁷ “uma entidade puramente formal, um puro *nomen iuris*”. Há ainda quem defenda que o capital social é um conceito jurídico, ao invés do património que deve ser olhado como um conceito económico.²⁸

Pese embora não consideremos que esta vertente seja a correta para relatar a melhor definição de capital social, a doutrina foca outra questão que, atualmente, e como já mencionámos anteriormente, está em desvanecimento. Refere então a doutrina maioritária que esta noção não conserva os direitos dos credores sobre o capital social, na medida em que este não age, sendo uma cifra abstrata, como garantia de satisfação de créditos no caso de insolvência da sociedade.

²³ GORÉ, F., “La notion de capital social,” In *Études offertes à René Rodière*, pp. 85-98, Editions Dalloz, 1981. Segundo Goré (1981, p. 86), o valor do capital social será uma “representação puramente figurativa”.

²⁴ ANTUNES, José A. Engrácia, - “A redução do capital por extinção de acções próprias”, *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 6, Ano 3, Coimbra, Almedina, Outubro 2011
De acordo com este autor (p. 584), “o capital social funciona como uma espécie de fronteira meramente ideal ou «imaginária» (...), que poderá ser deslocada para cima [aumento de capital (...)] ou para baixo [redução de capital (...)]”.

²⁵ A este propósito, cfr. VENTURA, Raúl, *Alterações do contrato de sociedade*, Comentário ao código das sociedades comerciais, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

²⁶ MACHADO, Francisco Soares – *Effective creditor protection in private companies: mandatory minimum capital rules or ex post mechanisms?* ob.cit, Pp. 681-718.

²⁷ DOMINGUES, Paulo de Tarso, - “Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções”, ob.cit., pág.45.

²⁸ CUNHA, Paulo Olavo, *Direito Empresarial para Economistas e Gestores*, Coimbra: Almedina, 2014.

Neste sentido, enquanto para os juristas o património é encarado como um conjunto de direitos e de obrigações suscetíveis de avaliação em dinheiro, Cunha (p. 171) indica que “[p]ara os economistas, contudo, prevalece a ideia de conjunto de elementos e valores (incluindo os créditos e as dívidas) utilizados pelas entidades no exercício da sua atividade ou sujeitos a uma gestão unitária e afetos a determinado fim”.

No que respeita à vertente do capital social como capital nominal e capital real, tem considerado a doutrina, posição da qual perfilhamos, que esta figura, quando analisada tendo em conta a perspectiva do nosso ordenamento, deve ser encarada em duas óticas inseparáveis: o capital social nominal e o capital social real.

Já Oliveira Ascensão alertava que “... *Pode-se perguntar se o capital social se identifica com a noção económica de capital, como meio de produção. É verdade que resulta de aforro, e foi afectado para proporcionar a formação de uma estrutura de produção. Mas basta que o capital seja um número, um valor, para mostrar que as noções não se identificam. Apenas se poderá dizer que o capital social exprime tendencialmente o valor do investimento inicial realizado...*”.²⁹

É pertinente alertar uma vez mais que a letra da lei não é clara quanto à utilização do vocábulo “capital social” e, neste âmbito, a doutrina considera que se deve ter em conta qual o sentido do normativo em análise. Desta forma, ao atentar no estatuído, por exemplo, no art. 95.º do CSC, quanto à redução do capital social, observamos que, *in casu*, o legislador pretendeu cingir-se à aceção formal previamente abordada, isto é, ao capital social como um elemento “inalterável” e previsto no pacto social.

Por sua vez, noutras normas como o art. 35.º do CSC, o legislador parece referir-se ao capital social como se se cingisse aos bens da sociedade, ou seja, ao património desta.

O capital social nominal será, portanto, a cifra inscrita no lado direito do balanço e que será coberta pelo capital real, ou seja, pelos bens da sociedade que perfaçam o valor do capital nominal.^{30/31/32}

Posto isto, torna-se necessário realçar a noção fornecida por J.C.Abreu,³³ que identifica o capital social como a “cifra representativa da soma dos valores nominais das participações sociais fundadas em entradas ou dinheiro e/ou espécie”.

²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Comercial*, vol. IV, *Sociedades comerciais*, ob.cit., pag.159.

³⁰ No mesmo sentido, vide Dono (2004, ob.cit. p. 201) e SIMONETTO, Ernesto, “Concetto e composizione del capitale sociale”In *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, Anno LIV, gennaio-febbraio.1956, p. 51.

³¹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Volume II, 4.ª Edição, Almedina, 2014.

De acordo com Abreu (2014, p. 445), “[s]erá contudo correcto dizer que o capital social real coincide com o património social líquido equivalente ao capital social nominal”.

³² DOMINGUES, Paulo de Tarso, “*Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções*”, BFDUC, ob.cit., pág.53.

³³ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Volume II, 4.ª Edição Almedina, 2014, pág. 444.

B) Das Funções do Capital Social em particular

Cumpra tecer algumas considerações sobre a descrença na função de garantia, doutrinadamente e noutros tempos considerada a função rainha do capital social e que para nós ainda assim permanece.

Foi precisamente neste âmbito que foi analisada a manutenção de um regime de capital social mínimo em vários tipos societários, como a sociedade anónima, a sociedade cotada em bolsa ou a sociedade bancária, entre outras que mereceram a nossa atenção, pelo facto de o legislador, posteriormente à entrada em vigor do DL n.º 33/2011, ter aumentado o capital social mínimo de uma panóplia de sociedades quando afirmou, no diploma supra, que tal regime se mostrava desajustado e sem adequação à realidade pois não cumpria com a função de garantia que lhe era atribuída.

Desta forma, verificamos que, embora muito em voga há algumas décadas, a tendência tem sido, sobretudo, desprezar a figura do capital social e adotar outras formas de financiamento da sociedade que sejam transversais à estipulação legal de um regime de capital social mínimo. Desde logo porque a estipulação de um valor mínimo que não atenda às especificidades do objeto social e às necessidades respetivas pode mostrar-se suficiente para umas e insuficiente para outras.

Poder-se-ia optar por um valor elevadíssimo para colmatar a crítica anteriormente levantada, mas nesse caso sempre se levantaria uma outra: um valor excessivamente alto limitaria o empreendedorismo.

No entanto, é muito importante aferirmos, em termos de direito comparado, as posições de, por exemplo, a visão dos Estados Unidos da América (EUA) quanto à supressão do regime do capital social mínimo, e de alguns países da Europa na adoção de novos tipos de sociedades, confrontando desta forma com o previsto no ordenamento jurídico societário português. E face a esta análise, revela-se de particular importância atender às formas de tutela dos credores sociais com a supressão do capital social mínimo, tendo em consideração a desconfiança generalizada no seu regime da garantia e à sua índole prática, como é o caso, por exemplo, da exigência pelos credores de outras garantias reais ou pessoais dos sócios, na medida em que esta exigência não se encontra ao alcance de todo e qualquer credor, mas somente àqueles doutrinadamente designados por “credores fortes ou voluntários”.

Por isso, é também importante atender às especificidades desses meios de tutela, os quais, na maioria das vezes, se apresentam como verdadeiros desvios à responsabilidade limitada inerente aos sócios.

Em todo o caso, de tudo o que nos foi dado analisar, importará ressaltar, tal como temos vindo a dizer desde o início, a bondosa intenção do legislador na promulgação do DL n.º 33/2011, o qual, pretendendo aproximar-se das atuais legislações europeias (a francesa, por exemplo, com a adoção de um regime de capitalização livre, e a alemã e a espanhola, com a criação de um novo tipo de sociedade de responsabilidade limitada), consagrou o regime de capital social livre para responder às necessidades de fomentação do empreendedorismo. Não obstante, foi mantido pelo legislador o restante regime jurídico do capital social, no qual encontramos a previsão de princípios e funções que se destinam, ainda que de forma indireta, a tutelar os particulares interesses dos credores e que, agora, não se coadunam bem com a natureza e com as intenções do capital social livre, pelo que caberá concluir, no nosso entender, o que desta iniciativa legislativa resultou de profícuo ou inócuo, face ao estudo por nós efetuado.

IV. Breve Resenha Conclusiva da Tese - Conclusões

De tudo o que nos foi permitido dar conta, ao longo da tese, origem base deste artigo, foi-nos dado poder concluir, sem contudo deixar de aceitar o contraditório, o que a seguir se deu como provado no propósito que nos moveu.

Na verdade, em termos genéricos:

- A permissão da criação de sociedades de responsabilidade limitada, com capital social mínimo de € 1 euro, coloca aos eventuais credores sociais, um problema de tutela dos seus direitos, patente no facto de o património social se ter tornado insuficiente para cumprir as obrigações da sociedade, caso a atuação dos sócios se patenteie por negligência, incúria, ou mesmo até dolo, ao privar o património social da sua capacidade para satisfazer os mesmos.
- A alteração legislativa levada a cabo em 2011, permitindo esta situação, e fundando a sua opção no desejo de desenvolvimento e proliferação do empreendedorismo jovem, não pode proceder, porquanto não havendo ainda censos sobre o recurso a este meio para criação de novas sociedades comerciais, a verdade é que o empreendedorismo baseado na falta de capital social real, bloqueia qualquer possibilidade de desenvolvimento económico, uma vez que elimina a possibilidade de recurso a crédito, se inexistirem garantias reais próprias ou pessoais, que possam funcionar como tutela dos credores.
- Por outro lado, o recurso ao instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica das pessoas coletivas, que tem na sua génese o possibilitar dar resposta aos problemas da tutela dos credores sociais quando os seus interesses sejam postos em causa pela atuação dos sócios, não é passível de aplicação a este tipo societário, dada a sua natureza e constituição subcapitalizada.

- Com efeito, e considerando à partida, a inexistência de capital social, património social e património pessoal dos sócios, (uma vez que esta alteração legislativa é o que vem alertar e propiciar aos sócios fazer desde logo - desfazerem-se do seu património, por forma a afastar qualquer futura responsabilidade acrescida), podemos afirmar que dos três tipos de situações, referenciados pela maioria da doutrina e pela jurisprudência, justificadores do recurso a uma solução de Desconsideração da personalidade Jurídica, a saber: subcapitalização material, domínio da sociedade por um dos sócios e mistura de patrimónios, se encontram, desde logo, todas elas excluídas.

- Na verdade, não havendo capital social nem património social passível de se confundir com o património pessoal dos sócios, por ser essa a génese desta alteração legislativa, fica sem aplicabilidade prática, o recurso à desconsideração da personalidade jurídica.

- Não podemos nem devemos, contudo, esquecer que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica deve sempre revestir um carácter excecional³⁴ e a sua aplicação carece de fundamentos jurídicos que permitam a responsabilização direta e ilimitada do sócio, uma vez que enquanto instituto ainda não se encontra expressamente previsto legalmente.³⁵ Entre nós, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica tem sido fundamentada pela Doutrina no princípio do abuso de direito, previsto no art. 334.º do CC, quer para os casos de imputação, como para os casos de responsabilidade^{36/37} e nestes termos se torna inócua a sua aplicabilidade nos termos e para as situações descritas e referenciadas.

- Por outro lado, a abordagem do regime da responsabilidade subsidiária e da reversão deixa-nos a impressão de que o legislador tributário favoreceu a Administração Tributária com os seus eloquentes silêncios e, simultaneamente, com as suas indeterminações conceptuais, não se coibindo de desafiar princípios considerados incontornáveis no âmbito da actuação administrativa ou mesmo de violar de forma explícita a Lei Fundamental, no âmago dos princípios mais garantísticos que esta possui.

³⁴ No mesmo sentido, Tarso Domingues, *Direito das Sociedades em, "O Novo Regime do Capital...*, pág. 113.

³⁵ CORDEIRO, Pedro, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, pág.102, 3.ª Edição, Universidade Lusíada Editora, 2008.

³⁶ Cfr. Pedro Cordeiro, *A Desconsideração...*, ob.cit.págs. 105 ss.

³⁷ CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, pág.123, Almedina, 2002.

- O processo de reversão fiscal encontra-se previsto no n° 1 art. 23° da LGT.³⁸ Assim, quando o devedor originário - a sociedade - não paga as dívidas tributárias atempadamente e carece de bens suficientes que permitam, pelo produto da sua venda, assegurar o seu pagamento, ocorre a reversão.

- Este instituto tem subjacente o princípio da economia processual³⁹, pois evita-se a instauração de um novo processo executivo contra o responsável,⁴⁰ permitindo-se que aquele, já instaurado contra o devedor originário, passe a correr também contra este.⁴¹ Desta forma, para além de se ganhar em termos de celeridade processual, a opção pela reversão fiscal torna o processo menos complexo, evitando-se processos subordinados (o que aconteceria se se instaurasse uma nova demanda executiva novo processo executivo contra o responsável subsidiário) e, em concreto, a possibilidade - que se admite remota - de uma eventual satisfação superveniente da dívida exequenda pelo responsável originário não ser imediatamente reconhecida no processo instaurado contra o responsável subsidiário, o que significaria a persistência perfeitamente inútil deste segundo processo. Assim, só depois de se dirigir, sem sucesso, à sociedade, é que a Administração Fiscal pode avançar sobre este, verificados que estejam os pressupostos e sempre com respeito pelos princípios procedimentais de defesa e garantias pessoais dos gerentes. Contudo, o conceito da responsabilidade subsidiária não “nasce” no momento da reversão. Este é o momento em que aquela se efetiva, em que surge a obrigação de pagamento.

- Com efeito, a responsabilidade subsidiária e a indissociável reversão foram traçadas sem o rigor que seria de esperar e sem a preocupação séria de garantir a igualdade procedimental (presunção de culpa?), a determinação dos conceitos (fundada insuficiência é...?), a verdade dos procedimentos (uma excussão prévia... a posteriori?) e a menor desvantagem possível para os cidadãos.

- A Administração Tributária dispõe de um regime legal aparentemente previsto para compensar a sua ineficiência, dotado de normas que farejam um culpado, qualquer que ele seja, um responsável que, engolido pela máquina fiscal, permita cumprir o

³⁸ Nos termos do n° 1 do art. 23° da LGT: “A responsabilidade subsidiária efetiva-se por reversão do processo de execução fiscal”.

³⁹ V. Ac. do STA, de 16 de Dezembro de 2009, proc. 01074/09, que nos diz: “o processo de execução fiscal constitui um mecanismo destinado a redirecionar a cobrança da dívida, fundado no princípio da economia processual na medida em que visa evitar a instauração de uma nova execução contra outro responsável pela mesma dívida, permitindo que aquela que já foi instaurada contra o sujeito passivo originário passe a correr contra outro responsável pela mesma dívida.”.

⁴⁰ V. Ac. do STA, de 6 de Fevereiro de 2002, proc. 025037, que nos diz: “O instituto da reversão é exclusivo da execução fiscal, sendo desconhecido na execução comum, e traduz-se numa modificação subjetiva da instância, pelo chamamento, a fim de ocupar a posição passiva na ação, de alguém que não é o devedor que figura no título.”.

⁴¹ MATOS, Pedro Vidal de, ob. cit., pág. 963. 65 Idem, ibidem, pág. 964.

desígnio supremo da arrecadação de receitas ou assuma o pagamento de sanções a que outros deram causa e mereceram.

- É certo que devem os gerentes, administradores e directores adoptar comportamentos cumpridores e conformes à boa prática das suas obrigações fiscais, como também está certo que aqueles que, culposamente, assim não procedam, padeçam as dores da responsabilidade subsidiária.

- É ainda certo que é um instituto assente no princípio da economia processual, evitando que se instaure um novo processo executivo contra o responsável subsidiário, ampliando subjectivamente a instância executiva, caindo por terra a necessidade de serem instaurados processos subordinados.

- Mas será que sob o peso da desconsideração da personalidade colectiva, da presunção de culpa, de conceitos indeterminados e indetermináveis, de benefícios habilmente suprimidos, da derrogação do princípio da capacidade contributiva, da desconsideração pelos princípios da justiça e da proporcionalidade, da transmissão das penas e da supressão das suas garantias, ainda bole o revertido?

- Do trabalho de investigação levado a cabo, da nossa experiencia de vida tributária de mais de trinta e oito anos no campo fiscal, e daquilo em que verdadeiramente acreditamos ser verdade, cremos que não, e cremos também que nenhuma receita fiscal justifica a distorção dos fundamentos e princípios do Direito ou a violação da nossa Lei Fundamental. A receita fiscal é importante, mas o modo da sua obtenção retrata o Estado cobrador e o abuso do Direito para se preferir o cofre e preterir o cidadão.

- Efetivamente, aplicar o Instituto da Reversão em sede de Execução Fiscal, pressuporia a existência de património pessoal dos sócios gerentes, o que, em face do que discorremos anteriormente, sabemos, à partida, vir a ser inexistente, uma vez que criar um sociedade com €1 euro de capital social, por forma a viabilizar o empreendedorismo, possibilita também aos sócios acautelarem-se de imediato, partindo para a criação da sociedade despojados de todos os seus bens patrimoniais.

- Poderíamos ainda equacionar a criação de um modelo de responsabilidade interna, que pudesse patentear o respeito dos sócios perante a sociedade, que por sua vez poderia, de certa forma, ter a vantagem de tutelar os interesses dos credores sociais. No entanto, a inexistência de capital social real será sempre um entrave à aplicabilidade prática dos institutos por nós tratados.

- Alterar a lei de forma consentânea e ponderada, conciliando e propiciando uma alteração total à questão da não exigência de um capital social mínimo, projetada num futuro próximo, será talvez uma das soluções para corrigir a inocuidade levada

a cabo pelo Decreto lei nº33/2011, de 07.03, porquanto tal como a Espanha levou a efeito, poderíamos ter salvaguardado a totalidade das sociedades por quotas desta alteração, tendo, por exemplo, estabelecido limites valorativos, baseados na ponderação da presunção da eventual facturação das sociedades a constituir, para estabelecer qual ou quais dessas sociedades poderiam não se incluir na não exigência de capital mínimo social.

- De facto, mesmo que o actual regime jurídico possa salvaguardar a problemática da responsabilidade subsidiária, a verdade, é que tal salvaguarda embate numa autêntica falácia, se entendermos, como nós entendemos, que os sócios deste tipo societário, pelas razões que fomos aduzindo ao longo deste trabalho, partirão para a constituição de uma sociedade por quotas, desprovidos de qualquer património pessoal, passível de poder vir a ser chamado à colação, caso a sociedade venha a incorrer em algum incumprimento contratual, tributário ou outro.

V. Sentido das Soluções Propostas

Em termos concretos e por fim, tentamos elencar, da forma possível, as soluções que, em termos jurídicos fariam sentido terem sido consideradas antes da promulgação da Lei agora em estudo e que, à semelhança de outros ordenamentos jurídicos, poderiam ter salvaguardado a subcapitalização das sociedades por quotas e, desta forma, obstar à sua “morte anunciada”. Ao longo da tese que serviu de base a este pequeno artigo questionámo-nos se actualmente ainda faria sentido defender a obrigatoriedade do capital social mínimo nas sociedades por quotas, uma vez que a tendência tem sido exactamente a contrária.

- Demos conta de que o capital social mínimo surgiu lado a lado com a regra da responsabilidade limitada dos sócios, manifestando-se como mecanismo para proteger os credores que nestes casos não poderiam accionar o património dos sócios caso a sociedade não cumprisse com as suas obrigações.

- Depois de analisarmos os argumentos a favor e contra o capital social mínimo, e contrariamente ao que é sugerido pela maioria da doutrina na Europa, entendemos que actualmente o capital social mínimo não deve ser totalmente desconsiderado pelos legisladores, pois ele ainda serve a função de protecção dos credores, função essa que cumpre com mais eficácia em comparação com alguns dos meios alternativos propostos pela doutrina.

- De entre esses meios alternativos que também não estão isentos de críticas, especialmente devido à sua natureza *ex post* e de, em muitos casos, a sua aplicação depender da decisão discricionária de um juiz, falámos da Desconsideração da personalidade Jurídica das pessoas colectivas, da reversão em sede de execução fiscal e do

direito de insolvência. Estas decisões, por si, dependerão da prova conseguida pelo credor, prova esta que muitas vezes se revela difícil.

- Assumimos que, em boa verdade, o capital social mínimo como meio de protecção *ex ante* realiza funções de prevenção e segurança jurídica que nos ordenamentos jurídicos actuais são funções essenciais do direito e concluímos que a tutela dos credores sociais só será verdadeiramente conseguida pela consagração de ambos os mecanismos, acautelando-se assim os interesses de todos os tipos de credores (através da estabilidade de um capital mínimo legalmente exigido) e respondendo-se à consistente falta de cumprimento por parte da sociedade se e quando for caso disso (recorrendo-se à desconsideração da personalidade jurídica, ao direito de insolvência e aos contratos de suprimento).

- Alertamos e demos conta de que a doutrina começou a levantar dúvidas em relação à aplicação da regra do capital social mínimo nas sociedades por quotas, mas que o contrário também sucedeu. Serão verdadeiras desvantagens as críticas apontadas por alguns autores que estudamos e que nos foram dando conta do inevitável lapso cometido em termos legislativos? Desta forma, tentamos chamar a atenção para a necessidade de encontrar um ‘contrabalanço’ entre os dois caminhos, permitindo assim que ambas as perspectivas tivessem relevância prática.

- Desta forma, afirmamos não concordar com a ‘morte’ do capital social mínimo nas sociedades por quotas (nem em qualquer sociedade de responsabilidade limitada), mas sim com uma solução ponderada e equilibrada, como a que foi adoptada no ordenamento jurídico alemão. Através da criação da ‘sociedade empresarial’ o legislador continuou a assumir uma função de protecção preventiva, ao mesmo tempo que pensava *small first*, conseguindo uma promoção ponderada das pequenas e médias empresas.

- O capital social, entendido como uma figura paradigmática do Direito das Sociedades, tem, nas últimas décadas, sofrido uma intensa recessão no que concerne, sobretudo, à função de garantia que sempre lhe foi atribuída, quando referenciada com o princípio da intangibilidade do capital social que impede que sejam distribuídos aos sócios os bens que se destinem a cobrir a cifra do capital social.

- Já no âmbito das funções, demos conta de que o capital social apresentou-se como um meio eficaz de regular, por exemplo, os direitos e deveres dos sócios mas, no que concerne à função de garantia, predominantemente entendida como a função base desta figura, repercutiu-se como uma função à qual foi dado um valor manifestamente superior àquele que, significativamente, tinha. Passou a considerar-se que o capital social não cumprindo com aquela que seria a sua função rainha e não acautelando, desta forma, os interesses dos credores sociais, poderia ser suprimido das legislações.

- Vários foram os acórdãos do TJUE a tecer considerações sobre a exigência mínima de capital social, pelo que, neste sentido, a tendência legislativa tem sido a sua abolição ou, por outra via, a adoção de novos tipos de sociedades de responsabilidade limitada, que obedeçam a um regime jurídico diverso e que, desde logo, não necessitem do cumprimento de um capital social mínimo.

- Em Portugal, pela entrada em vigor do DL n.º 33/2011, observou-se uma premissa de constituição de sociedade por quotas com um capital social livremente fixado pelos sócios, solução que não foi vista de bom grado pela totalidade da doutrina e tem sido objeto de duras críticas, nomeadamente por se considerar que dá azo a que as sociedades sejam criadas manifestamente subcapitalizadas, ou seja, sem recursos financeiros que as permitam manter-se no comércio jurídico.

Ao longo do estudo que efetuamos para elaborar a tese agora aqui apresentada, tentámos analisar se poderiam e deveriam ser os sócios responsabilizados pelas obrigações da sociedade, incluindo em situações de insolvência, na medida em que, na nossa opinião e daquilo que concluímos, uma sociedade constituída com um capital social diminuto ou irrisório poderia fracassar mais facilmente pois não tem estrutura financeira para suportar determinadas dificuldades decorrentes da prática normal do exercício da atividade. Não obstante, apontámos como uma possível solução para sanar esta subcapitalização da sociedade, o contrato de suprimento em que o sócio empresta dinheiro à sociedade e esta se obriga a reembolsá-lo.

- Não obstante, o facto de os sócios pelo suprimento se afigurarem como credores da sociedade, sem, contudo, perderem a sua qualidade de sócio, não determina especiais vantagens em detrimento dos restantes credores (salvo, por exemplo, na questão de terem uma melhor perceção da situação financeira da sociedade), sendo que, no caso de insolvência, os seus créditos são reembolsados apenas quando forem integralmente satisfeitos os créditos dos restantes credores, pelo que não seria uma boa solução.

- A par do contrato de suprimento encontramos outros meios de tutela dos credores sociais apresentados, os quais se mostram revestidos de particular importância na medida em que, pela aprovação do DL n.º 33/2011, pode ocorrer uma transferência, para a esfera jurídica daqueles, de um risco de exploração de uma atividade que não exploram. Desta feita, os credores poderão exigir dos sócios outras garantias para salvaguardar o seu crédito, poderão, ainda, no contrato de financiamento, estipular cláusulas que acautelem os seus interesses, ou requerer a insolvência da sociedade, entre outros meios que mereceram a nossa atenção.

- Todavia, estes meios, transversais ao instituto da responsabilidade limitada conferidos aos sócios, não estão na prática ao alcance de todo e qualquer credor, mas apenas dos chamados “credores fortes ou voluntários”, ainda que determinados mei-

os, indiretamente, favoreçam também os designados de “credores fracos”, como, por exemplo, a estipulação de uma cláusula no contrato de financiamento a impedir a distribuição de bens.

- Com efeito, facilmente verificámos que a intenção do legislador na adoção do capital social livre, pretendeu, sobretudo, tornar a nossa legislação competitiva com outras legislações europeias, mas descurou, no entanto, os interesses dos credores.

- A nosso ver, e salvo melhor opinião, a solução do legislador pela consagração do capital social livre abriu portas a uma subcapitalização manifesta de algumas sociedades, não sendo exigível aos sócios a adequação do seu investimento ao objeto da sociedade porque a lei não prevê essa obrigação.

- No estudo por nós realizado e incluso na tese, ao capital social de várias centenas de sociedades por quotas, observámos que o facto de o legislador impor o cumprimento de um montante mínimo, se revelou apenas no cumprimento desse montante, não havendo, na grande maioria das vezes, estruturação financeira da sociedade para suportar o início de atividade, porque, em boa verdade, os sócios não a dotavam do capital real necessário. Ao analisarmos, também, o capital social das sociedades por quotas constituídas no período 2012-2013, verificámos que o montante médio de capital social inicial rondava os €230, €240, tendo as mesmas durado cerca de um ano no comércio, pois a falta de poder financeiro para suportar os encargos económicos a que, por força da atividade, se teriam de vincular, refletiram bem a subcapitalização originária.

- Pelo exposto, e por tudo o que tentámos explanar e demonstrar ao longo da teste agora e aqui brevemente apresentada, cremos, tal como tentámos demonstrar, que a solução não passa pelo capital social livre, mas pela criação de um novo tipo societário, à semelhança da maioria dos países por nós mencionados ao longo da tese, para sociedades de pequena dimensão.

VI. Desafio

A leitura deste pequeno artigo terá como objetivo essencial, despertar o leitor para o desejo de pensar e repensar numa problemática essencial que porventura, por falta de interesse ou necessidade pessoal ou profissional, lhe terá passado despercebida face à alteração legislativa de 2011, nunca se tendo verificado como primordial no estudo legislativo diário.

No entanto, a quem durante anos se debateu e debate no seu dia a dia, com a análise e ponderação da aplicabilidade dos institutos jurídicos da Desconsideração da Personalidade Jurídica das Pessoas Coletivas e da Reverão em sede de Execução Fiscal,

das dividas tributarias do sujeito passivo, é algo que mereceu e merece toda a minha dedicação, potenciando assim a abertura de uma discussão que nunca tendo lugar no campo legislativo, fosse por falta de “interesse” ou por desnecessidade de pôr em causa o conceito de empreendedorismo, surge agora uma realidade .

Diretrizes Éticas para a Inteligência Artificial Confiável na União Europeia e a Regulação Jurídica no Brasil

MARCOS EHRHARDT JÚNIOR & GABRIELA BUARQUE PEREIRA SILVA *

Resumo: Para além da seleção de notícias no *feed* do *Facebook* ou das músicas indicadas no *Spotify*, a expansão da inteligência artificial no contexto social é essencialmente viral: está em constante variabilidade e em crescente propagação. Nesse ponto, quais devem ser os parâmetros éticos e jurídicos de regulação da inteligência artificial? Quais elementos tornam uma tecnologia minimamente confiável? Visando responder tais questionamentos, a União Europeia publicou, em 2019, documento com Diretrizes Éticas para a Inteligência Artificial Confiável. O presente texto visa descrever os elementos das Diretrizes, analisar seus conceitos e sua aplicabilidade no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, e consagrar parâmetros mínimos de controle do desenvolvimento tecnológico.

Abstract: For beyond selection of news in Facebook feed or songs indication in Spotify, artificial intelligence expansion in social context is essentially viral: it's in constant variability and in increasing propagation. At this point, which should the ethical and legal parameters for artificial intelligence regulation? Which elements make a technology minimally reliable? In order to answer such questions, European Union published in 2019 a document with Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence. This text aims to

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 305-338.

* Marcos Ehrhardt Júnior: Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e do Centro Universitário CESMAC. Editor da Revista Fórum de Direito Civil (RFDC). Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL). Presidente da Comissão de Enunciados do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Associado do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC) e Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual – IBDCont. Advogado. E-mail: contato@marcosehrhardt.com.br
Gabriela Buarque Pereira Silva: Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. gabrielabuarqueps@gmail.com. Advogada.

describe Guideline's elements, analyzing their concepts and their applicability in Brazilian legal system, establishing minimum parameters of technological development control.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Ética; Diretrizes; União Europeia; Regulação.

Keywords: Artificial intelligence; Ethics; Guidelines; European Union; Regulation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da inteligência artificial. 3. Dos princípios éticos da inteligência artificial. 4. Dos requisitos de confiabilidade. 5. Parâmetros concretos de avaliação da inteligência artificial. 6. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A pretensão cognoscente da disciplina jurídica de novos fenômenos sociais muitas vezes demanda do intérprete a revisitação de conceitos doutrinários e da epistemologia consolidada sobre determinada temática. O desafio se torna ainda mais complexo quando se trata de definir diretrizes éticas e axiológicas para o desenvolvimento de determinada atividade.

A ascensão da inteligência artificial no cotidiano – desde situações mais banais como *Spotify*,¹ *feed* de notícias de rede social, *Waze*,² até contextos mais sofisticados como transações no mercado financeiro e veículos autônomos – criou a necessidade da consolidação de parâmetros mínimos de verificação de confiabilidade desses sistemas.

O Grupo Europeu de Ética na Ciência e Novas Tecnologias, organização independente e multidisciplinar composta por especialistas designados pela Comissão Europeia, publicou as Diretrizes Éticas para a Inteligência Artificial Confiável, documento que visa estabelecer parâmetros mínimos para a aferição da confiabilidade do sistema tecnológico.

O presente trabalho visa, por meio de análise documental e metodologia dedutiva de revisão bibliográfica, descrever as diretrizes consagradas no texto, analisando os

¹ Spotify é um serviço de compartilhamento de músicas lançado em 2008, que sugere músicas ao usuário de acordo com suas preferências musicais.

² Waze é um serviço para dispositivos móveis baseado na navegação por satélite e que contém informações sobre rotas e mapas.

conceitos estipulados e a sua aplicabilidade no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

2. Da Inteligência Artificial

Conceituar inteligência artificial não é tarefa fácil. Com efeito, não há um único conceito aceito de modo universal, existindo, no entanto, algumas características que singularizam o sistema como tal. Russel e Norvig, na obra *Artificial Intelligence: a modern approach*, listam as quatro maiores categorias onde se costuma conceituar a inteligência artificial, enquadrando-as em “sistemas que pensam como humanos”, “sistemas que agem como humanos”, “sistemas que pensam racionalmente” e “sistemas que agem racionalmente”.

No que se refere aos aspectos que a singularizam e lhe atribuem o aspecto de racionalidade análoga à dos seres humanos, argumenta-se que

O primeiro é a comunicação. Pode-se comunicar com uma entidade inteligente. Quanto mais fácil for se comunicar com uma entidade, mais inteligente a entidade parece. Pode-se comunicar com um cachorro, mas não sobre a Teoria da Relatividade de Einstein. O segundo é o conhecimento interno. Espera-se que uma entidade inteligente tenha algum conhecimento sobre si mesma. O terceiro é o conhecimento externo. Espera-se que uma entidade inteligente conheça o mundo exterior, para aprender sobre isso, e utilizar essa informação. A quarta é o comportamento orientado por objetivos. Espera-se que a entidade tome medidas para atingir seus objetivos. O quinto é a criatividade. Espera-se que uma entidade inteligente tenha algum grau de criatividade. Neste contexto, criatividade significa a capacidade de tomar uma ação alternativa quando a ação inicial falha. Uma mosca tenta sair de uma sala e as colisões contra a vidraça continuam a repetir o mesmo comportamento fútil. Quando um robô AI bate em uma janela, ele tenta sair usando a porta. A maioria das entidades AI possui esses cinco atributos por definição. (Tradução livre). (HALLEVY, 2016, p. 175).³

³ “The first is communication. One can communicate with an intelligent entity. The easier it is to communicate with an entity, the more intelligent the entity seems. One can communicate with a dog, but not about Einstein's Theory of Relativity. The second is internal knowledge. An intelligent entity is expected to have some knowledge about itself. The third is external knowledge. An intelligent entity is expected to know about the outside world, to learn about it, and utilize that information. The fourth is goal-driven behavior. An intelligent entity is expected to take action in order to achieve its goals. The fifth is creativity. An intelligent entity is expected to have some degree of creativity. In this context, creativity means the ability to

Patrick Henry Winston (1993, p. 5), por sua vez, aduz que existem várias formas de definir a inteligência artificial, definindo-a como o estudo da computação que possibilita perceber, racionar e agir. Ressalte-se, ainda, que muitas máquinas são conduzidas por interfaces de comandos, o que atrela sua atividade à vontade do emissor ou proprietário. Outras, no entanto, têm demonstrado grau de interatividade mais baixo, evidenciando condução mais autônoma em relação ao ser humano.

Desse modo, a condução da atividade da máquina difere entre os sistemas que possuem interatividade alta com o operador-usuário, usualmente se subordinando às suas emissões, e os sistemas que possuem interatividade baixa com o operador-usuário, usualmente demonstrando autossuficiência na condução das atividades.

Argumenta-se que existem três tipos de inteligência artificial (STRELKOVA; PASICHNYK, 2017). A primeira seria a *Artificial Narrow Intelligence* (ANI), uma espécie de inteligência artificial que se especializa numa única área e possui um único objetivo definido, tais como as máquinas treinadas para jogar xadrez, por exemplo. A segunda seria a *Artificial General Intelligence* (AGI), inteligência que mimetiza a mente humana e tem várias habilidades, tais como planejar e resolver problemas, compreender ideias complexas e aprender rapidamente por meio da experiência. Por fim, a terceira seria a *Artificial Super Intelligence* (ASI), intelecto que seria mais inteligente que até mesmo o cérebro humano em diversas áreas, incluindo habilidades sociais.

Cabe ressaltar que a tendência contemporânea é que tais máquinas possuam cada vez mais autossuficiência, sendo a inteligência artificial uma demonstração da capacidade de reprodução cognitiva das máquinas em que o acúmulo de aprendizado visa simular a experiência mental humana. Impende observar, contudo, que utilizar a experiência humana como parâmetro para a análise da IA pode acarretar dificuldades.

Nesse sentido, Jerry Kaplan (2016, p. 4) argumenta que

há outro problema com o uso de recursos humanos como um critério para a inteligência artificial. Máquinas são capazes de realizar muitas tarefas que as pessoas não podem fazer, e muitas dessas performances certamente parecem demonstrações de inteligência. Um programa de segurança pode suspeitar de um ataque cibernético baseado em um

take alternate action when the initial action fails. A fly tries to exit a room and bumps into a windowpane continues to repeat the same futile behavior. When an **AI** robot bumps into a window, it tries to exit using the door. Most **AI** entities possess these five attributes by definition”.

padrão incomum de solicitações de acesso aos dados em um período de apenas quinhentos milissegundos; um sistema de alerta de tsunamis pode soar um alarme baseado em mudanças quase imperceptíveis nas alturas do oceano que refletem a geografia submarina complexa; Um programa de descoberta de drogas pode propor uma nova mistura, encontrando um padrão previamente despercebido de arranjos moleculares em compostos de tratamento de câncer bem-sucedidos. O comportamento exibido por sistemas como esses, que se tornará cada vez mais comum no futuro próximo, não se presta a comparação com as capacidades humanas.⁴

Jerry Kaplan (2016, p. 5) acrescenta que a essência da inteligência artificial – na verdade, a essência da inteligência – é a capacidade de fazer generalizações apropriadas em tempo hábil, com base em dados limitados.⁵ No contexto contemporâneo, a inteligência artificial assume espaço em diversos ramos e possui inúmeras funções, podendo ajudar especialistas a resolver difíceis problemas de análise, a desenvolver novas ferramentas, a aprender por meio de exemplos e representações, a trabalhar com estruturas semânticas e a criar novas oportunidades de mercado (WINSTON, 1993, p. 10-14). A inteligência artificial alastra-se de modo exponencial no cotidiano, desde atividades mais banais até atividades mais sofisticadas, sem que muitas vezes as pessoas se deem conta da utilização dessa tecnologia.

Desde quando acordamos com o *smartphone*, a música que escolhemos no *Spotify*, o trajeto que escolhemos no *Waze*, o filme que selecionamos na *Netflix*,⁶ o *Uber*⁷ que pedimos, até o cupom de desconto que é emitido em drogarias. No contexto contemporâneo, pouca coisa consegue escapar do alcance da tecnologia, o que vem nos tornando cada vez mais dependentes desses mecanismos, que essencialmente criam necessidades que até então nem sequer eram percebidas pelos seres humanos.

⁴ “But there's another problem with using human capabilities as a yardstick for AI. Machines are able to perform lots of tasks that people can't do at all, and many such performances certainly feel like displays of intelligence. A security program may suspect a cyber attack based on an unusual pattern of data access requests in a span of just five hundred milliseconds; a tsunami warning system may sound an alarm based on barely perceptible changes in ocean heights that mirror complex undersea geography; a drug discovery program may propose a novel admixture by finding a previously unnoticed pattern of molecular arrangements in successful cancer treatment compounds. The behavior exhibited by systems like these, which will become ever more common in the near future, doesn't lend itself to comparison with human capabilities. Nonetheless, we are likely to regard such systems as artificially intelligent.”

⁵ “The essence of AI – indeed the essence of intelligence – is the ability to make appropriate generalizations in a timely fashion based on limited data.”

⁶ Netflix é uma provedora de compartilhamento de filmes e séries, que sugere programas de acordo com as preferências do usuário.

⁷ Uber é uma prestadora de serviços na área do transporte privado urbano, que atua por meio de um aplicativo de transporte que permite a busca por motoristas baseada na localização.

Um sistema de inteligência artificial não é somente capaz de armazenar e manipular dados, mas também de adquirir, representar e manipular conhecimento. Essa manipulação inclui a capacidade de deduzir novos conhecimentos a partir daqueles já existentes e utilizar métodos de representação para resolver questões complexas (CÂMARA, 2001, p. 1).

Para Peter Norvig e Stuart Russell (1995, p. 33) a definição de um agente racional ideal se caracteriza quando, “para cada possível sequência de percepção, um agente racional ideal deve fazer qualquer ação que seja esperada para maximizar sua medida de desempenho, com base nas evidências fornecidas pela sequência perceptiva e em qualquer conhecimento embutido que o agente tenha”. A inteligência artificial é, nesse aspecto, um mecanismo de acúmulo e representação de conhecimento, que se expande à medida que coleta mais dados.

Para isso, a inteligência artificial muitas vezes se utiliza de algoritmos, ferramenta que pode ser compreendida como uma sequência de etapas utilizada pela inteligência artificial para solucionar um problema ou realizar uma atividade. Os algoritmos podem atuar por meio de *machine learning*, que é, essencialmente, a atividade da máquina de aprender novos fatos por meio da análise dos dados e da experiência prévia, sem programação explícita para tanto, adaptando a aprendizagem a novas situações (CERKA; GRIGIENE; SIRBIKYTE; 2015, p. 380).

Uma das inquietações oriundas das revoluções tecnológicas e industriais iniciadas no século XX, e que se avulta cada vez mais no contexto social, é a preocupação com a demarcação de limites na interação entre ser humano e inteligência artificial.

Em sede literária, por exemplo, Isaac Asimov enumerou as chamadas “Três Leis da Robótica” em sua obra “Eu, Robô”: a) um robô não pode ferir um ser humano ou, por omissão, permitir que um ser humano sofra algum mal; 2) um robô deve obedecer às ordens que lhe sejam dadas por seres humanos, exceto nos casos em que tais ordens contrariem a Primeira Lei; c) um robô deve proteger a sua própria existência, desde que tal proteção não entre em conflito com a Primeira e a Segunda Leis.

A preocupação se renova cada dia quando se constata que a inteligência artificial assume cada vez mais espaço. Exsurge, destarte, um novo paradigma operacional cibernético cada vez mais presente, com máquinas tomando decisões e assumindo posturas típicas de indivíduos, onde funcionavam profissões ora obsoletas. Sistemas decidem como serão feitos os investimentos de um banco, carros são conduzidos de modo autônomo, negócios jurídicos são firmados por meio de *softwares*

em contratos eletrônicos, microscópios da *Google Brain* são capazes de diagnosticar câncer,⁸ robôs são produzidos para colaborar no cotidiano de idosos no Japão,⁹ além de mecanismos utilizados no cotidiano como *Spotify*, *Waze* e *Netflix*. São apenas amostras do potencial transformador da inteligência artificial no meio comunitário.

É inquestionável que o advento de novas descobertas científicas enseja a incerteza acerca de seus efeitos futuros, máxime ante o exponencial potencial que tais tecnologias costumam ostentar. Nesse panorama, visando direcionar o desenvolvimento de tal tecnologia, no dia 8 de abril de 2019 a Comissão Europeia divulgou diretrizes éticas para a inteligência artificial (IA) confiável, documento que se baseia no trabalho do Grupo Europeu de Ética na Ciência e Novas Tecnologias e outros esforços similares. A Comissão Europeia é instituição que, entre outras funções, propõe legislações e programas de ação no contexto europeu.

O Grupo Europeu de Ética na Ciência e Novas Tecnologias é uma organização independente e multidisciplinar, composta por especialistas designados pela Comissão Europeia, criada em 20 de novembro de 1991. Visa estudar os aspectos políticos e legislativos de cruzamento entre as dimensões éticas e sociais dos direitos humanos com o desenvolvimento tecnológico e científico.

O objetivo das Diretrizes em análise é promover uma inteligência artificial que seja confiável, característica que se desdobra em três componentes, que devem ser atendidos durante todo o ciclo de vida do sistema e necessariamente em conjunto: a) observância à legalidade; b) à ética; e c) à robustez, tanto do ponto de vista técnico como do ponto de vista social. É evidente que podem surgir tensões entre tais componentes, tendo-se a ponderação como técnica para alinhá-los.

As Diretrizes articulam, em seu primeiro capítulo, os direitos fundamentais e os princípios éticos cruciais no contexto de desenvolvimento da inteligência artificial. No segundo capítulo são elencados requisitos que os sistemas de inteligência artificial devem observar para que sejam considerados confiáveis. Por fim, no terceiro capítulo, as Diretrizes fornecem uma lista de avaliação que ajuda a operacionalizar os requisitos antes mencionados, sempre com a perspectiva de estimular as discussões atinentes ao tema.

⁸ Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/produto/129343-microscopio-google-realidade-aumentada-ia-detectar-cancer.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁹ Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2011/10/robos-poderao-ajudar-populacao-de-idosos-no-japao-no-futuro.html>. Acesso em: 20 set. 2018.

3. Dos Princípios Éticos da Inteligência Artificial

As Diretrizes determinam, de início, que a inteligência artificial deve respeitar a autonomia humana, a prevenção de danos, a justiça e a explicabilidade. Também deve observar a situação de grupos vulneráveis, como crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiências ou outros marcados por assimetrias de poder e informação, tais como consumidores e trabalhadores.

Não obstante os inegáveis progressos proporcionados pelo desenvolvimento tecnológico, a inteligência artificial também comporta riscos e pode acarretar efeitos negativos, inclusive impactos difíceis de mensurar ou identificar no presente momento. Faz-se imprescindível a adoção de medidas adequadas para mitigar tais riscos.¹⁰

É fundamental que haja um conhecimento mínimo acerca das capacidades e limitações da inteligência artificial, com o objetivo de facilitar a rastreabilidade e a auditabilidade dos sistemas de IA, especialmente em situações críticas. Não se ignora que muitas vezes não há conhecimento exato acerca de como essas máquinas funcionam, fenômeno chamado de *black box* da inteligência artificial. Em comentário a tal fenômeno, Will Knight argumenta que “Nós podemos construir esses modelos, mas nós não sabemos como eles trabalham (KNIGHT, 2017)”.¹¹

A avaliação e a pesquisa nesse ramo, portanto, são essencialmente dinâmicas e visam continuamente a implementar requisitos e avaliar soluções, com o objetivo de que melhores resultados sejam alcançados para todas as partes envolvidas. As Diretrizes também ressaltam a necessidade de que os sistemas de inteligência artificial sejam centrados no ser humano, apoiados no compromisso de servir à humanidade e sua liberdade. Trata-se da perspectiva antropocêntrica que predomina no contexto pós-moderno, em que se alça a dignidade humana como epicentro do sistema normativo.

Uly de Carvalho (2018, p. 97) argumenta que

(...) cabe apenas reafirmar não oferecer consistência uma analogia com os seres humanos: a autonomia dos robôs, de natureza eminentemente tecnológica, reduz-se a uma capacidade de escolha, fomen-

¹⁰ Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/07/robo-agarra-e-mata-trabalhador-dentro-de-fabrica-da-volkswagen.html>. Acesso em: 26 set. 2018.; Disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/shopping-robos-acidente-crianca/> Acesso em: 26 set. 2018.

¹¹ “We can build these models but we don’t know how they work”.

tada pelas potencialidades de uma variedade de combinações algorítmicas viabilizadas por um *software*. Não pressupõe em suas decisões um comportamento ético, realizável por uma ponderação valorativa e moral, e tão pouco contempla algum zelo com o outro, pois tal nota poderia destoar da própria eficiência que é a raiz da IA.

Autores como Vernor Vinge (1993) suscitam questões de uma era de pós-humanidade baseada numa noção de singularidade tecnológica,¹² na qual as máquinas adquirem um grande nível de autonomia. Já John Searle busca refutar a ideia de que uma máquina possa efetivamente pensar.¹³ Verifica-se que, nesse contexto, muitas das tentativas de teorização culminam em abordagens mais ou menos polarizadas. O fato é que as Diretrizes norteiam a compreensão da inteligência artificial como um mecanismo para o bem-estar humano, servindo-lhe como instrumento de desenvolvimento.

Nesse diapasão, torna-se imprescindível que todas as diretrizes éticas e as obrigações legais aplicáveis aos processos de desenvolvimento, implantação e uso de inteligência artificial sejam devidamente observadas, além de ser o sistema de IA suficientemente robusto. A robustez se refere tanto à perspectiva técnica, que se consubstancia na adequação do sistema e no domínio de aplicação ou fase do ciclo de vida, como à perspectiva social, que considera o contexto e o ambiente em que o sistema opera.

¹² “Quando a inteligência maior que a humana impulsiona o progresso, esse progresso será muito mais rápido. De fato, parece não haver razão para que o progresso em si não envolva a criação de entidades ainda mais inteligentes – em uma escala de tempo ainda menor (...). Essa mudança será uma eliminação de todas as regras humanas, talvez em um piscar de olhos – uma fuga exponencial além de qualquer esperança de controle. Os desenvolvimentos que foram pensados para acontecer em ‘um milhão de anos’ provavelmente acontecerão no próximo século. É justo chamar este evento de uma singularidade (‘a Singularidade’ para os propósitos desta peça). É um ponto em que nossos modelos antigos devem ser descartados e uma nova realidade deve ser governada, um ponto que se tornará mais vasto que os assuntos humanos, até que a noção se torne um lugar-comum. No entanto, quando finalmente acontece, ainda pode ser uma grande surpresa e uma grande incerteza.” (Tradução livre).

¹³ John Searle se utiliza, em 1980, de teste chamado de “O argumento do quarto chinês”. Deduz que o robô possui limitações que o restringem no campo da sintaxe. O “argumento do quarto chinês” se refere à hipótese em que um indivíduo, falante apenas do idioma português, encontra-se fechado num quarto com uma caixa, símbolos em chinês e um livro com regras. Explicita-se que símbolos devem ser enviados quando outros são remetidos. Supõe-se que são enviadas sucessivas perguntas em chinês, de modo que o indivíduo sempre recorre ao material disponível, enviando respostas corretas em chinês, sem, contudo, compreender aquilo a que se refere. Por analogia, Searle argumenta que tal funcionamento se assemelha à computação, porquanto a máquina não possui capacidades cognitivas efetivas, limitando-se a gerenciar símbolos.

No que tange aos direitos fundamentais a serem observados, impende ressaltar que os tratados da União Europeia e a Carta da União Europeia prescrevem uma série de direitos fundamentais que os Estados-membros e as instituições da União Europeia são obrigados a respeitar, no tocante à dignidade, liberdade, igualdade e solidariedade. O alicerce de tais direitos reside precisamente na dignidade humana, que atribui ao ser humano uma posição única e inalienável, central na vida social, política e econômica.

No caso do Brasil, verifica-se que é imprescindível que não haja violação às disposições do art. 5º da Constituição Federal, além daquelas decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta. Não se ignora que podem exsurgir tensões em tal processo, máxime em se tratando de tipicidade aberta, o que demanda do intérprete um esforço argumentativo que compatibilize os interesses em questão.

Nesse contexto, elenca-se inicialmente a necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana, enquanto sujeito que possui valor intrínseco e que não pode ser reprimido por tecnologias de inteligência artificial. Sob a perspectiva kantiana, surge a preocupação em tratar o ser humano como finalidade em si mesmo, rejeitando concepções que o reificam ou o tratam como instrumento a ser manipulado ou classificado. É imprescindível que os sistemas de inteligência artificial respeitem a integridade física e intelectual dos seres humanos.

É fundamental que seja respeitada a liberdade do indivíduo. O direito à liberdade se consubstancia na “prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determinar-se conforme a sua própria consciência (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 664)”. Caracteriza-se pelo poder de atuação individual em busca de seus próprios objetivos, substancializado na liberdade de ação, de locomoção, de opinião, de expressão, de informação, de crença, de associação e opção profissional. Ainda no que tange à liberdade, esta deve ser compreendida não somente como a ausência de coerção sobre o indivíduo, mas também sob a perspectiva da ausência de vigilância injustificada e de manipulações indiretas.

Demanda-se, nesse teor, que o indivíduo esteja consciente de que está lidando com um mecanismo de inteligência artificial, dos dados que fornece para a tecnologia e do modo como tais dados serão utilizados. É nesse sentido que a Lei nº 13.709/18¹⁴ (Lei Geral de Proteção de Dados) dispõe, em seu art. 9º, que o titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras carac-

¹⁴ A Lei nº 13.709/18 teve sua *vacatio legis* alterada por força da Lei nº 13.853/19, de modo que entrará em vigor no dia 28 de dezembro de 2018, quanto aos arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B e 24 (vinte e quatro) meses após a data de sua publicação (15.8.2018), quanto aos demais artigos.

terísticas previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso, finalidade específica, forma e duração do tratamento, identificação e informações de contato do controlador, informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e finalidade, responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento e direitos do titular.

Trata-se de consagrar a autodeterminação informativa, de modo que o pleno exercício dos direitos de liberdade do indivíduo depende também do controle que possui acerca da circulação de seus dados, especialmente considerando que a manipulação dos dados pessoais pode acarretar uma representação que simboliza o indivíduo perante o meio social.

Ainda na perspectiva do direito à liberdade, é fundamental que o indivíduo detenha a capacidade de influenciar ou interromper o uso de seus dados pela inteligência artificial, não podendo haver utilização indevida ou que se desvirtue das finalidades propostas pelo usuário. Essa preocupação pode ser especialmente relevante na hipótese da comercialização de robôs sexuais, por exemplo. Isso porque muitas vezes tais robôs não são apenas máquinas estáticas, senão mecanismos que utilizam algoritmos que intentam despertar as emoções de seu parceiro. Nesse sentido, o robô sexual também passa a armazenar e processar informações íntimas do usuário, o que requer garantias para que tais dados permaneçam privados e seguros contra ataques de *hackers*.

A preocupação acerca da relação entre o fluxo de dados e a inteligência artificial é ressaltada por Eduardo Tomasevicius Filho (2018, p. 137)

quando computadores estavam isolados uns dos outros, a capacidade da inteligência artificial limitava-se aos dados disponíveis nas memórias dessas máquinas. Porém, com a melhoria dos *softwares* de reconhecimento de textos, imagens e informações originalmente registradas em suportes materiais – e, sobretudo, com a possibilidade de acesso a esses dados de maneira instantânea em qualquer parte do mundo por meio da Internet, além do armazenamento de informações em grandes servidores de dados, também conhecida como “computação na nuvem” –, a inteligência artificial assumiu nova dimensão, porque possibilitou o acesso a informações *ad infinitum*. Além disso, a Internet facilita a formação e coleta de *big data*, isto é, de informações relativas à navegação pela rede, como também sobre o que é inserido ou consultado pelo interessado.

Também se ressalta a necessidade de respeito pelo regime democrático, de modo que os sistemas de inteligência artificial devem respeitar a pluralidade de valores e escolhas individuais, sem prejudicar compromissos fundamentais sobre os quais o

Estado Democrático de Direito se fundamenta, tais como a isonomia e o devido processo legal.

Tal preocupação é especialmente relevante quando se constata que a inteligência artificial vai muito além das recomendações que são apresentadas no *Spotify* ou na *Netflix*. Evidencia-se a crescente utilização da inteligência artificial por órgãos judiciais, o que vem se verificando, inclusive, no Brasil. No Superior Tribunal de Justiça¹⁵, por exemplo, desenvolveu-se um projeto-piloto que, na Secretaria Judiciária, automatizará a definição do assunto do processo na classificação processual e na extração automática de dispositivos legais apontados como violados. No Supremo Tribunal Federal desenvolve-se um sistema chamado VICTOR, cujo objetivo é ler os recursos extraordinários que chegam a essa Corte e identificar a vinculação com determinados temas de repercussão geral.

Também são conhecidas as chamadas *startups law techs*¹⁶, que desenvolvem “robôs advogados” capazes de auxiliar o profissional na coleta de dados, organização de documentos, cálculos, formatação, interpretações judiciais, prognósticos de decisões etc. Para além de tais funções, nos EUA, algoritmos de avaliação de risco vêm sendo utilizados para medir a probabilidade de reincidência de um acusado¹⁷, em fenômeno chamado de *predictive justice*. Nesse sentido, o americano Eric Loomis foi condenado a seis anos de prisão, com base numa previsão algorítmica secreta que concluiu que o sujeito voltaria a cometer crimes.¹⁸

Indaga-se se tal sistema seria compatível com a axiologia constitucional brasileira, considerando que tal fundamentação afeta inequivocamente os direitos do contraditório e da ampla defesa, pilares do devido processo legal num regime democrático. É incontestável que os sistemas de IA possuem ampla capacidade de melhorar a eficiência da prestação dos serviços públicos. Ocorre que, paradoxalmente, também possuem capacidade de afetar negativamente os direitos fundamentais dos cidadãos. O modo do exercício punitivo estatal sobre seus cidadãos é uma manifestação direta da caracterização do sistema político. O ente estatal pode se manifestar

¹⁵ Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-d%C3%A1-primeiro-passo-para-implantar-intelig%C3%A2ncia-artificial-na-rotina-do-processo Acesso em: 28 set. 2018.

¹⁶ Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/negocios/inovacao/noticia/6757258/primeiro-robo-advogado-brasil-lancado-por-empresa-brasileira-conheca> Acesso em: 28 set. 2018.

¹⁷ Disponível em: <http://parisinnovationreview.com/articles-en/predictive-justice-when-algorithms-pervade-the-law>. Acesso em: 14 mai. 2019.

¹⁸ Disponível em: https://www.nytimes.com/2017/05/01/us/politics/sent-to-prison-by-a-software-programs-secret-algorithms.html?_r=0. Acesso em: 14 mai. 2019.

como autoritário ou democrático a depender da maneira como estrutura sua relação com o meio social.

Ainda na questão criminal, um relatório da ProPublica¹⁹ indicou que os algoritmos expunham vieses racistas na aplicação da lei. A fórmula culminava por denunciar equivocadamente réus negros como futuros criminosos, rotulando-os quase duas vezes mais como criminosos de alto risco, mesmo quando não reincidiam de fato. A empresa responsável pelo desenvolvimento do sistema refutou as acusações e aduziu que as conclusões foram extraídas por meio de um questionário de 137 perguntas respondidas pelos réus ou extraídas de registros criminais.

É imprescindível que a utilização da IA no âmbito judicial ocorra de forma transparente, mormente tendo em vista o princípio da publicidade na Administração Pública, estampado no art. 37 da Constituição Federal. No mesmo sentido, só é possível questionar os fundamentos de uma decisão automatizada quando se conhecem os critérios previamente estipulados. Não se ignoram, contudo, as dificuldades que podem surgir em face da propriedade intelectual do programador. Seria igualmente desejável que a autoridade responsável pela custódia de tais dados os tratasse com sigilo, bem como todas as partes envolvidas na verificação das questões que se fizessem necessárias.

É fundamental que também haja uma postura de ceticismo acerca da concepção de neutralidade dos dados. Isso porque a inteligência artificial se baseia numa grande quantidade de dados e informações cuja mineração depende, sobretudo, de escolhas dos programadores. A operação depende essencialmente de *inputs* e de *outputs* do programador.

Se os dados subjacentes são tendenciosos, as desigualdades estruturais e os preconceitos inculcados nos dados serão amplificados por meio da atividade da inteligência artificial. As próprias escolhas sobre inserção, organização e classificação de dados deve ser feita de modo cauteloso por todos os envolvidos, sob pena de violação aos direitos de personalidade.

A dificuldade exsurge quando se constata que tais dados são reflexos de problemas estruturais verificados na sociedade. Por exemplo, quando se argumenta que existem evidências de que americanos negros são presos cerca de quatro vezes mais

¹⁹ Disponível em:
<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.
Acesso em: 14 mai. 2019.

que os americanos brancos.²⁰ Se houver a coleta fiel de tais dados pelo algoritmo, a IA incorpora e reflete esse viés.

É possível que surjam simplificações inadequadas em face de situações sociais complexas que exigem um raciocínio mais aprofundado, o que exige um papel proativo e cauteloso do programador, que busque assegurar ampla representação nos dados, para que seja possível reduzir distorções e assegurar condições imparciais.

A própria noção de julgamento por uma máquina também recebe críticas. Argumenta-se que

permitir que uma máquina tome determinada decisão em âmbito jurisdicional só seria possível se se concebesse o processo jurisdicional como uma mera escolha entre as várias disponíveis, e sem que se considerasse a importância da hermenêutica e dos valores (éticos, sociais e morais) para tal processo (OLIVEIRA; COSTA, 2018, p. 11).

Evidencia-se, nesse ponto, a necessidade de abertura do sistema jurídico para argumentos pragmáticos e éticos, desvinculando-se de uma perspectiva hermética que se funda em dados limitados, para que se possa assegurar um efetivo diálogo democrático.

As Diretrizes também apontam a necessidade de observar a igualdade, a não discriminação e a solidariedade, especialmente os direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade ou exclusão. Nesse contexto, a isonomia implica precisamente a impossibilidade de que os sistemas desenvolvam situações tendenciosas, devendo ser inclusivos e representar grupos populacionais diferentes, com especial atenção a grupos tidos como vulneráveis.

No item 2.2, o documento também elenca princípios a serem observados no desenvolvimento da inteligência artificial. Nesse sentido, elenca-se o princípio do respeito pela autonomia humana, de modo que “os seres humanos que interagem com os sistemas de IA devem ser capazes de manter uma autodeterminação plena e efetiva sobre si mesmos e poder participar do processo democrático²¹” (HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE SET UP BY THE

²⁰ Disponível em: <https://www.politifact.com/punditfact/statements/2016/jul/13/van-jones/van-jones-claim-drug-use-imprisonment-rates-blacks/>. Acesso em: 14 mai. 2019.

²¹ “Humans interacting with AI systems must be able to keep full and effective self-determination over themselves, and be able to partake in the democratic process”. *Ethics Guidelines for trustworthy AI*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em: 4 mai. 2019, p. 12.

EUROPEAN COMMISSION ETHICS GUIDELINE, 2019, p. 12). Não poderia haver, portanto, subordinação ou manipulação dos seres humanos por meio da inteligência artificial, devendo esta servir para complementar e fomentar as habilidades cognitivas, sociais e culturais dos agentes, deixando margem de escolha ao ser humano.

Tal perspectiva implica assegurar a supervisão humana acerca do funcionamento da inteligência artificial, o que também enseja ponderações sobre noções de IA forte (STRELKOVA; PASICHNYK, 2019), considerando que em tais situações a IA possui maior capacidade de autossuficiência.

Outro princípio elencado é o da prevenção do dano. Esse princípio determina que os sistemas de IA não devem causar nem agravar danos ou, de outra forma, afetar adversamente os seres humanos. Trata-se da consagração da incolumidade das esferas jurídicas, fundamentada na dignidade e na integridade mental e física do ser humano. Como corolário, torna-se imprescindível que os ambientes de operação sejam suficientemente seguros e tecnicamente robustos, dando especial atenção às situações em que possam existir vulnerabilidades e assimetrias de poder ou informação, em consideração ao ambiente natural de todos os seres humanos.

A prevenção dos danos é um imperativo cada vez mais constante na contemporânea sociedade de risco. Diariamente surgem notícias acerca de ataques de *hackers*²² ou vazamentos indevidos de dados,²³ o que seguramente tem o condão de violar direitos de personalidade dos usuários. Com efeito, sob a perspectiva de Ulrich Beck em sua obra “A sociedade de risco”, a sociedade contemporânea é marcada por perigos que se situam na imbricação entre construções científicas e sociais, sendo o desenvolvimento tecnológico uma fonte de causa, definição e solução de riscos. A IA deve assumir, nesse contexto, protagonismo na tentativa de mitigação e gerenciamento de crises.

As Diretrizes também referem o princípio da justiça, suscitando que tal princípio deve possuir dimensão substantiva e processual. A dimensão substantiva implica o compromisso de distribuição igualitária e equânime de benefícios e custos, bem como a ausência de discriminações e estigmatizações, na observância da proporcionalidade entre fins e meios e no equilíbrio entre objetivos concorrentes.

²² Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/05/14/whatsapp-detecta-vulnerabilidade-que-permite-o-acesso-de-hackers-a-celulares.ghtml>. Acesso em: 12 mai. 2019.

²³ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI302322,71043-Instituto+pede+que+Facebook+seja+condenado+em+R+150+milhoes+por>. Acesso em: 13 mai. 2019.

Noutro norte, na dimensão processual, ressalta-se a capacidade de contestar e buscar reparações efetivas em face de lesões causadas por mecanismos de IA, bem como pelos agentes que os operam. Para tanto, argumenta-se que “a entidade responsável pela decisão deve ser identificável, e os processos de tomada de decisão devem ser explicáveis”.²⁴

Exsurge, nesse ponto, a necessidade de que os algoritmos sejam auditáveis e que a tomada de decisão possa ser compreendida pelos interessados. Simultaneamente, deve-se assegurar que os interesses empresariais do programador não sejam comprometidos, o que, por si só, já cria desafios jurídicos a serem desenvolvidos pela doutrina e pelo legislador.

Compreende-se, ainda, que a terminologia “princípio da justiça”²⁵ não foi a mais adequada, mormente considerando a multiplicidade de conceitos e interpretações que tal vocábulo pode denotar. Analisando a ideia de justiça desenvolvida pelas Diretrizes, pode-se concluir que se quis fazer uma amálgama em referência a princípios de equidade, liberdade, proporcionalidade, solidariedade social e devido processo legal.

As Diretrizes também indicam o princípio da explicabilidade.²⁶ Esta possui o objetivo de manter a transparência e a confiança dos usuários na tecnologia, devendo

²⁴ “The entity accountable for the decision must be identifiable, and the decision-making processes should be explicable”.

²⁵ “The development, deployment and use of AI systems must be fair. While we acknowledge that there are many different interpretations of fairness, we believe that fairness has both a substantive and a procedural dimension. The substantive dimension implies a commitment to: ensuring equal and just distribution of both benefits and costs, and ensuring that individuals and groups are free from unfair bias, discrimination and stigmatisation. If unfair biases can be avoided, AI systems could even increase societal fairness. Equal opportunity in terms of access to education, goods, services and technology should also be fostered. Moreover, the use of AI systems should never lead to people being deceived or unjustifiably impaired in their freedom of choice. Additionally, fairness implies that AI practitioners should respect the principle of proportionality between means and ends, and consider carefully how to balance competing interests and objectives. The procedural dimension of fairness entails the ability to contest and seek effective redress against decisions made by AI systems and by the humans operating them. In order to do so, the entity accountable for the decision must be identifiable, and the decision-making processes should be explicable.”

²⁶ “This means that processes need to be transparent, the capabilities and purpose of AI systems openly communicated, and decisions – to the extent possible – explainable to those directly and indirectly affected. Without such information, a decision cannot be duly contested. An explanation as to why a model has generated a particular output or decision (and what combination of input factors contributed to that) is not always possible. These cases are referred to as ‘black box’ algorithms and require special attention. In those circumstances, other explicability measures (e.g. traceability, auditability and transparent communication on system capabilities) may be required, provided that the system as a whole respects fundamental rights.

expor as capacidades e o propósito do sistema de IA a todos aqueles que sejam direta ou indiretamente afetados. Numa sociedade marcada pelo consumo, o Código de Defesa do Consumidor traz como direito básico, em seu art. 6º, III, a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, incluindo os riscos que apresentem.

Ressalte-se que o dever de informação pode encontrar dificuldades, pois, muitas vezes, não há conhecimento exato do funcionamento da IA e de suas potencialidades. Especialmente em situações de utilização de algoritmos por órgãos judiciais, a explicabilidade assume grande relevância, porquanto uma decisão não pode ser efetivamente contestada sem que se possa auditar a inteligência artificial e compreender, em termos mínimos, o seu funcionamento.

Não se ignora que a existência da *black box* da IA, compreendida como a ausência de conhecimento acerca da tomada de uma saída ou decisão específica (ou de quais fatores contribuíram para isso), pode desencadear dificuldades. Ainda assim, o respeito aos direitos fundamentais exige que se adote uma postura de explicabilidade, com rastreabilidade e comunicação transparente acerca das capacidades e limitações conhecidas do sistema até então. Trata-se de uma análise contextual, que verifica o funcionamento, os dados, o estado da arte e os objetivos usualmente visados pelo mecanismo tecnológico.

Em síntese, as Diretrizes estabelecem os princípios do respeito pela autonomia humana, da prevenção do dano, da justiça e da explicabilidade. Inevitavelmente, tensões podem surgir da interação entre tais princípios, bem como com outros princípios e direitos fundamentais elencados pelo ordenamento jurídico brasileiro, não havendo uma resposta apriorística e fixa para a resolução de tais impasses.

Nesse ponto, é salutar a lição de Alexy (2015, p. 588) no sentido de que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Trata-se de analisar os fatores do contexto e ponderar quais interesses devem prevalecer. Em observância ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito é imprescindível que a percepção e a resolução de tais tensões sejam feitas de modo dialógico com todos os interessados.

Políticas públicas que utilizam reconhecimento facial²⁷ desencadeiam profundos debates acerca de conflitos entre a noção de justiça, autonomia humana, privacidade e os deveres estatais de proteção e segurança. Ainda sob o prisma de Alexy

The degree to which explicability is needed is highly dependent on the context and the severity of the consequences if that output is erroneous or otherwise inaccurate”.

²⁷ Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/7619379/>. Acesso em: 14 mai. 2019.

(2015, p. 297), uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão, de modo que a solução de tal conflito perpassa pela ponderação e atribuição de pesos aos interesses.

Impende ressaltar que as diretrizes não propõem soluções definitivas e prontas para as questões do desenvolvimento tecnológico, caracterizando-se como prescrições éticas abstratas para todos os interessados, que serão utilizadas por meio de reflexões fundamentadas como norte para a atividade empresarial e para a resolução de impasses e que ainda carecem de adaptação para a realidade sócio-econômica e jurídica brasileira.

4. Dos Requisitos de Confiabilidade

A partir do segundo capítulo das Diretrizes, elencam-se de modo exemplificativo os requisitos que devem ser observados para que o desenvolvimento da inteligência artificial seja confiável: a) agência e fiscalização humana; b) robustez e segurança; c) privacidade e governança de dados; d) transparência; e) diversidade, não discriminação e equidade; f) bem-estar social e ambiental; g) e responsabilização.

A verificação de tais requisitos demanda que haja pesquisa acerca dos sistemas de IA, com divulgação de resultados e abertura de questões ao público. O primeiro requisito reporta-se ao princípio da autonomia humana e requer que os sistemas de IA apoiem a tomada de decisões e permitam a supervisão humana sobre seu funcionamento, reafirmando o compromisso antropocêntrico.

Parte-se da perspectiva de que a tecnologia é um paradoxo, ao passo que simultaneamente é fator de causa e solução de riscos para os direitos fundamentais. Nesse sentido, a tecnologia pode ajudar indivíduos a terem maiores chances de cura de uma patologia ou aumentar a acessibilidade em educação para pessoas com deficiência, privilegiando o direito à saúde e à educação. Ao mesmo tempo, também pode violar a privacidade dos indivíduos e causar prejuízos imprevisíveis.

É imprescindível, portanto, que em tais situações haja uma avaliação dos impactos e uma tentativa de mitigação dos riscos necessários em uma sociedade democrática, com vistas a não infringir as esferas jurídicas dos indivíduos. No mesmo sentido, é importante que haja mecanismos de *feedback* externo sobre os sistemas de IA, com vistas a proporcionar um funcionamento dialógico com a sociedade.

Ainda tratando do mesmo requisito, é importante que os usuários sejam capazes de tomar decisões informadas sobre os sistemas de IA. Sobre o direito à informação, Paulo Lôbo (2001, p. 66) argumenta ser um direito fundamental que se concretiza

quando a informação recebida pelo consumidor típico preenche os requisitos de adequação, suficiência e veracidade. A adequação diz respeito aos meios de informação utilizados e seus respectivos conteúdos e linguagens; a suficiência diz respeito à completude e integralidade da informação; e, por fim, a veracidade diz respeito às reais características do produto ou serviço, além dos dados corretos acerca da composição, conteúdo, preço, prazos, garantias e riscos. O direito fundamental à informação concretiza-se quando o consumidor tem capacidade objetiva de conhecimento e compreensão acerca daquele produto ou serviço.

Ainda nesse ponto, é crucial a perspectiva de Paulo Lôbo (2011, p. 69) no sentido de que “insuficiente é, também, a informação que reduz, de modo proposital, as consequências danosas pelo uso do produto, em virtude do estágio ainda incerto do conhecimento científico ou tecnológico”. No campo da inteligência artificial, incumbe aos desenvolvedores informar o consumidor acerca da capacidade da máquina conhecida até então, advertindo-o da incerteza ou obscuridade no que tange a alguns funcionamentos da tecnologia.

Impende evidenciar a questão do direito de não estar sujeito a uma decisão baseada unicamente no processamento automatizado quando existirem efeitos legais sobre os usuários ou especificidades do caso concreto que demandem uma análise mais acurada. A supervisão humana deve ser garantida, ajudando a eliminar eventuais distorções.

O requisito da robustez e segurança, por sua vez, inclui a proteção aos ataques de *hackers*, planos de retorno e confiabilidade. A robustez técnica está intimamente ligada ao princípio da prevenção de danos, porquanto determina que os sistemas possuam abordagem preventiva de riscos e que se comportem de modo confiável, minimizando a ocorrência de danos inesperados. É imprescindível, portanto, que se desenvolvam proteções contra vulnerabilidades, máxime considerando a amplitude e influência que o *hacking* pode ter sobre o funcionamento da máquina. Medidas de segurança insuficientes também podem ensejar decisões equivocadas ou até danos físicos ao usuário.

O nível de medidas de segurança requeridas em determinado sistema de IA deverá ser proporcional ao nível da magnitude do risco apresentado pela máquina. O risco será maior na medida em que a máquina tiver menor precisão em seu funcionamento, isto é, menor capacidade de fazer julgamentos e classificações corretas com base nos dados ou modelos.

As Diretrizes estipulam, ainda, que “quando previsões imprecisas ocasionais não puderem ser evitadas, é importante que o sistema possa indicar a probabilidade de

ocorrência desses erros”,²⁸ o que concretiza a noção de boa-fé objetiva. É de extrema relevância que haja um mínimo controle sobre aquilo que se produz, para que seja possível, de modo transparente, informar os interessados sobre as limitações verificadas no produto ou serviço.

É fundamental que os resultados dos sistemas de IA sejam reprodutíveis e confiáveis, isto é, que funcionem adequadamente numa variedade de situações e de modo similar quando repetidos sob as mesmas condições, o que contribuirá para a obtenção do nível de precisão do sistema.

No que tange ao requisito da privacidade e proteção de dados, as Diretrizes indicam que o sistema deve garantir a integridade de todas as informações inicialmente fornecidas pelo usuário, bem como as informações geradas durante a interação com o sistema, assegurando que os dados coletados não sejam utilizados indevidamente. No ordenamento brasileiro, trata-se de assegurar a observância do art. 5º, X, da Constituição Federal.

No contexto contemporâneo, a privacidade abandona a clássica concepção de ser o mero “direito de estar só”, para abranger outras facetas de controle sobre as informações pessoais, especialmente na sociedade digital. Stefano Rodotà (2008, p. 36) desenvolve a concepção de autodeterminação informativa como direito fundamental e argumenta que

coerentemente com a mudança da própria definição de privacidade, a atenção deve passar do sigilo ao controle. Isto significa, em primeiro lugar, que se torna cada vez mais difícil individuar tipos de informações acerca dos quais o cidadão estaria disposto a “despir-se” completamente, no sentido de renunciar definitivamente a controlar as modalidades de seu tratamento e a atividade dos sujeitos que a utilizam. Esta concepção depende sobretudo da percepção de que até as informações aparentemente mais inócuas podem, se integradas a outras, provocar dano ao interessado. E não se pode dizer que tal comportamento esteja em contradição com a tendência, anteriormente referida, segundo a qual existem categorias inteiras de informações pessoais (como aquelas de conteúdo econômico) cuja divulgação é oportuna ou necessária: publicidade e controle não são termos contraditórios, como são publicidade e sigilo. Exatamente onde se admitir a máxima circulação das informações de conteúdo econômico, deve-se permitir aos interessados exercer um real poder de controle sobre a exatidão de tais informações, sobre os sujeitos que as operam e sobre as modali-

²⁸ “When occasional inaccurate predictions cannot be avoided, it is important that the system can indicate how likely these errors are”.

dades de sua utilização. Em segundo lugar, e sobretudo, a nova situação determinada pelo uso de computadores no tratamento das informações pessoais torna cada vez mais difícil considerar o cidadão como um simples “fornecedor de dados”, sem que a ele caiba algum poder de controle. De fato, a obrigação de fornecer dados não pode ser simplesmente considerada como a contrapartida dos benefícios sociais que, direta ou indiretamente, o cidadão pode chegar a aproveitar. As informações coletadas não somente tornam as organizações públicas e privadas capazes de planejar e executar os seus programas, mas permitem o surgimento de novas concentrações de poder ou o fortalecimento de poderes já existentes: consequentemente, os cidadãos têm o direito de pretender exercer um controle direto sobre aqueles sujeitos aos quais as informações fornecidas atribuirão um crescente plus-poder.

Nesse sentido, impõe-se o respeito pela privacidade, qualidade, integridade e acesso aos dados. Nos termos de Erick Lucena e Marcos Ehrhardt Júnior (2018, p. 44), algumas estratégias podem ser traçadas para a tutela da privacidade:

a primeira delas seria o “direito de oposição”, que, de forma individual ou coletiva, funcionaria como uma negativa à coleta e circulação de informações pessoais em determinadas formas. b) O “direito de não saber” é a segunda estratégia de tutela da privacidade, podendo ser tratado como decorrente do primeiro. Surgido em relação a dados de saúde, passa a ser estendido contra as formas de marketing direto que invadem a esfera privada do indivíduo com informações não solicitadas e não desejadas. c) Outra estratégia é tornar mais clara a finalidade da coleta de dados. A legitimidade aqui é condicionada à comunicação preventiva ao interessado sobre o motivo da coleta e o destino dos dados coletados. d) Por último, o “direito ao esquecimento”, “prevendo-se que algumas categorias de informações devam ser destruídas, ou conservadas somente em forma agregada e anônima, uma vez que tenha sido atingida a finalidade para a qual foram coletadas” ou ainda, “depois de transcorrido um determinado lapso de tempo.

A qualidade e a integridade dos dados são cruciais ao desempenho dos sistemas de IA, considerando que quando os dados coletados contêm vieses, imprecisões ou falhas estruturais, tais erros serão reproduzidos pela tecnologia. No mesmo sentido, a alimentação de dados maliciosos pode mudar o comportamento do sistema, especialmente no que tange à autoaprendizagem.

Por tais motivos, é importante que o conjunto e o processamento dos dados sejam testados e documentados em cada etapa, desde o planejamento, o treinamento, o

teste, até a implantação. Ademais, é interessante que haja um protocolo interno que discipline o acesso aos dados e suas respectivas circunstâncias, de modo que somente pessoas interessadas e qualificadas possam acessá-los. Ressalte-se que a proteção de dados pessoais está prevista no art. 8º²⁹ da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, e que a Diretiva 95/46/CE trata especificamente sobre as definições de dados pessoais e arquivos de dados pessoais, além de fixar princípios específicos.

O requisito da transparência, por sua vez, relaciona-se com o princípio da explicabilidade e abrange os elementos relevantes para um sistema de IA, quais sejam: os dados, o sistema e os modelos de negócio, exigindo rastreabilidade, explicabilidade e comunicação.

A relevância da rastreabilidade se perfaz quando o conjunto de dados e processos que geram a decisão do sistema IA, incluindo os de coleta e classificação de dados, bem como os algoritmos usados, são documentados. Isso torna mais fácil a compreensão das razões pelas quais uma decisão da IA foi tomada, o que ajuda a mitigar a ocorrência de erros futuros.

A explicabilidade diz respeito à capacidade de explicar os processos técnicos de tomada de decisão do sistema de inteligência artificial. Quanto maior for o impacto da tomada de decisão na vida do indivíduo, maior deve ser a possibilidade de exigir uma explicação acerca do processo, devendo tal explicação ser oportuna e adequada à perícia do *stakeholder* envolvido.

A transparência no modelo de negócios diz respeito às explicações de quanto um sistema de inteligência artificial influencia no processo de tomada de decisões organizacionais e nas escolhas dos projetos, bem como qual a justificativa para implantá-los.

A comunicação refere-se à necessidade de que o usuário seja previamente advertido que estará interagindo com um sistema de IA, de modo que a natureza da máquina seja identificável, bem como suas eventuais limitações e capacidades. Ressalte-se que a contribuição mais famosa de Alan Turing para a inteligência artificial foi o “Experimento mental”, também conhecido como Teste de Turing (HENDERSON, 2007, p. 29), que se caracteriza quando um ser humano se comunica com uma parte desconhecida, que poderia ser uma pessoa ou um computador. Se o computador fosse capaz de responder ao ser humano de modo que este acreditasse que se tratava de uma pessoa e não de uma máquina, haveria fortes evidências de que o computador realmente era inteligente.

²⁹ “Art. 8º 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.”

Nesse sentido, a inteligência artificial se caracterizaria por mimetizar a experiência humana de modo a fazer o interlocutor acreditar que se tratava de uma pessoa. O elemento da comunicação, nesse ponto, serve como obstáculo a essa confusão, de modo que o usuário deve ser previamente advertido de que está fazendo uso de uma tecnologia artificial.

O requisito da diversidade, não discriminação e justiça diz respeito à inclusão e à diversidade no processo de IA, envolvendo todos os *stakeholders* afetados ao longo do processo, bem como garantindo igualdade de acesso aos interessados. Nesse sentido, é imprescindível que sejam avaliados os critérios usados pelos sistemas de IA, uma vez que podem sofrer inclusões de modelos com vieses inadequados que podem ensejar preconceitos e discriminações não intencionais contra certos grupos, exacerbando problemas estruturais de marginalização.

Os vieses discriminatórios devem ser tolhidos já na fase de coleta, de modo que os critérios a serem utilizados no processamento da IA já estejam livres de tais falhas. É importante, assim, que a base de dados seja inclusiva no que tange a diversas culturas e origens. Tais problemas também podem ser mitigados com supervisões que analisem finalidade, restrições, requisitos e decisões do sistema de maneira coerente e transparente.

É fácil perceber que, se forem utilizados no modelo estatístico dados com alto potencial discriminatório, tais como dados raciais, étnicos ou de orientação sexual, haverá um grande risco de que a decisão que resultará do processo automatizado (*output*) também seja discriminatória. Esses dados são os chamados dados sensíveis, cujo processamento é limitado pelas legislações de proteção de dados de vários países, assim como pelo Regulamento Europeu de Dados Pessoais. Em segundo lugar, é preciso observar que o próprio método utilizado nas decisões automatizadas – por meio da classificação e seleção dos indivíduos – gera um risco de se produzirem resultados discriminatórios, ainda que de forma não intencional. Isto pode ocorrer porque, na discriminação estatística, teoria econômica que se tornou conhecida a partir dos textos de Edmund Phelps (1972) e Kenneth Arrow (1973), os indivíduos são diferenciados com base em características prováveis de um grupo, no qual esse indivíduo é classificado. Essa prática se baseia em métodos estatísticos, que associam esses atributos a outras características, cuja identificação pelo tomador de decisão é mais difícil, como nível de renda, risco de inadimplência, produtividade no trabalho, etc. (BRITZ, 2008, p. 15). Nesse contexto, é possível a ocorrência da discriminação por erro estatístico, o que decorreria tanto de dados incorretamente capturados como também de modelo estatístico de bases ci-

entíficas frágeis (BRITZ, 2008) (DONEDA; MENDES; SOUZA; ANDRADE, 2018, p. 5).

Além disso, podem surgir problemas de discriminação por outros meios: “resultados discriminatórios também são possíveis por meio da generalização, prática muito utilizada nas decisões automatizadas, o que levou Gabriele Britz (2008, p. 134) a cunhar a expressão “injustiça pela generalização”. A discriminação estatística se dá por meio da classificação de pessoas com determinadas características em certos grupos – isto é, por meio da generalização de que pessoas com tais características têm maior probabilidade de agir de certa maneira ou de apresentar determinadas qualidades. A generalização, nesse caso, embora o modelo possa funcionar bem e seja estatisticamente correto, pode levar à discriminação das pessoas que configuram os casos atípicos, não se enquadrando nas características do grupo geral. É o caso, por exemplo, da pessoa que, apesar de morar em determinada região, considerada de baixa renda e, portanto, classificada como de maior risco de inadimplência em modelos de risco de crédito, auferir na realidade renda superior à de seus vizinhos. A discriminação, nesse caso, dar-se-ia, porque, em um modelo em que a informação sobre endereço tem peso fundamental, o caso atípico seria tratado conforme o grupo em que está inserido, e não conforme as outras pessoas de sua faixa de renda” (DONEDA; MENDES; SOUZA; ANDRADE, 2018, p. 5).

As Diretrizes ressaltam, ainda, que deve haver padrão de acessibilidade e *design* universal. Isto é, os sistemas devem ser centrados no usuário e projetados de forma a permitir que todas as pessoas utilizem produtos ou serviços de IA, independentemente de idade, sexo, habilidades ou características, especialmente pessoas vulneráveis.

Recomenda-se que os *stakeholders* sejam consultados durante o ciclo de vida do sistema, solicitando *feedback* e estabelecendo mecanismos de longo prazo para a participação das partes, a ensejar um ambiente dialógico e democrático. Assim, José Barros Correia Júnior trata dos *stakeholders* sob a perspectiva de que a empresa é uma atividade concentradora de interesses múltiplos, indo além do tradicional negócio de interesses exclusivos dos investidores (CORREIA JÚNIOR, 2013, p. 173).

Sob a perspectiva da função social e da responsabilidade social, a teoria do *stakeholders* parte do pressuposto de que a empresa se caracteriza pela confluência de interesses múltiplos, que vão além do lucro do investidor e com ele se relacionam, sendo imprescindível considerar as atividades das partes interessadas.

O requisito do bem-estar social e ambiental refere-se ao desenvolvimento sustentável, respeito pelo meio ambiente e impacto social. Nesse ponto, o art. 225 da Constituição Federal brasileira estipula que todos têm direito ao meio ambiente ecologi-

camente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Trata-se, portanto, de direito fundamental baseado na noção de solidariedade social.

Os desenvolvedores da tecnologia devem lidar com as preocupações ambientais, sem negligenciar os impactos que podem advir de sua atuação. O processo de desenvolvimento, bem como toda a sua cadeia de produção e suprimentos, deve ser avaliado por meio da análise de seus recursos e consumo de energia, optando sempre por opções menos prejudiciais. Trata-se da consagração da função social da empresa, que tem o dever de observar as normas cogentes que versam sobre a preservação do meio ambiente.

Também se recomenda que os efeitos sociais oriundos da IA sejam devidamente analisados e monitorados, considerando que a tecnologia se torna cada vez mais presente e invasiva no cotidiano dos indivíduos, às vezes de modo bem sutil. Tal fenômeno pode ensejar modificações nas relações sociais, econômicas e culturais, contribuindo e simultaneamente deteriorando habilidades e costumes sociais. O uso de sistemas de IA deve ser cautelosamente analisado, máxime tendo em vista que até mesmo em contextos eleitorais³⁰ a tecnologia vem sendo utilizada para influenciar posturas e perspectivas sociais.

Por fim, o requisito da responsabilização se refere à possibilidade de auditoria, minimização de impactos negativos e reparação. A auditoria se refere à avaliação de algoritmos, dados e processos de *design*. Muito se argumenta acerca da possível violação de modelos de negócios e propriedade intelectual dos programadores por auditores externos e internos, o que demanda esforços no sentido de compatibilizar o sigilo de tais empresários com a necessidade de auditoria independente. Em sistemas que afetam direitos fundamentais, incluindo aplicações críticas de segurança, é imprescindível que os sistemas possam ser auditados.

É também importante que sejam relatadas as ações e decisões que contribuem para um determinado resultado do sistema, identificando e avaliando os potenciais impactos negativos dos sistemas de IA. Quanto maior for o risco que o sistema apresente, maior deve ser a cautela com as avaliações. A reparação também é um aspecto de relevância em face do princípio da reparação integral da vítima no ordenamento pátrio, de modo que devem existir mecanismos acessíveis que garantam reparação adequada àqueles que suportarem algum prejuízo oriundo do desenvolvimento da tecnologia.

³⁰ Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/o-que-e-um-robo-na-web-e-como-ele-pode-influenciar-o-debate-nas-redes-especialistas-explicam.ghtml>. Acesso em: 21 mai. 2019.

A necessidade de reparação se avulta sob a noção da teoria do risco, com fulcro no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, que determina que há obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Trata-se da responsabilidade objetiva, que dispensa verificação de culpa para incidência e se lastreia na necessidade de assegurar à vítima a reparação de seu prejuízo.

Nesse sentido, argumenta Maria Celina Bodin de Moraes:

Com o passar do tempo, porém, o dever de solidariedade social, o fundamento constitucional da responsabilidade objetiva, sobressairá e aceitar-se-á que seu alcance é amplo o suficiente para abranger a reparação de todos os danos injustamente sofridos, em havendo nexo de causalidade com a atividade desenvolvida, seja ela perigosa ou não. Não se sustentará mais qualquer resquício de culpa, de sanção ou de descumprimento de deveres no fundamento da responsabilidade objetiva. Com efeito, todas são atividades que geram ‘risco para os direitos de outrem’, como prevê o dispositivo legal (MORAES, 2006).

A preocupação com a responsabilidade objetiva é especialmente relevante no contexto contemporâneo de tutela de vulneráveis. A relevância dessa tutela tem como fundamento o conceito de isonomia material, que parte da constatação da desigualdade fática e demanda mecanismos de compensação para que a todos seja atribuída a mesma possibilidade de direitos.

5. Parâmetros de Avaliação da Inteligência Artificial

Por fim, as Diretrizes trazem uma série de requisitos que podem ser utilizados como parâmetro de avaliação para a confiabilidade da inteligência artificial. Nesse ponto, impende verificar, por exemplo, se houve:

1. Agência e supervisão humana:
 - 1.1 Avaliação de impacto sobre os direitos fundamentais, identificando e documentando possíveis trocas entre os diferentes princípios e direitos;³¹

³¹ “Did you carry out a fundamental rights impact assessment where there could be a negative impact on fundamental rights? Did you identify and document potential trade-offs made between the different principles and rights?” (p. 26).

- 1.2 Avaliação da interação do sistema de IA com decisões de usuários humanos (se houve ações recomendadas, apresentação de opções ou decisões a serem tomadas pelo usuário);³²
- 1.3 Avaliação sobre a possibilidade de o sistema de IA afetar a autonomia humana, interferindo no processo de tomada de decisão do usuário;³³
- 1.4 Avaliação da presença da comunicação aos usuários de que a decisão, o conteúdo, o conselho ou o resultado do sistema são resultado de uma operação algorítmica e de que estão interagindo com um agente não humano;³⁴
- 1.5 Avaliação da presença de medidas de supervisão e controle humanos apropriados, descrevendo o nível de controle ou envolvimento e as ferramentas de intervenção;³⁵
- 1.6 Avaliação da capacidade do sistema de aprimorar ou aumentar capacidades humanas;³⁶
- 1.7 Avaliação da presença de medidas de segurança que evitem excesso de confiança e tornem prudente a condução do procedimento;³⁷
- 1.8 Avaliação de medidas que permitam à auditoria remediar questões relacionadas ao controle da autonomia da IA;³⁸

2. Robustez técnica e segurança:

- 2.1 Avaliação de possíveis formas de ataque e vulnerabilidades do sistema de IA e as respectivas medidas para garantir a integridade e a resi-

³² “Does the AI system interact with decisions by human (end) users (e.g. recommended actions or decisions to take, presenting of options)?” (p. 26).

³³ “Could the AI system affect human autonomy by interfering with the (end) user’s decision-making process in an unintended way?” (p. 26).

³⁴ “In case of a chat bot or other conversational system, are the human end users made aware that they are interacting with a non-human agent? Did you consider whether the AI system should communicate to (end) users that a decision, content, advice or outcome is the result of an algorithmic decision?” (p. 26).

³⁵ “Did you consider the appropriate level of human control for the particular AI system and use case? Did you put in place mechanisms and measures to ensure human control or oversight? Did you take any measures to enable audit and to remedy issues related to governing AI autonomy (p. 26).

³⁶ “Does the AI system enhance or augment human capabilities?”(p. 26).

³⁷ “Did you take safeguards to prevent overconfidence in or overreliance on the AI system for work processes?” (p. 26).

³⁸ “Did you take any measures to enable audit and to remedy issues related to governing AI autonomy?” (p. 26).

- liência do sistema contra tais disfunções, descrevendo riscos e seguranças;³⁹
- 2.2 Avaliação do comportamento do sistema em situações e ambientes inesperados;⁴⁰
 - 2.3 Avaliação de plano de recuperação na hipótese de ataques adversários ou situações inesperadas;⁴¹
 - 2.4 Avaliação da comunicação ao usuário dos riscos apresentados pelo sistema de IA e da existência de planos para mitigar ou gerenciar tais riscos;⁴²
 - 2.5 Avaliação da presença de apólices de seguro para lidar com possíveis danos do sistema de IA;⁴³
 - 2.6 Avaliação da probabilidade de o sistema de IA causar danos aos usuários ou a terceiros, bem como ao meio ambiente ou aos animais;⁴⁴
3. Privacidade e governança de dados
 - 3.1 Avaliação da existência de mecanismos que permitam que outras pessoas assinalem problemas relacionados à privacidade ou proteção de dados nos processos de coleta e processamento;⁴⁵
 - 3.2 Avaliação do tipo e escopo de dados armazenados (por exemplo, se há dados sensíveis ou pessoais);⁴⁶
 - 3.3 Avaliação da possibilidade de desenvolver o sistema de IA ou treinar o modelo sem ou com o uso mínimo de dados potencialmente confidenciais ou pessoais;⁴⁷

³⁹ “Did you consider different types and natures of vulnerabilities, such as data pollution, physical infrastructure, cyber-attacks? Did you put measures or systems in place to ensure the integrity and resilience of the AI system against potential attacks?” (p. 26).

⁴⁰ “Did you verify how your system behaves in unexpected situations and environments?” (p. 26).

⁴¹ “Did you ensure that your system has a sufficient fallback plan if it encounters adversarial attacks or other unexpected situations (for example technical switching procedures or asking for a human operator before proceeding)?” (p. 26).

⁴² “Did you consider the level of risk raised by the AI system in this specific use case? Did you consider an insurance policy to deal with potential damage from the AI system? Did you identify potential safety risks of (other) foreseeable uses of the technology, including accidental or malicious misuse? Is there a plan to mitigate or manage these risks?” (p. 26).

⁴³ “Did you consider an insurance policy to deal with potential damage from the AI system?” (p. 27).

⁴⁴ “Did you assess whether there is a probable chance that the AI system may cause damage or harm to users or third parties? Did you assess the likelihood, potential damage, impacted audience and severity? Did you consider the liability and consumer protection rules, and take them into account?” (p. 27).

⁴⁵ “Depending on the use case, did you establish a mechanism allowing others to flag issues related to privacy or data protection in the AI system’s processes of data collection (for training and operation) and data processing?” (p. 28).

⁴⁶ “Did you assess the type and scope of data in your data sets (for example whether they contain personal data)?” (p. 28).

- 3.4 Avaliação da tomada de medidas que resguardem a privacidade, como criptografia ou anonimização;⁴⁸
- 3.5 Avaliação da presença de um *Data Protection Officer* (DPO);⁴⁹
- 4. Transparência
 - 4.1 Avaliação da consideração no sistema de possíveis limitações humanas, tais como riscos de confusão, vieses prévios ou fadigas cognitivas;⁵⁰
- 5. Diversidade, não discriminação e justiça
 - 5.1. Avaliação da acessibilidade do sistema aos usuários com deficiência, bem como a consulta de tal comunidade durante a fase de desenvolvimento do sistema;⁵¹
 - 5.2. Avaliação sobre a equipe envolvida na construção do sistema, verificando se é representativa do público-alvo e da população em geral, considerando também outros grupos que podem ser tangencialmente impactados;⁵²
 - 5.3. Avaliação da presença de *feedback* de outras equipes ou grupos que representam diferentes origens e experiências;⁵³
- 6. Bem-estar social e ambiental
 - 6.1 Avaliação do impacto ambiental do desenvolvimento, implantação e uso do sistema de IA;⁵⁴

⁴⁷ “Did you consider ways to develop the AI system or train the model without or with minimal use of potentially sensitive or personal data?” (p. 28).

⁴⁸ “Did you take measures to enhance privacy, such as via encryption, anonymisation and aggregation?” (p. 28).

⁴⁹ “Where a Data Privacy Officer (DPO) exists, did you involve this person at an early stage in the process?” (p. 28).

⁵⁰ “Depending on the use case, did you think about human psychology and potential limitations, such as risk of confusion, confirmation bias or cognitive fatigue?” (p. 29).

⁵¹ “Did you assess whether the AI system usable by those with special needs or disabilities or those at risk of exclusion? How was this designed into the system and how is it verified?” (p. 29).

⁵² “Did you assess whether the team involved in building the AI system is representative of your target user audience? Is it representative of the wider population, considering also of other groups who might tangentially be impacted?” (p. 30).

⁵³ “Did you get feedback from other teams or groups that represent different backgrounds and experiences?” (p. 30).

⁵⁴ “Did you establish mechanisms to measure the environmental impact of the AI system’s development, deployment and use (for example the type of energy used by the data centres)?” (p. 30).

6.2 Avaliação dos impactos sociais do sistema, tais como risco de perdas de empregos, bem como medidas que podem neutralizar tais riscos;⁵⁵

7. Prestação de contas

7.1. Avaliação do estabelecimento de mecanismos que facilitem a auditabilidade do sistema, como garantir a rastreabilidade e o registro de processos e resultados dos sistemas de IA;⁵⁶

7.2. Avaliação da presença de um conjunto adequado de mecanismos que permitam reparação em caso de ocorrência de algum dano ou impacto adverso.⁵⁷

O rol é exemplificativo e no texto das Diretrizes ainda existem outras sugestões de avaliações a serem feitas, que visam direcionar a atividade dos desenvolvedores de inteligência artificial, fazer com que a utilização do sistema seja cada vez mais acessível e democrática e diminuir os riscos apresentados pela tecnologia. É imprescindível que sejam estabelecidas balizas acerca da utilização da IA. Não é admissível que a tecnologia seja utilizada para o desenvolvimento de sistemas de pontuação e monitoramento de cidadãos⁵⁸, o que já tem sido cogitado e acarreta inegáveis discriminações e violações aos direitos fundamentais.

O desenvolvimento tecnológico deve ocorrer em consonância com a proteção da liberdade e autonomia humana, o que demanda esforços da doutrina jurídica na compreensão das capacidades e limitações desse fenômeno. Ao tempo que se deve assegurar a solidariedade social e a reparação integral dos danos, é preciso atentar para a determinação do art. 218 da Constituição Federal:

o *caput* do art. 218 estabelece que é dever do Estado, União, Estados e Municípios promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. De modo que emerge do citado texto nítida separação entre, de uma banda o desenvolvimento científico, e de outra a pesquisa e capacitação tecnológicas, em consonância com dois objetivos fundamentais da CF/88, nos termos do art. 3º, II, assegurando o desenvolvimento nacional, e o disposto no

⁵⁵ “Did you ensure that the social impacts of the AI system are well understood? For example, did you assess whether there is a risk of job loss or de-skilling of the workforce? What steps have been taken to counteract such risks?” (p. 31).

⁵⁶ “Did you establish mechanisms that facilitate the system’s auditability, such as ensuring traceability and logging of the AI system’s processes and outcomes?” (p. 31).

⁵⁷ Você estabeleceu um conjunto adequado de mecanismos que permitem reparação em caso de ocorrência de algum dano ou impacto adverso? (p. 31).

⁵⁸ Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-42033007>. Acesso em: 24 mai. 2019.

art. 3º, III, erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais, fundando-se, sobretudo, na soberania, dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, art. 1º, incisos I, III e IV. Ressalte-se o enfoque claro no interesse e solução dos problemas brasileiros, assim como no efetivo desenvolvimento nacional e diminuição das diferentes e enormes desigualdades e contrastes sociais e espaciais, além da defesa intransigente da soberania política (VEJA GARCIA, 2008, p. 110).

A problemática exsurge, assim, a partir da perspectiva de que a solução deve passar pela necessária compatibilização entre o princípio da reparação integral do dano da vítima e o incentivo ao desenvolvimento de inovação e novas tecnologias, estipulado no art. 218 da Constituição Federal, visando a um equilíbrio entre valores imprescindíveis no ordenamento jurídico.

Os desafios são múltiplos e a doutrina ainda não possui respostas para todos os questionamentos que decorrem do desenvolvimento tecnológico, especialmente considerando o intrínseco dinamismo que impera nesse âmbito. A tecnologia e sua relação no meio social são como um vírus: estão em constante mutação. É um fenômeno que não pede licença nem tem pretensão de ir embora, restando, por ora, o desafio de disciplinar essas questões.

6. Considerações Finais

Por que se propugna, afinal, pela sistematização de diretrizes éticas sobre a confiabilidade da inteligência artificial? Trata-se, com efeito, de agregar esforços na tentativa de controle social do desenvolvimento tecnológico, para que a automação das máquinas não ameace os direitos fundamentais e todas as garantias consolidadas no Estado Democrático de Direito.

Para tanto, é imprescindível que a autonomia humana, a prevenção de danos, a tutela dos vulneráveis e a explicabilidade do sistema sejam observadas. Além disso, é necessário que haja supervisão humana, robustez e segurança técnica, privacidade e governança de dados, transparência, diversidade, respeito ao bem-estar social e ambiental e responsabilização. Em termos concretos, significa dizer que avaliações de impactos precisam ser feitas, especialmente no que tange à interação do sistema com os usuários, medidas de supervisão, segurança, auditoria e comunicação de riscos.

Não se trata de tarefa fácil, máxime tendo em vista que o art. 218 da Constituição Federal demanda que toda regulação do setor tecnológico seja procedida da cautela necessária a não obstaculizar o seu desenvolvimento, sendo dever dos entes federa-

tivos promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

O avanço da inteligência artificial no contexto social é inesgotável. Cumpre desenvolver formas de assegurar que os riscos e impactos adversos da tecnologia sejam tratados de maneira adequada. Nesse diapasão, as Diretrizes Europeias apontam que a IA possui três atributos primordiais: deve observar a legalidade, garantindo a conformidade com as leis vigentes; deve ser ética, assegurando a conformidade com os princípios e os valores axiológicos; deve ser robusta, tanto de uma perspectiva técnica quanto social, para que o sistema cause o mínimo possível de danos.

Não se ignora que a abertura semântica e a relativização de quais seriam os conceitos éticos aplicados no caso concreto podem vir a ensejar dificuldades, tornando abstratas as prescrições estipuladas no documento. Ademais, é possível que surjam tensões entre os próprios interesses jurídicos envolvidos. No entanto, tais diretrizes podem ser incorporadas no ordenamento jurídico pátrio, onde ainda há certo vácuo legislativo no que tange à regulação da inteligência artificial, servindo como ponto de partida para a disciplina da questão, especialmente no que concerne aos parâmetros principiológicos. Propugna-se, nesse sentido, pela consolidação de uma perspectiva tecnológica que assegure o respeito aos direitos fundamentais, à democracia e ao Estado de Direito.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 588.
- CÂMARA, Marco Sérgio Andrade Leal Câmara. *Inteligência artificial: representação de conhecimento*. Disponível em: https://student.dei.uc.pt/~mcamara/artigos/inteligencia_artificial.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.
- CERKA, Paulius; GRIGIENE, Jurgita; SIRBIKYTE, Gintare. Liability for damages caused by artificial intelligence. *Computer Law and Security Review*. United Kingdom, v. 31, fls. 380.
- CORREIA JÚNIOR, José Barros. *A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders*. 2013. Tese (Doutorado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Recife.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2009.
- DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto; MENDES, Laura Schertel; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. *Pensar*. Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-17, out./dez. 2018.
- HALLEVY, Gabriel. The criminal liability of artificial intelligence entities- from Science fiction to legal social control. *Akron Intellectual Property Journal*. Ohio, vol. 4, p. 171-199, 2016.
- HENDERSON, Harry. *Artificial intelligence: mirrors for the mind*. New York: Chelsea House Publishers, 2007.
- HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE SET UP BY THE EUROPEAN COMMISSION ETHICS GUIDELINE. *Ethics Guidelines for trustworthy AI*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em: 4 mai. 2019, p. 12.
- KAPLAN, Jerry. *Artificial Intelligence: What everyone needs to know*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- KNIGHT, Will. *The dark secret at the heart of AI*. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/604087/the-dark-secret-at-the-heart-of-ai/>. Acesso em: 26 set. 2018.
- LÔBO, Paulo. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 10, n. 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 66.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, n. 29, p. 233-258, 2006.

- NORVIG, Peter; RUSSELL, Stuart J. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. New Jersey: Prentice Hall, 1995.
- OLIVEIRA, Samuel Rodrigues De; COSTA, Ramon Silva. Pode a máquina julgar? Considerações sobre o uso de inteligência artificial no processo de decisão judicial. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 21-39, jul./dez 2018.
- PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a resignificação da privacidade. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 35-56, abr./jun. 2018.
- PORTO, Uly de Carvalho Rocha. *A responsabilidade civil extracontratual por danos causados por robôs autônomos*. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilistas), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 128 p.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- STRELKOVA, O. PASICHNYK, O. *Three types of artificial intelligence*. Disponível em: <http://eztuir.ztu.edu.ua/jspui/bitstream/123456789/6479/1/142.pdf>. Acesso em: 3 mai. 2019.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Inteligência artificial e direitos da personalidade: uma contradição em termos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 113, p. 133-149, jan./dez. 2018, p. 137.
- UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=EN>. Acesso em: 24 set. 2019.
- VEGA GARCIA, Balmes. *Direito e tecnologia: regime jurídico da ciência, tecnologia e inovação*. São Paulo: LTr, 2008.
- VINGE, Vernor. *What is the singularity?* Disponível em: <https://www.frc.ri.cmu.edu/~hpm/book98/com.ch1/vinge.singularity.html> Acesso em: 26 set. 2018.
- WINSTON, Patrick Henry. *Artificial Intelligence*. 3rd edition, Massachussets: Addison-Wesley Publishing Company, 1993.

O Fascismo, a Revolução, a Contra-revolução em Portugal e o Papel da Economia Política

MANUEL CATARINO *

Nota prévia: Este texto partiu de um trabalho que elaborei para a unidade curricular (doravante «UC») de Economia Política II, lecionada no 1.º ano do curso de Direito no ISMAT – Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, em Portimão. Aquando da defesa do mesmo, em Junho de 2018, o seu título foi “Ética Estado Novo vs Democracia - O fascismo, a revolução, a contra-revolução”. A primeira parte do título corresponde ao tema que seleccionei da lista de temas propostos pelo Docente da UC. A segunda parte foi da minha autoria e serviu não só como subtítulo mas também como oposição ao uso da expressão «Estado Novo», oposição essa que fundamentei aquando da apresentação daquele trabalho e mantive nesta edição. Com o trabalho pretendi fazer uma breve análise económica do sistema fascista português, da Revolução de 25 de Abril de 1974, até ao actual processo contra-revolucionário. Para este artigo, além de ter mantido o texto daquele trabalho de Economia Política II (sendo ainda actual, embora com algumas alterações que em nada alteram a sua substância, começando pelo título, como não podia deixar de ser), acrescento um capítulo em que procedo à análise do papel da Economia Política nas nossas vidas e sociedade, expondo simultaneamente uma breve crítica à “Economia Política Vulgar”. Trata-se, no fundo, de uma abordagem séria de temas cujo debate tanta falta faz à nossa sociedade – especialmente na época política em que vivemos - e, particularmente, na nossa Instituição de ensino.

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 339-366.

* Estudante finalista da licenciatura em Direito do ISMAT.

Sumário: O Fascismo e a sua natureza de classe; Os grandes grupos monopolistas; Sociedades Anónimas; Conclusão. A Revolução de Abril; A nacionalização da Banca; A Reforma Agrária; Momento Zen. O Processo Contra-revolucionário; Campanhas anti-democráticas – um retorno ao fascismo?; Conclusão. O Papel da Economia Política – Breve Crítica à Economia Política Vulgar; Momentos Zen.

O Fascismo e a sua Natureza de Classe

Tendo sido a mais velha ditadura da Europa, os 48 anos de ditadura fascista em Portugal, que criou um Estado totalitário e um aparelho policial de espionagem e repressão políticas, constituem um dos períodos mais sombrios da história do nosso país. Aos que se opunham ao regime, aos que ousavam lutar por melhores condições de trabalho e de vida, aos que lutavam pela liberdade, estavam destinados assassinatos, prisões, torturas e condenações.

Tendo imposto formas brutais de exploração aos trabalhadores do país e também das ex-colónias, sacrificou gerações de jovens em treze anos de guerras coloniais, forçou centenas de milhar de portugueses à emigração, agravou a subalimentação, promoveu o obscurantismo, onde se incluiu o analfabetismo e, não menos importante, a degradação moral da sociedade portuguesa.

Mas a questão que se quer relevar nesta análise é a base de apoio do regime fascista português, sem a qual teria sido impossível o que atrás foi dito, já que é a organização da sociedade e as suas relações económicas que definem o rumo de qualquer país - e que permitem compreendê-lo e transformá-lo.

Os fascistas atribuíam o atraso e a miséria de Portugal à "tese" da "pobreza natural do país", como se "a nós, portugueses, nos coubera o pior quinhão do planeta".¹ Desconstruindo esta tese de forma científica, Álvaro Cunhal afirma que os recursos naturais do país eram "suficientes para garantir o bem-estar material a todos os portugueses" (*idem*), mas que tal realização tinha como obstáculo o domínio da economia (e a exploração em seu proveito) por onze grandes grupos monopolistas, por várias centenas de latifundiários e pelo imperialismo estrangeiro - domínio esse apoiado por um governo fascista, que os servia. Álvaro Cunhal justificou assim o atraso e a miséria de Portugal, bem como a posição do país no último lugar à escala dos países europeus.

¹ Álvaro Cunhal, "Rumo à Vitória" (1965), Editorial «Avante!», Lisboa, 1979, reedição em Agosto de 2001, p. 15.

Os grandes grupos monopolistas

É de extrema importância fazer notar, para que melhor se possa compreender a organização e situação económicas do Portugal fascista, que o facto de o país ter sido governado por este regime veio a apressar o processo inevitável do capitalismo, isto é, aquele governo, utilizando a força coerciva do Estado, impulsionou fortemente a centralização e concentração de capitais, a formação de monopólios industriais e bancários e a própria fusão dos bancos com a indústria, tendo permitido à oligarquia financeira uma posição dominante em toda a economia portuguesa, acumulando fortunas assentes na sobre-exploração, na miséria e na opressão, tanto do povo português como dos povos das ex-colónias.

Também na agricultura o processo de concentração da propriedade agrícola foi acelerado pelo regime fascista, tendo acentuado o carácter obsoleto das estruturas agrárias, condenado o sector ao atraso e à estagnação e os seus trabalhadores, bem como os pequenos e médios agricultores, a uma vida de extrema dificuldade e até miséria.

Também este impulso ao processo capitalista em Portugal se traduziu na política externa do fascismo que, a troco do apoio dos países imperialistas ao regime, promoveu a associação dos grupos monopolistas portugueses com os monopólios estrangeiros, tendo assim entregue sectores da economia ao imperialismo.

Para melhor se analisar estes grupos, é necessário dar uma pequena atenção à questão das Sociedades Anónimas durante o fascismo, cujo papel acabou por ser significativo no processo de centralização e concentração de capitais em Portugal.

Sociedades Anónimas (SA)

Com a instauração da ditadura fascista e consequente entrega da vida económica ao capital financeiro, e sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial com a instalação de novos ramos da indústria, impulsionou-se a centralização de capitais através, precisamente, das SA: se no período 1935-1939 a percentagem do capital das SA era de 27% de todas as sociedades constituídas, no período 1955-1959 a percentagem atingia os 70%, substituindo progressivamente as sociedades em nome colectivo, que no primeiro período representavam 12% do capital de todas as sociedades, e no período 1955-1959 apenas 1%.²

² *Idem*, p. 27.

Era através da SA que os grandes capitalistas atraíam para seu proveito os pequenos capitais, exercendo funções de cariz bancário, já que emitiam obrigações que lhes permitia um retorno (os chamados “capitais disponíveis”), que de seguida colocavam, na própria empresa, em actividades mais lucrativas. Era desta forma que as grandes sociedades recebiam o lucro de vastos capitais que não lhes pertenciam, e que um número cada vez menor de grandes companhias ganhava uma posição preponderante, através da centralização de capitais - que antes se encontravam dispersos em muitas outras companhias -, e da concentração de lucros crescentes. Um exemplo gritante deste processo foi o facto de, em 1965, 50% a 85% do capital dos ramos da pesca, do papel, da borracha, da moagem, do comércio, transportes e comunicações, serem detidos por um pequeno número de sociedades anónimas, que representavam apenas entre 2% a 7% do número total de sociedades.³

Chegados aqui, importa agora referir que o desenvolvimento das SA desaguou na fusão do capital bancário e do capital industrial, criando assim os chamados **grupos financeiros**, resultando no controlo das mais importantes sociedades e, portanto, sectores fundamentais da economia portuguesa por parte de onze grupos monopolistas:

- CUF
- Banco Espírito Santo (e, considerando o tema da ética, proposto pelo Professor para servir de base para a realização deste trabalho, “na família Espírito Santo apenas os homens podem gerir os negócios”)⁴
- Delfim Ferreira e Banco Atlântico
- Banco Nacional Ultramarino
- Pinto de Azevedo e Banco Borges & Irmão
- Sommer
- C.^a Portugal e Colónias e Banco Lisboa e Açores
- constelações de grandes empresas e interesses polarizados em volta dos bancos de Portugal, Fonseca Santos e Viana, Sotto Mayor e Agricultura-Alentejo.⁵

O que caracterizava as relações entre estes grandes grupos era a crescente aproximação dos seus interesses, esmagando toda a multidão dos mais pequenos concorrentes e assim dominando totalmente, “de braço dado com o imperialismo estrangeiro”,⁶ a economia e a vida nacionais. Como exemplos, lembramos a criação do Banco de Fomento Nacional, que data de 1959 e cujo propósito foi o de reforçar

³ *Idem*, p. 29.

⁴ “Dossier BES/GES - Um retrato do capitalismo monopolista em Portugal”, trabalho colectivo coordenado por Ana Goulart e Miguel Tiago, Editorial «Avante!», Lisboa, 2015, p. 25.

⁵ Álvaro Cunhal, “Rumo à Vitória” (ver nota 1), pp. 29 e 30.

⁶ *Idem*, p. 30.

a associação da grande banca e da grande indústria em ligação com a finança internacional, “através da qual todos os grandes bancos ficaram associados e solidariamente interessados na actividade da grande indústria” (*idem*); e lembramos também a criação, por parte dos bancos do Atlântico, Pinto & Sotto Mayor, Agricultura e Comercial de Angola, da LUSOFINO - Sociedade de Estudos Financeiros -, cujo objectivo foi o de coordenar e planificar os investimentos comuns. “Todos em conjunto opõem-se a todas as restantes classes sociais” (*idem*).

Karl Marx propôs, na sua lei geral de acumulação capitalista, que o desenvolvimento do capitalismo conduz à centralização e concentração do capital, que por sua vez conduz aos monopólios. A refutar esta tese estiveram os fascistas portugueses, ao terem afirmado que as SA eram uma forma de “democratização do capital”, já que, segundo eles, muitos milhares de pessoas poderiam tornar-se participantes daquelas (partilhando assim do “bolo” do grande capital) e desapareceriam assim as contradições entre capital e trabalho.

Na verdade, esta teoria da “democratização do capital” é a melhor comprovação da lei marxista que pretende contestar, já que, através das grandes sociedades, o grande capital atrai os pequenos capitais, que acabam por contribuir para o fortalecimento do poder daquele e que conduz os pequenos capitalistas à ruína. Na verdade, os “pequenos accionistas acabam por vender ao desbarato as suas acções”.⁷ Mas há mais.

Nas assembleias gerais (AG) das grandes SA, os pequenos accionistas não tinham voto e eram os próprios estatutos que assim o estipulavam, estabelecendo um mínimo de acções para se poder participar e votar naquelas. Exemplos disto era a sociedade de Nitratos, onde era preciso ter acções no valor de 200 contos, e a Cimento Tejo, onde o limite mínimo era 500 contos.

Assim, os pequenos accionistas eram, simplesmente, excluídos das AG. A Açucareira do Cuanza ia ainda mais longe, cujos estatutos autorizavam a realização de AG com 10 accionistas que fossem detentores de apenas 25% do capital.⁸

Também na desigual partilha dos lucros entre os grandes e os pequenos accionistas é notória a farsa em que assentava aquela tese da “democratização do capital”: se em 1956, 42% das sociedades distribuíram dividendos, em 1961, apenas 36%, e muitas sociedades chegaram a fixar estatutariamente em 4% ou 5% o máximo de dividendos a distribuir, independentemente dos lucros.⁹ Ora, se através do processo de acumulação o capital efectivo aumenta, aquelas taxas, por serem fixas, corres-

⁷ *Idem*, p. 39.

⁸ *Idem*, p. 37.

⁹ *Idem*, p. 38.

pondem a uma diminuição da taxa de lucro dos pequenos accionistas. Já as próprias sociedades chegavam a tirar 20% ou 30% dos lucros, em que a fatia de leão cabia aos grandes accionistas, cuja apropriação dos lucros tomava a forma de vencimentos e gratificações (*idem*).

Sintomático foi o episódio em que o deputado à Assembleia Nacional fascista, Ernesto Lacerda, em 1963, reconheceu que os pequenos accionistas “são pura e impiedosamente imolados, negando-se-lhes, ano após ano, a devida comparticipação nos lucros”, “ínfimos dividendos” que constituíam “sobejos apenas” (O Século, 26-04-1963).

Conclusão

Portugal fascista era um país tão atrasado que o seu nível de vida era considerado o mais baixo da Europa. Em nenhum outro país se consumia menos carne, menos ovos, menos leite, menos lacticínios.

Nas maiores cidades, as rendas chegavam a atingir valores acima do salário mensal de um trabalhador.

Os impostos que atingiam directamente as classes trabalhadoras agravavam-se ao mesmo tempo que o governo fascista, instrumento da aristocracia financeira, apoiava e auxiliava financeiramente os monopólios (entre outras benesses: protecção aduaneira, isenção de contribuição industrial, redução de impostos sobre a aplicação de capitais, perdão de dívidas ao Estado, e até espoliação dos fundos das Caixas Sindicais de Previdência para os aplicar em acções das grandes companhias) – por exemplo, entre 1960 e 1961, os lucros líquidos de 12 dos principais bancos aumentaram 25%; no entanto, pagaram de contribuições e impostos apenas mais 4%.¹⁰

Na indústria, a lei básica do desenvolvimento industrial era o chamado “*condicionamento industrial*”, que tornava dependente da autorização do governo a montagem, modificação e transferência de estabelecimentos fabris, e que era uma autêntica lei de *protecção monopolista*, porque, desta forma, o governo impedia a construção de novas unidades para impedir outros concorrentes. Por outro lado, onde não havia grande indústria, o governo “liberalizava”, de forma a que, por razões de concorrência (e consequente baixa da taxa de lucro e, portanto, asfixiamento das pequenas empresas), as grandes empresas liquidassem mais rapidamente as pequenas, apressando a centralização e a concentração, facilitando assim o reforço dos monopólios e do capital estrangeiro a que estão ligados. Dúvidas houvesse,

¹⁰ *Idem*, p.41.

recordemos o Relatório Preparatório do II Plano de Fomento da Presidência do Conselho (1959-1964), onde se pode ler que “não deverá optar-se a prática de indemnizar os empresários das fábricas que houverem de fechar”, porque “os mais aptos” são os que ficam e “não se deve por «sentimentalismos» sacrificar toda a comunidade”. Este processo ficou também conhecido como a “reorganização das indústrias”, que na realidade mais não era do que a política industrial ao serviço do capital financeiro e a centralização e concentração forçadas pela acção coerciva do Estado fascista.

A Revolução de Abril

Na madrugada de 25 de Abril de 1974, o processo revolucionário foi desencadeado por um levantamento militar por parte do Movimento das Forças Armadas (MFA) logo seguido por um levantamento popular, processo esse que conheceu extraordinários avanços mas também recuos, e que conduziu à fundação e instituição do regime democrático consagrado na Constituição da República Portuguesa aprovada em 2 de Abril de 1976 pela Assembleia Constituinte.

A Revolução não só transformou a realidade nacional como alterou a posição de Portugal no mundo, tendo traçado um novo caminho, completamente contrário ao que vimos anteriormente:¹¹

- instaurou uma democracia política, liberdades democráticas fundamentais e direitos básicos dos cidadãos;
- pôs fim à guerra colonial;
- consagrou legalmente e promoveu a igualdade de direitos do homem e da mulher e os direitos dos jovens;
- pôs fim ao isolamento internacional de Portugal e à sua inteira submissão à política do imperialismo, diversificando as relações externas e abrindo assim caminho a uma política de paz, cooperação e de amizade com todos os povos do mundo.

Na área directamente relativa à política económica:

- instaurou a liberdade sindical, o direito de contratação colectiva, o direito à greve, o controlo de gestão, o direito de participação das associações sindicais na gestão da segurança social e na elaboração da legislação do trabalho;
- liquidou o capitalismo monopolista de Estado, os grupos monopolistas portugueses e o seu domínio sobre a economia, a política e a vida nacionais;

¹¹ Ver Programa e Estatutos do Partido Comunista Português, Editorial «Avante!», Lisboa, 2013, pp. 16-18.

- levou a cabo um processo de nacionalizações, que criou um sector básico da economia portuguesa liberto de interesses privados e em condições de dinamizar o desenvolvimento económico nacional;
- realizou a Reforma Agrária sob o lema “A terra a quem a trabalha”, criando assim condições para profundas transformações económicas, sociais e também culturais nos campos, nomeadamente, o reconhecimento da posse, gestão e fruição dos baldios pelas populações, e a dinamização do cooperativismo (com as expropriações das terras dos latifúndios e a formação de novas unidades de exploração, as UCPs ou Unidades Colectivas de Produção, bem como as próprias cooperativas);
- promoveu o melhoramento das condições de vida do povo português, institucionalizando o Salário Mínimo Nacional, as reformas e pensões mínimas, alargando o direito à segurança social, aumentando o período de férias para 30 dias. Reduziu o horário de trabalho, instaurou a protecção no desemprego, assegurou importantes avanços no domínio de infra-estruturas e equipamentos sociais.

Estas e outras conquistas foram inseparáveis da liquidação do poder económico e político dos grupos monopolistas e dos latifundiários, através das nacionalizações e da Reforma Agrária e das outras reformas das estruturas socioeconómicas do país.

Mas a revolução de Abril de 1974 foi também uma revolução na consciência dos portugueses, tendo sido “factor de profundas mudanças nos conceitos, nos comportamentos sociais e éticos, nas mentalidades” (*idem*).

De seguida apresento dois breves apontamentos sobre a nacionalização da Banca e a Reforma Agrária, pela importância que tiveram na democracia portuguesa e na contribuição que deram na abertura do “caminho para uma sociedade socialista”.¹²

A nacionalização da Banca¹³

A Banca não é um banco
para os patrões se sentarem.
Se o dinheiro vale tanto
é dos que mais trabalharem.
A Banca não é um banco
é tractor e é seara.
Torno tear alavanca
onde o trabalho não pára.

¹² Preâmbulo da Constituição da República Portuguesa aprovada a 2 de Abril de 1976.

¹³ Neste ponto, a informação é baseada no (e as citações são do) artigo de Anselmo Dias, “A nacionalização da Banca - Testemunho de um acontecimento histórico”, in revista “O Militante”, Edição nº 335 (versão *online*), Editorial «Avante!», Março/Abril de 2015.

A Banca não é um banco
para quem não vira a cara.
O nosso dinheiro é nosso
e tem de ser como a seiva
saúde jantar almoço
e também às vezes raiva.
E é por isso que a Banca
posta ao serviço do Povo
é dinheiro que levanta
o mundo do Homem Novo

- Ary dos Santos

No dia 11 de Março de 1975, por volta das 11h30, uma força militar ao serviço da actividade contra-revolucionária de António de Spínola ataca o RAL 1 (Regimento de Artilharia Ligeira, em Lisboa). Dirigentes do Sindicato dos Bancários de Lisboa, tomando conhecimento do ataque, tomam medidas tendentes à salvaguarda do património existente e expulsam as respectivas administrações, encerrando todo o sistema financeiro. Entretanto, o Sindicato toma a iniciativa de publicar um comunicado dirigido à população e outro aos trabalhadores bancários, a explicar a situação e a dar indicações:

«DOS TRABALHADORES BANCÁRIOS À POPULAÇÃO

O Sindicato dos Bancários de Lisboa face à desesperada tentativa reaccionária resolveu encerrar os Bancos a partir das 14 horas.

Esta medida destina-se a proteger os valores à guarda dos Bancos da rapina das administrações reaccionárias.

Não há portanto motivo para qualquer receio.

A estrutura sindical dos bancários está atenta à evolução dos acontecimentos e irá tomando as medidas convenientes ao interesse do nosso Povo e da sua unidade com o MFA.

A colaboração da população para o bom funcionamento das medidas que forem sendo adoptadas é a garantia de defesa do processo revolucionário.

O sindicato manterá a população a par das medidas bancárias que forem sendo tomadas.

UNIDADE POVO/MFA GARANTIA DA VITÓRIA».

«A TODOS OS TRABALHADORES BANCÁRIOS

Camaradas,

Face à tentativa desesperada dos restos da escumalha fascista o Sindicato de Lisboa decidiu:

Encerrar os Bancos, mantendo, a estrutura sindical, a vigilância aos sectores fundamentais;

Não permitir o acesso aos estabelecimentos bancários às administrações.

CAMARADA BANCÁRIO

Mantém o contacto com o Sindicato.

Cumprir e faz cumprir esta determinação durante o dia de hoje.

Aguarda novas instruções. Cumprir-as escrupulosamente e fá-las cumprir.

POVO/MFA – UNIDOS VENCERÃO».

Com efeito, as sedes dos principais bancos, designadamente o Banco Espírito Santo & Comercial de Lisboa, o Totta & Açores, o Pinto & Sotto Mayor, o Português do Atlântico, o FONSECAS & BURNAY, o Banco de Angola, o Nacional Ultramarino, o Pinto de Magalhães e outros de dimensão similar foram encerrados “durante três dias e três noites”, com o objectivo da “passagem do «coração da economia» para o Sector Empresarial do Estado.” A este respeito é importante relembrar as palavras de Vasco Gonçalves no âmbito da comemoração do IV Aniversário da Nacionalização da Banca e dos Seguros, em 1979, que considerou que as nacionalizações “[...] não foram medidas de salvação do capitalismo monopolista de Estado, ou da sua racionalização, mas ao contrário conquistas dos trabalhadores e das forças revolucionárias». Anselmo Dias faz ainda questionar como foi possível a participação de milhares de trabalhadores naquela ocupação e na exigência imediata da nacionalização. “A resposta”, escreve o autor, “sintetiza-se numa palavra: LUTA. Foi através de muitas lutas – inseridas num prolongado processo reivindicativo e de resistência antifascista – que os bancários alargaram e fortaleceram a unidade entre si, sem a qual a nacionalização da Banca não teria tido a marca revolucionária que a caracterizou.” E acrescenta: “este desfecho não foi, pois, obra de um só dia nem de um só acontecimento. Também não foi obra de um só herói, nem fruto de um qualquer «fogacho» de meia dúzia de revoltados. Foi, isso sim, fruto de um processo que envolveu muitos acontecimentos e muitos intervenientes. [...] Neste longo processo aliaram-se várias vertentes: a reivindicativa, por parte dos trabalhadores; a repressiva, por parte do poder; a actividade económica, por parte da oligarquia financeira.”

Este processo que o autor refere culminou na realização de uma Assembleia Geral do Sindicato dos Bancários de Lisboa no dia 3 de janeiro de 1975, em que participaram 5000 (cinco mil) trabalhadores (!), que aprovaram a deliberação da nacional-

ização da Banca, cuja moção foi entregue pessoalmente ao General Vasco Gonçalves no dia 10 desse mesmo mês.

Não poderia deixar de referir a luta dos trabalhadores do sector bancário durante a ditadura fascista, que se travou em condições extremamente difíceis, em que à frente do Sindicato estava uma Comissão Administrativa imposta por Marcello Caetano no seguimento do encerramento, pelos fascistas, do Sindicato dos Bancários de Lisboa. A piorar a situação dos trabalhadores bancários estava a imposição da legislação fascista para a concretização dos contratos colectivos de trabalho (CCT), cujo processo de revisão era constituído por três fases que eram a negociação directa, a conciliação na Corporação do Crédito e Seguros e a fase do Tribunal Arbitral. Tomando em consideração que todas estas fases eram dirigidas por gente nomeada pelo regime fascista, seria expectável que o resultado final não correspondesse às expectativas dos trabalhadores. Um exemplo é o do CCT publicado em Julho de 1973, que, indo contra as reivindicações dos trabalhadores, definia que a tabela salarial e demais cláusulas de expressão pecuniária só podiam ser revistas em Julho de 1975 e as restantes cláusulas em Julho de 1977.

Referir também que a luta dos trabalhadores bancários, a repressão por parte dos fascistas e as prisões de sindicalistas prolongaram-se até às vésperas da revolução – vejam-se alguns acontecimentos em 1973: o Sindicato é alvo de uma acção judicial pelo facto de nas suas instalações ter havido uma sessão de música popular portuguesa; manifestação contra a decisão do Tribunal Arbitral relativamente ao referido CCT; greve parcial no sector bancário; prisões pela PIDE/DGS de militantes sindicais; manifestação contra o despedimento de um delegado sindical, a qual foi violentamente reprimida e na qual a PSP utilizou gás lacrimogénico.

Concluindo, a luta pela nacionalização da Banca tratou-se de arrancar “às mãos gananciosas de uma centena de famílias parasitárias os sectores fundamentais da economia nacional”, fazendo com que “aquilo que hoje possuem e comandam” passasse a estar “ao serviço do povo e da nação”, sendo que “só a libertação do poder dos monopólios poderá permitir o aproveitamento das riquezas nacionais, o amplo desenvolvimento da economia, [e] a criação de uma base industrial que assegure a independência do país”.¹⁴

A Reforma Agrária

Analisemos a primeira ocupação pelos trabalhadores que deu início à Reforma Agrária (RA), no dia 10 de Dezembro de 1974, que ocorreu na Herdade do Monte do Outeiro (Beja), à época propriedade de José Gomes Palma. Este agrário, aquan-

¹⁴ Álvaro Cunhal “Rumo à Vitória” (ver nota 1), p. 41.

do da ocupação, interpôs uma Providência Cautelar no Tribunal da Comarca de Beja, no dia 1 de Janeiro de 1975, em que acusava os trabalhadores de “praticar vários actos e atropelos”, que o próprio explicou: “limparam as oliveiras [...] introduziram-se no montado, cortando pernadas das azinheiras [...] começaram, também, a destruir as moitas de mato próximo da ribeira, que se destinam [...] a protecção da caça [...] ameaçam opor-se, por coacção, à saída de trigo distribuído à moagem para os vagões que estão a chegar, e ainda, à saída da palha e outros produtos vendidos [...]”.¹⁵

Ou seja, ao contrário dos argumentos e acusações que os inimigos da RA sempre utilizaram, naquela Providência os trabalhadores não eram acusados de procederem a «ocupações selvagens». A acusação consistia na exigência de punição exemplar àqueles que começaram a trabalhar “sem autorização do feitor”, e, pasme-se, “contra ordens expressas do requerente.”¹⁶

Segundo José Soeiro, “foram trabalhos determinados em nome da jovem democracia, da liberdade [...], da salvaguarda do processo produtivo, do [...] direito ao trabalho” (*idem*).

O relatório de 29 de Novembro de 1974, da Comissão Concelhia de Beja, criada ao abrigo da cláusula 3ª da Convenção de Trabalho do Distrito de Beja, não deixa dúvidas quanto ao estado daquela propriedade, em que se constata “um certo abandono [...]”, “falta de limpeza e poda” e que “é necessário destruir o mato que já cresce nessa área e limpar azinheiras”, entre outras observações e recomendações. Assim, conclui o relatório, “esta comissão concordou que fossem atribuídos a esta herdade 12 trabalhadores efectivos e 8 eventuais, para que os trabalhos apontados sejam efectuados e a reconversão que se impõe a estas propriedades seja concretizada” (*idem*).

Sendo que a Comissão Distrital era constituída por cinco técnicos nomeados pelo governo (então o III Governo Provisório, chefiado por Vasco Gonçalves), a constatação de que a revolução era inevitável tomou forma, não antes de o proprietário, José Gomes Palma, ter procedido a despedimentos (esses sim, «selvagens») de trabalhadores, por considerá-los “desnecessários”.¹⁷ E tendo em conta a atitude de uma vida de ‘quero, posso e mando’, eis o tipo de ética de muitos proprietários agrícolas, que se traduziu na resistência, da sua parte, ao processo revolucionário que então se iniciou, traduzida por sua vez nas sabotagens e aproveitamento das terras não para benefício colectivo, mas próprio, nomeadamente através de meios como

¹⁵ José Soeiro, “Reforma Agrária – A Revolução no Alentejo”, edição Página a Página, Lisboa, 2013, p. 106.

¹⁶ *Idem*, p. 107.

¹⁷ *Idem*, p. 108.

searas por ceifar, venda de gado indiscriminadamente (inclusive fêmeas, sabendo-se que tal coisa é prejudicial para a pecuária de qualquer país), ameaças aos trabalhadores de futura miséria e de como estes iriam deixar as terras incultas, destruição de culturas, e grande número de terras aráveis incultas e votadas exclusivamente à caça¹⁸ (como era o caso da herdade Torre Bela, mediatizada por um documentário, com o mesmo nome, que se pode encontrar no YouTube).

A RA abriu um caminho nunca antes trilhado pelo povo português. Segundo o lema «a terra a quem a trabalha», os trabalhadores agrícolas conquistaram o pleno emprego, combateram com sucesso a fome que grassava nos campos, iniciaram um caminho de desenvolvimento das forças produtivas e renovação dos equipamentos e infra-estruturas até aí obsoletos, combateram o analfabetismo e lutaram pela independência e contra o défice alimentar. Nas palavras proferidas por José Soeiro no plenário da Assembleia da República no dia 7 de Julho de 2010, no âmbito do 35.º aniversário da Reforma Agrária, esta “garantiu emprego a todos os desempregados. Permitiu o regresso de emigrantes. Travou a desertificação. Aumentou a produção e a produtividade. Diversificou culturas. Aumentou o regadio. Criou lojas e cantinas. [...] Melhorou salários e condições de trabalho. Garantiu acesso ao regime geral da segurança social. Rasgou novos horizontes para a juventude. Criou e apoiou creches, infantários, centros de dia, lares, postos médicos. Gerou cultura, alegria, festa. Vivificou o mundo rural. Animou a economia.”¹⁹

Como é sabido, com a lei n.º 77/77, de 29 de Setembro, também chamada “Lei Barreto” (porque do então Ministro da Agricultura António Barreto, do Governo do Partido Socialista) destruiu, incluindo com violência, a RA, que se traduziu na destruição de mais de 50 mil postos de trabalho (só no Alentejo), no gasto da segurança social de centenas de milhões em subsídios de desemprego e rendimentos mínimos (a segurança social recebia das Unidades Colectivas de Produção Agrícola 23,5% dos salários dos trabalhadores agrícolas, o que hoje representaria uma receita de mais de 82 milhões de euros por ano), incluindo gastos em programas ocupacionais e inadequada formação profissional (sem que daí houvesse qualquer retorno produtivo), no pagamento de centenas de milhões em indemnizações aos grandes agrários (que ainda hoje o Estado português está a pagar), que os bancos, nacionalizados, tiveram que pagar (com o dinheiro que agora pertencia ao povo e ao país). E não menos importante, centenas de milhões foram roubados aos trabalhadores em máquinas, gados, frutos pendentes e investimentos efectuados em herdades, milhões esses que foram “oferecidos de bandeja aos grandes agrários”.²⁰

¹⁸ *Idem*, p. 47.

¹⁹ *Idem*, p. 367.

²⁰ *Idem*, p. 361.

Em suma, os proprietários agrícolas (ou a maioria destes) demonstraram, ao contrário das teses oficiais, uma ética que correspondeu ao ataque ao direito ao trabalho e ao desenvolvimento, habituados que estavam a ser protegidos pelo governo fascista e a praticar uma política de autêntico arbítrio e desumanidade. Também esta atitude se revelou aquando das ocupações dos trabalhadores que, numa atitude não só de necessidade mas também de ajuste de contas com um passado que tantas vidas entregou à miséria e à repressão, tomaram os seus destinos nas suas mãos. “Tivessem os vendilhões da Pátria [...] ouvido e respeitado os trabalhadores da Reforma Agrária e o Alentejo não seria hoje, como é, uma região subdesenvolvida, envelhecida e desertificada.”²¹

Momento Zen

“O Primeiro-Ministro [Mário Soares] reprovou-me o facto de eu não conseguir impedir o controlo do Partido Comunista [Português] no Alentejo. Só temos dois meios de combater o domínio do PC[P]: seguir a minha política ou mandar a Guarda Republicana. Como não penso que um Governo Socialista possa enviar a Guarda Republicana contra os camponeses, temo que se encontrem num beco sem saída” – Lopes Cardoso, Ministro da Agricultura, aquando da apresentação da sua demissão em Novembro de 1976, substituído por António Barreto, que tanto se vangloria por ter destruído a RA (“Lei Barreto é o gesto político de que mais me orgulho”, em entrevista ao *Jornal de Negócios*, 15 de Fevereiro de 2010), e que levou a cabo muitas agressões contra os trabalhadores agrícolas por parte da GNR, PSP e polícias de choque, contrariando as declarações que fazia em defesa da RA (sobre estas agressões, ver a obra citada de José Soeiro – ver nota 15 –, páginas 345 e seguintes).

O Processo Contra-revolucionário

São muitos aqueles que apontam o carácter específico da revolução portuguesa, que não representou ‘cópia’ alguma de outros movimentos e acontecimentos revolucionários, apesar de ter partilhado, obviamente, várias das suas características. Uma dessas principais e originais características é o facto de as massas populares, aliadas ao MFA, terem transformado profundamente a sociedade mesmo não dispondo do poder político. “Mas a experiência confirma também que a questão do poder acaba por determinar o curso da política nacional”,²² e, assim, vários factores contribuíram para a retomada de forças conservadoras e contra-revolucionárias no panorama político português, cujo processo culminou no golpe de 25 de Novembro

²¹ *Idem*, p. 360.

²² Programa do PCP (ver nota 11), p. 19.

de 1975, "cujas consequências principais foram a liquidação de facto do MFA e uma radical alteração na correlação de forças" (*idem*).

A partir de 1976, a política de sucessivos governos do PS, PSD e CDS (bem como os governos chamados "de iniciativa presidencial") iniciou um processo contra-revolucionário que, sob cinco direcções, se desenvolveu e continua a desenvolver (por achar correcta e precisa a análise feita no programa do Partido Comunista Português a este processo, tomo a liberdade de transcrever os seguintes pontos):²³

- "a reconstituição, restauração e reconfiguração das estruturas socioeconómicas do capitalismo monopolista de Estado;
- o agravamento da exploração dos trabalhadores, a liquidação de muitos dos seus direitos e liberdades e graves limitações de direitos sociais dos portugueses;
- a perversão do regime democrático tendente à instauração de um regime autoritário;
- a promoção e reposição de valores obscurantistas ou retrógrados no domínio da cultura, das mentalidades e da ideologia;
- a adopção, como opção estratégica, da crescente dominação do capital estrangeiro sobre a economia portuguesa e de limitações à soberania e independência nacionais, especialmente com a integração na CEE/UE."

Campanhas anti-democráticas - um retorno ao fascismo?

Carlos Brito, na introdução ao livro da autoria de José Veloso acerca do fascismo em Portugal,²⁴ lembra que "as primeiras tentativas de branqueamento da ditadura de Salazar e M. Caetano surgiram, já em plena democracia, com a tese de proveniência académica segundo a qual não seria correcto designá-la como ditadura fascista, dado que não preenchia todos os requisitos que o fascismo apresentou noutros países".

Na nota prévia expressámos discordância com a utilização da expressão "Estado Novo", por entendermos que a utilização da mesma constitui dois problemas. O primeiro prende-se com o facto de, ao pretender substituir-se o termo *fascismo*, se argumentar que em Portugal este nunca se teria verificado, mas sim o *corporativismo*. O problema é que tal caracterização é extremamente incompleta, pois *apenas trata o aspecto económico* do sistema então vigente; apenas faz referência à organização da economia, que se baseava na doutrina corporativista, e, ainda assim, debate-se até sobre se se teria verificado *realmente* o corporativismo em Portugal,

²³ *Idem*, p. 20.

²⁴ José Veloso, "Houve fascismo em Portugal – Testemunhos de um cidadão", Lagos, 2009.

já que se trata de um preceito liberal baseado na livre iniciativa privada em toda a economia. Ora, como atrás vimos, o regime aplicava uma política industrial ao serviço do capital financeiro e a centralização e concentração forçadas pela acção coerciva do Estado (política também denominada por *corporativismo de Estado*), sendo que, para proteger os interesses dos grandes grupos económicos e financeiros, estrangulava qualquer possibilidade de aplicação daquela ideia liberal de *corporativismo de associação*. Mas, independentemente da denominação e do tipo de corporativismo aplicado em Portugal, caracterizar os 48 anos de ditadura fascista como corporativismo obsta a uma análise séria e completa do que foi aquele sistema, ignorando todas as características do mesmo, que atrás vimos, dando apenas atenção a uma parte do regime (a económica). Tendo existido diferenças entre os fascismos português e italiano, tais diferenças não impediram que esse sistema vigorasse em Portugal *nas suas próprias condições*, tal como, por exemplo, o capitalismo não se aplica da mesma forma em todos os países em que vigora (Portugal (ainda) é diferente dos EUA, apesar de ambos adoptarem o sistema capitalista).

O segundo problema é relativo ao risco que tal utilização do termo comporta de contribuir para as campanhas de branqueamento do regime fascista, fazendo renascer, como atrás referido, "valores obscurantistas ou retrógrados no domínio da cultura, das mentalidades e da ideologia".²⁵

Se atentarmos também às campanhas que antecederam o golpe que instaurou o fascismo, em Maio de 1926, percebemos a gravidade da guerra ideológica em curso contra as instituições democráticas, onde, através da "diabolização da organização política e na fomentada intolerância contra o parlamento e os parlamentares, a vulgar satanização dos partidos políticos encontrou terreno fértil".²⁶ Procurando fazer crer que os partidos são todos iguais, os *media* dominantes desenvolvem uma campanha sobre a redução do número de deputados à Assembleia da República, de descredibilização das funções dos partidos na democracia e de promoção dos argumentos que pretendem uma maior subordinação do poder político ao poder económico, abrindo assim caminho "à vigência de novas formas autoritárias, autocráticas ou totalitárias de poder" (*idem*).

Assim, esta época em que atravessamos, que cria a chamada "indústria cultural" em que a política fica cada vez mais refém da imagem, cria o perigo de substituir "um espaço público para debate sério sobre um modelo de sociedade e o modo de o

²⁵ Programa do PCP (ver nota 11), p. 20.

²⁶ Edgar Silva, "Esse mal da democracia – Do populismo ao fascismo", in revista "O Militante", Edição nº 354 (versão *online*), Editorial «Avante!», Maio/Junho de 2018.

atingir” (*idem*), por “uma espécie de circo no qual os políticos se esforçam para conquistar e manter o poder através de slogans e de uma imagem pública”.²⁷

Através da abertura de caminhos ao populismo, será cada vez mais notória a abdicação de princípios coerentes, visões e ideias (sendo que o populismo apela ao inconsciente e aos sentimentos irracionais), desviando as atenções para o que realmente determina os destinos de qualquer nação: a subordinação do poder económico ao poder político democrático. Sendo que as crises do sistema político e económico abrem espaço ao populismo, recriam-se assim as “condições e os ingredientes propícios à ascensão do neofascismo”: a “*simplificação do discurso supõe que seja só tida em conta a eficácia da comunicação e a certeza de que terá acolhimento fácil na opinião pública, mesmo que à margem dos reais conteúdos da matéria em causa*” (itálico nosso). Conclui-se assim que “desde que alcance os objectivos ambicionados de pouco importa nessa lógica política o rigor da informação veiculada [...]. Importam os fins que se pretendem atingir e a quem é imperioso agradar” (E. Silva).



Em cima: cartoon populista de 1923 – apenas três anos antes do golpe militar que viria a instaurar a ditadura fascista.

As vias populistas, tomadas, não poucas vezes, pelos principais meios de comunicação e, muitas vezes, por certos agentes políticos, leva muitas camadas da população portuguesa ao desânimo, ao descrédito e portanto ao empobrecimento da democracia, contribuindo assim cada vez mais para a centralização do poder político nas mãos das classes capitalistas, cujo projecto de sociedade é, em nossa opinião, contrário ao interesse dos trabalhadores portugueses. Assim, Edgar Silva faz notar que “as dinâmicas populistas tendem para o suicídio das democracias”.

²⁷ R. Riemen, “O eterno retorno do fascismo”, Edições Bizâncio, Lisboa, 2012, citado por Edgar Silva no artigo referido na nota anterior.

Conclusão

Uma primeira conclusão a que inevitavelmente chegamos é a de que existem inúmeros pontos em comum com a política económica preconizada pelo regime fascista português, como seja a centralização e concentração do capital monopolista, a privatização do Estado, isto é, a desresponsabilização do mesmo através da venda das suas funções sociais (saúde, habitação, comunicações, agricultura, educação, entre outras) ao capital financeiro - porque, como se demonstrou no início, o Estado fascista, através da sua força coerciva, simplesmente *apressou os objectivos do regime capitalista*.

"Hoje, novos e velhos grandes grupos económicos e financeiros, muitos deles constituídos à sombra e à custa da delapidação do património do Estado, dominam de novo a economia. É o resultado da privatização insensata e clientelar de empresas estratégicas, cujos lucros alimentam hoje a política de casino quando deviam estar ao serviço da economia nacional e proporcionar a sua competitividade. O grande capital, sobretudo o financeiro, detendo de novo o poder económico, exige mesmo, com desfaçatez, o retorno da subordinação do poder político ao poder económico".²⁸

Apesar das conclusões mais negativistas, é de extrema importância não deixarmos cair em esquecimento as grandes conquistas do povo português a partir da revolução de 1974, extraordinário marco de progresso na história do país. Estas conquistas, que "criaram condições para um dinâmico desenvolvimento económico, social, político e cultural conforme com [...] as aspirações do povo português", **"projectam-se como realidades, necessidades objectivas [e] experiências [...] no futuro democrático de Portugal"**.²⁹

O Papel da Economia Política: Breve Crítica à Economia Política Vulgar

"Nas Faculdades de Direito deve ensinar-se uma Economia para juristas e não uma Economia para economistas".³⁰

Aqui chegados, e considerando esta afirmação do Professor António Avelãs Nunes, que lecciona a UC de Economia Política na Faculdade de Direito de Coimbra, urge

²⁸ José Soeiro, "A Reforma Agrária [...]" (ver nota 15), p. 372.

²⁹ Programa do PCP (ver nota 11), pp. 27 e 29, respectivamente; realce nosso.

³⁰ António Avelãs Nunes, "Reflexões sobre a Economia Política - Homenagem ao Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro", conferência proferida na Faculdade de Direito de Coimbra, no dia 25-02-2015, no âmbito de um Ciclo comemorativo do centenário do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, p. 1.

analisar o que normalmente nos é apresentado e lecionado como Economia Política, e o porquê de tal opção.

É importante começar por esclarecer que a matéria que é lecionada nesta UC representa algo político e ideológico, algo que não é novo, ao contrário do que nos fazem crer, mascarando essa opção de ‘moderna’, ‘científica’ (no sentido de ‘apolítica’, ‘livre’ de qualquer ideologia), cujo único fim seria o de otimizar recursos por via da ‘eficiência’ e ‘eficácia’, tendo para isso ao nosso dispor bonitos gráficos, fórmulas matemáticas e teorias económicas ‘naturais’ e absolutas (tal como a lei da oferta e da procura), que obedeceriam à ‘razão’.

Mas será que é isto Economia Política? Salvo melhor opinião, consideramos que não, pois aquela deve “atribuir particular importância aos elementos institucionais ligados ao funcionamento da economia, nomeadamente às instituições políticas e jurídicas (ao papel do Estado e do Direito)”.³¹ A Economia Política deve servir, no mínimo, para analisarmos a sociedade em que vivemos, em todas as suas esferas política, económica, social e cultural, de forma a entendermos a profunda ligação dialéctica (portanto, relacional) existente entre a economia e todas as instituições e ideologias das sociedades, e integrar tal análise na história da humanidade, num esforço para nos aproximarmos mais da verdade que nos rodeia e debatermos, com lógica e humildade científica, as causas dos (e soluções para) os males que afectam o mundo actualmente.

Não é este o objecto que normalmente se aborda quando se discute tanto a Economia Política em si, como as matérias que trata, sendo que – regra geral –, é transmitida a ideia de que o capitalismo (sistema que se traduz “na propriedade privada dos meios de produção e no recurso ao trabalho assalariado (o que permite aos donos do capital ([capitalistas]) a obtenção de rendimentos sem trabalho)”³² é natural e que os impactos dos seus males devem ser minimizados, e que a supressão total desses males depende dos níveis de ‘boa educação’, ‘humanismo’, ‘ética’, dos capitalistas e seus representantes políticos, dos gerentes e das chefias.

Lembro-me, aliás, de uma conversa em que a outra parte pediu para imaginar uma pirâmide dividida em vários níveis representativos da hierarquia de uma empresa, e em cuja base se encontrava, naturalmente, a classe trabalhadora – os “colaboradores”, expressão que conscientemente a classe capitalista criou para substituir o termo que designa o que realmente são, trabalhadores, para que estes, inconscientemente, sintam que colaboram - e *ajam* de forma a que colaboram com a classe

³¹ *Idem*, p. 9.

³² *Idem*, “Do capitalismo e do socialismo – polémica com Jan Tinbergen, Prémio Nobel da Economia”, ed. Página a Página, Lisboa, Maio de 2017, p. 80.

que os explora.³³ De seguida, a grande questão, colocada por esse interlocutor: que fazer para acabar com a corrupção e as más práticas (tais como salários baixos) dentro das empresas? Antes ainda de responder, fez questão de prontamente ‘informar-nos’ de que “estes [(os trabalhadores, portanto na base da pirâmide)] não podem fazer nada”, apelando assim para as tais boa educação, formação e sentidos de responsabilidade e humanitário dos gestores e também dos detentores do capital das empresas. Perguntei-lhe se se poderia equacionar a hipótese de os trabalhadores se organizarem e gerirem, eles próprios, as empresas, ao que me respondeu que até poderia ser possível, “mas”...³⁴ O que me fez pensar no facto de tantos alunos, em particular, saírem das respectivas instituições de ensino julgando que os trabalhadores – “a base da pirâmide” – são prescindíveis, dispensáveis, para qualquer tomada de decisão das empresas e da economia, enfim, que são impotentes e redundantes para qualquer tipo de mudança social e económica, ficando, presumidamente, a mudança dependente do carácter e da moral de gestores, banqueiros, capitalistas... Esses alunos saíram e sairão para seguir as suas carreiras e as suas vidas sem questionar os mecanismos comuns no capitalismo e que radicam nos grandes problemas que a humanidade enfrenta – até mesmo porque “um capitalismo limpo, transparente e honesto, não deixa de ser marcado pela exploração, especulação, agiotagem e acumulação [e concentração] de riqueza”.³⁵

Ora, tal concepção não é nova, apesar de nos dizerem o contrário. A Economia Política nasceu como ciência da classe burguesa e foi usada para desacreditar e dissolver a sociedade feudal, substituindo-a pela sociedade burguesa, o capitalismo. Tomemos o caso da França, nas vésperas da revolução burguesa de 1789: a burguesia era “a classe mais rica, mais culta e mais progressiva, com forte consciência de classe [(isto é, a consciência de pertença a um grupo cujos membros partilham da mesma condição social e interesses, grupo esse que se distingue principalmente pelo facto de os seus membros possuírem ou não meios de produção)], convicta de que os seus interesses correspondiam ao interesse de toda a sociedade: a ideologia burguesa era já a ideologia dominante. [...] Nestas condições, restava à burguesia

³³ “Que o sistema dominante procure isolar os trabalhadores, convencê-los de que deixaram de pertencer a uma classe trabalhadora explorada, passando a ter o estatuto de colaboradores ou mesmo de senhores da sua empresa, tornando-os co-responsáveis e/ou culpados pelos seus (in)sucessos, mais não são do que vias astuciosas para impedir a criação e o desenvolvimento entre os trabalhadores de um «nós político com capacidade de acção comum». Ou seja, com poder de resistência, de solidariedade e de afirmação da sua liberdade libertadora. A sofisticação das relações de dominação repressiva não elimina o índice de repressão das mesmas, antes as torna muitíssimo mais eficazes no seu desiderato dominador” – Pedro Santos Maia, “Que fazer com a liberdade?”, in “Conferência Comemorativa do II Centenário do Nascimento de Karl Marx”, Editorial «Avante!», Lisboa, Maio de 2018, p. 148.

³⁴ Ler, a título exemplificativo, “Trabalhadores da Cervejaria Galiza assumiram gestão e pagam salários em atraso”, in jornal Público online, 1 de Janeiro de 2020.

³⁵ “Dossier BES/GES” (nota 4), p. 151.

apoderar-se do poder político para poder consolidar o capitalismo como sistema económico e social dominante”.³⁶

Ora, “uma vez instalada como classe dominante, [...] a burguesia deixou de se interessar pelo desenvolvimento da Economia Política”, pois esta, como “**ciência orientada para a descoberta das leis económicas do funcionamento e da evolução da sociedade capitalista**”,³⁷ começou a pôr em causa a ideia de que o capitalismo seria o ‘fim da história’, porque se começou a perceber que os interesses da burguesia não mais correspondiam aos interesses da classe trabalhadora (a classe não-proprietária dos meios de produção). A análise ao próprio lema da Revolução Francesa demonstra esta contradição e antagonismo entre aquelas duas classes: *liberdade* para a classe capitalista comerciar livremente, *igualdade* desta classe com a dos senhores feudais, no que toca ao poder, e *fraternidade* entre os membros da burguesia contra as opressões do sistema feudal. “Nenhuma destas ideias valia para os escravos nas colónias francesas, nem mesmo para as camadas mais pobres da população da própria França”.³⁸

A *economia política clássica burguesa*, nascida no século XVIII, com o capitalismo, é constituída por autores como Adam Smith e David Ricardo, que, ao desenvolverem-na, contribuíram para que, mais tarde e por Karl Marx e Friedrich Engels (e posteriormente desenvolvida por Lênine), se chegasse à conclusão de que o próprio sistema capitalista não representa o ‘fim da história’ nem é caracterizado por ‘leis naturais’, mas sim leis próprias de um dado modo de produção historicamente determinado, o modo de produção “que assenta na propriedade privada dos meios de produção, utilizados com vista à obtenção de lucros (mais-valia) para os detentores do capital”³⁹ – o capitalismo.

Como se torna fácil de compreender, a ideia de superação revolucionária do capitalismo, o socialismo, não agradou nem agrada à classe burguesa/capitalista, já que se trata de um sistema que representa interesses opostos e antagónicos – o **socialismo** é um “sistema que assenta na propriedade colectiva dos meios de produção, postos ao serviço da satisfação das necessidades avaliadas mediante um esquema de planificação [...]”,⁴⁰ e em que essa abolição da propriedade privada dos meios de produção aparece “não como um fim em si mesma, mas como uma condição essencial (*conditio sine qua non*) para se acabarem os rendimentos sem trabalho e,

³⁶ António Avelãs Nunes, “A Revolução Francesa na História do Capitalismo”, ed. Página a Página, Lisboa, Janeiro de 2017, p. 117.

³⁷ António Avelãs Nunes, “As origens da ciência económica – Fisiocracia, Smith, Ricardo, Marx”, ed. Página a Página, Lisboa, Agosto de 2016, p. 199 (realce nosso).

³⁸ Emile Burns, “Introdução ao marxismo”, Edições «Avante!», Lisboa, 1975, p. 26.

³⁹ António Avelãs Nunes, “Do capitalismo e do socialismo [...]” (ver nota 32), p. 32.

⁴⁰ *Idem*, p. 30.

portanto, para se acabar a exploração do homem pelo homem (ou de uma classe por outra classe)”.⁴¹

Assim, com o desenvolvimento do capitalismo e a consequente luta de classes, a economia política burguesa deu lugar ao que Karl Marx chamou de **economia política vulgar**, cujos “representantes substituem o estudo científico dos fenómenos económicos pela simples descrição das suas formas exteriores, com o fim de *embelezar o capitalismo e encobrir as suas contradições*”.⁴² “Sob o pretexto de defender a «liberdade do trabalho» burguesa, a economia política vulgar defendia uma luta renhida contra os sindicatos, contra os contratos colectivos de trabalho e contra as greves dos operários”.⁴³ Ainda que em certas instituições de ensino não se afirme estas últimas ideias (pelo menos directa e conscientemente), é frequente os alunos ouvirem dizer que antes da revolução democrática de 25 de Abril de 1974 havia em Portugal “quase pleno emprego” e que os “colaboradores” devem portanto “colaborar” com os governos e os capitalistas, que os sindicatos devem colaborar com os grupos económicos – não deixando tais posições de ser coerentes com a tese da economia política vulgar, que, através de autênticas artimanhas ‘económicas’ e apelos à submissão dos trabalhadores aos capitalistas (classe esta que se apodera do sobre-trabalho daqueles, através da exploração), defende e justifica o capitalismo. Também não será de estranhar que, não raras vezes, se classifique o período entre 1950 e 1973 em Portugal, em pleno regime fascista, de “época de ouro”, ou se afirme que Portugal manteve uma posição de neutralidade na II Guerra Mundial, ignorando ou fazendo ignorar todo o apoio que o fascismo português manteve aos nazis não só durante a guerra mas também antes da mesma, seja através do negócio de volfrâmio, seja através da espionagem ao serviço de Hitler, em território português, seja através da exportação de produtos alimentares portugueses: “toneladas e toneladas de conservas, feijão, cereais, azeite, peixe fresco, carnes, manteiga, vinho, pão[...]”;⁴⁴ “em contrapartida o governo salazarista recebia constantemente armas para o Exército, para a GNR, PSP, Legião Portuguesa e Mocidade Portuguesa que serviam para aumentar a repressão contra o povo português”,⁴⁵ que passava fome, repressão e negação dos seus mais elementares direitos.

Esta arma (a economia política vulgar), utilizada para defender e justificar o capitalismo, remete-nos aliás para a afirmação de K. Marx de que “já não se tratava de averiguar se este ou aquele teorema era ou não verdadeiro, mas se trazia benefício

⁴¹ *Idem*, p. 72.

⁴² “Manual de Economia Política”, Volume II, Direcção de K. V. Ostrovitianov, L. A. Leontiev, I. D. Lantiev, L. M. Gatovski, I. I. Kuzminov e V. N. Starovski, Editorial Estampa, Lisboa, 1972, p. 241.

⁴³ *Idem*, p. 243.

⁴⁴ “Dossier Segunda Guerra Mundial”, 2.^a edição, Editorial «Avante!», Lisboa 2015, p. 138.

⁴⁵ *Idem*, pp. 142 e 143.

ou prejuízo, se era cómodo ou incómodo para o capital, se infringia ou não as ordens da polícia. Os investigadores desinteressados foram substituídos por espadachins mercenários e os estudos científicos deram lugar à consciência turva e às perversas intenções da apologética”.⁴⁶

Como referido, a forma como normalmente a Economia Política, em certas instituições de ensino, é lecionada, faz com que os alunos ignorem toda uma dialéctica entre os fenómenos económicos e os sociais, culturais e político-jurídicos, que constituem todo um sistema e que se pode apreender mais facilmente através da análise a que Karl Marx e Friedrich Engels procederam sobre a formação económica e social, ou sociedade:⁴⁷

FORMAÇÃO ECONÓMICA E SOCIAL (SOCIEDADE):

SUPERSTRUTURA

ou formas sociais da consciência:

- **Ideologia:** ideias e representações políticas, jurídicas, filosóficas, religiosas, morais, estéticas...;
- **Instituições:** Estados, Igrejas, partidos políticos...

A superestrutura é, objectivamente, determinada pela

INFRAESTRUTURA

ou base, modo de produção dos bens materiais:

- **Forças produtivas:** meios de produção + técnica + operários;
- **Relações de produção** (ou regime económico): formas de propriedade dos meios de produção + formas de repartição dos produtos + estruturas de classe.

Desta forma torna-se claro que, se "a produção dos meios de vida materiais imediatos [...] forma a base, [...] *as visões do Direito* [...]" desenvolvem-se a partir da mesma e é portanto a partir da qual que "elas têm também de ser explicadas - e não, como até agora tem acontecido, inversamente".⁴⁸

Este gráfico permite entender mais facilmente que

⁴⁶ “Manual de Economia Política” (ver nota 42), p. 241.

⁴⁷ Pierre Masset, *Pequeno Dicionário do Marxismo*, Editorial Inova, Porto, 1974, p. 121.

⁴⁸ Karl Marx, *Obras Escolhidas em três tomos*, edições Avante! - Edições Progresso, Lisboa-Moscovo, t. 3, 1985, página 410, citado na obra “A História: Acaso ou Lei”, Editorial «Avante!», Lisboa, 2012, p. 24.

“as transformações no domínio da economia influenciam as soluções consagradas no plano jurídico. [...] Será igualmente pacífica a aceitação de que o ordenamento jurídico condiciona, por sua vez, o comportamento dos agentes económicos e da economia como um todo, atuando como elemento conformador do sistema económico e influenciando a evolução deste”.⁴⁹

Em suma: a formação de novas forças produtivas torna necessárias novas relações de produção - “quando o regime feudal «deixou de corresponder às forças produtivas em pleno desenvolvimento» e se tornou um entrave à produção [(por via dos impostos e restrições ao comércio que a sociedade feudal impunha)], a revolução [burguesa] derrubou este entrave: foi o advento da burguesia”⁵⁰ –, o que, em última instância, acaba por erguer a referida superestrutura.

Assim torna-se claro a razão por que a economia política vulgar se esforça por ignorar uma abordagem científica da economia capitalista (adoptada pela economia política clássica), pois que a continuação desse caminho levaria (levará), mais tarde ou mais cedo, à conclusão de que “a burguesia foi ela própria apanhada nesta evolução”,⁵¹ referida no parágrafo anterior.

Aquela relação entre a economia e a política em nome de uma suposta ‘ciência pura’ ou ‘positiva’ que se ocupa apenas da afectação ‘eficiente’ e ‘racional’ dos recursos é fazer o aluno ignorar que, em primeiro lugar, a ciência económica nunca poderia ser ‘pura’, já que é imbuída de valores humanos, de juízos morais ou políticos; em segundo lugar, que TODO o rendimento é produzido pelo trabalho, pelos trabalhadores, não só através do trabalho necessário à produção de riqueza mas também o sobre-trabalho que eles criam e que é apropriado pelos capitalistas. Mas perceber isto seria, precisamente, revelar a base ou infraestrutura da nossa sociedade, o que poria em causa o próprio sistema capitalista – e assim se perceberá que esta UC é tudo menos ‘pura’, sem ideologia, apolítica; pelo contrário, defende e justifica aquele sistema político-ideológico.

Ignorar tal relação, não ir ao fundo da questão e ficar-se pelas aparências significa passar ao lado de que as classes sociais existem, estão cada vez mais organizadas em duas classes (a capitalista e a trabalhadora) e que os seus interesses se revelam cada vez mais antagónicos. É também passar ao lado da análise do porquê de as crises serem cada vez mais frequentes, duradouras e violentas – e do porquê de elas existirem e de outras vias para combatê-las se não as de reduzir ou estagnar os

⁴⁹ António Avelãs Nunes, “Reflexões sobre a Economia Política [...]” (ver nota 30), p. 8.

⁵⁰ Pierre Masset, *op. cit.* (ver nota 47), pp. 121 e 122; considere-se, novamente, a Revolução Francesa.

⁵¹ *Idem*, p. 122.

rendimentos e restantes direitos dos trabalhadores e do povo. É impossibilitar o aluno de perceber que as tão proclamadas e defendidas *economias de escala*, isto é, a tentativa de otimizar a produção com a finalidade de produzir mais unidades de produto em menos tempo, são na verdade uma das causas das crises económicas: “uma vez que o objectivo da produção capitalista é o lucro e não a satisfação das necessidades”, “a tendência para aumentar a produtividade do trabalho e para potenciar as forças de produção [(ver esquema representativo da sociedade, acima, nota 47)] , que se traduzem num incremento das economias de escala, *colide com a limitada capacidade de absorção pelo mercado das mercadorias produzidas*”.⁵²

Isto é, as crises são uma das características do próprio funcionamento do capitalismo e têm como base, ironicamente, as economias de escala, que nos são apresentadas como uma das principais ‘soluções’ para essas crises que mais não são, precisamente, que *crises de sobreprodução*, em que se produziu uma

“quantidade superior àquela que podem adquirir os principais consumidores, as massas populares, cuja capacidade aquisitiva se encontra [...] reduzida a proporções mínimas. Os «stocks» de mercadorias «excedentes» enchem os armazéns. Os capitalistas reduzem a produção e despedem operários. Encerram-se centenas e milhares de empresas. Aumenta extraordinariamente o desemprego forçado. Grande número de pequenos produtores da cidade e do campo arruinam-se”.⁵³

A ânsia de obter maiores lucros origina a contradição fundamental do capitalismo – o carácter social da produção e a apropriação privada dos capitalistas desse produto do trabalho -, que por sua vez se revela na “oposição entre a *organização da produção* no interior de cada empresa e a *anarquia da produção* na sociedade em conjunto.” Na primeira, “o trabalho dos operários encontra-se organizado e submetido à exclusiva vontade do patrão”; no segundo caso, “em virtude da supremacia da propriedade privada dos meios de produção, reina a anarquia na produção, tornando impossível o desenvolvimento harmónico da economia”.⁵⁴

“A Economia sem política não é mais de que uma política contra outra Economia”,⁵⁵ já que a economia política que normalmente é lecionada, a economia política vulgar, mascara o propósito de defender e justificar o capitalismo, incluindo

⁵² Domenico Moro, “A crise do capitalismo e Marx – Resumo de O Capital com referência ao século XXI”, ed. Página a Página, Lisboa, Abril de 2016, p. 34; itálico nosso.

⁵³ “Manual de Economia Política” (ver nota 42), p. 83.

⁵⁴ *Idem*, pp. 84 e 85, respectivamente.

⁵⁵ Natalino Irti, citado por António Avelãs Nunes, “Reflexões sobre a Economia Política [...]” (ver nota 30), p. 14.

através do não leccionamento da análise marxista da economia e da História, o **materialismo dialéctico**. E nem tão pouco se debate o socialismo – tratando-se, assim, da tal “política contra outra Economia”, aquela que constitui a única alternativa que actualmente se opõe radicalmente (porque remete a atenção para a raiz do sistema) ao capitalismo, a única alternativa que propõe ultrapassá-lo, superá-lo, e construir uma sociedade sem classes, por corresponder aos interesses da classe trabalhadora, que é quem produz a riqueza que, por mais abundante que seja, não é utilizada para resolver os problemas mais marcantes da humanidade; e por os interesses que geram guerras, inerentes à fase imperialista do capitalismo, não corresponderem ao desejo dos trabalhadores e dos povos à Paz.

Ficando o leccionamento da matéria ao nível das aparências, os alunos (e portanto o povo em geral) continuarão a sentir-se impotentes perante qualquer mudança de fundo na História, porque, como trabalhadores, não irão perceber o papel que realmente desempenham e poderão desempenhar na economia, almejando uma organização diferente da sociedade, em que ninguém explore ninguém, em que todos tenhamos direito a uma vida digna.

“[...] Os fenómenos visíveis (os preços) escondem uma realidade mais fundamental (o trabalho). E enquanto as teorias económicas correntes se contentam com analisar a superfície das coisas (os preços), a teoria marxista examina em profundidade a ligação mais ou menos estrita que existe entre os preços das mercadorias e o trabalho de que elas resultam”.⁵⁶

Sem entender esta teoria do «valor-trabalho», elaborada por Marx em *O Capital*, o aluno dificilmente perceberá a relação e as causas da realidade actual, como por exemplo o “crescimento da produtividade, crise e desemprego, concentração de poder económico, subcontratação, invasão da publicidade, [...] ou a] mundialização da economia”.⁵⁷

O facto de nas aulas, não poucas vezes, e bem, se abordar temas como a corrupção e os baixos salários, nada altera o que aqui se afirma, mas conclui-se que estamos perante uma tentativa de «salvar o capitalismo dos capitalistas», uma espécie de quadratura do círculo.

⁵⁶ Jacques Gouverneur, “Compreender a Economia – Introdução à análise económica marxista do capitalismo contemporâneo”, Editorial «Avante!», Lisboa, 2010, p. 15. *A lei da oferta e da procura* é um exemplo disto mesmo, por não ter “em conta o valor que serve de base aos preços” e por submeter “a explicação da base dos preços das mercadorias à descrição das flutuações desses preços” - “Manual de Economia Política” (ver nota 42), p. 241.

⁵⁷ Jacques Gouverneur, *op. cit.* (ver nota anterior), p. 17.

A abordagem àqueles temas (corrupção, baixos salários, ineficiência do sector do turismo, entre outros), é normalmente feita de forma atomística, individual, não associando estes problemas a um todo que se relaciona entre si e que é consequência do modo de produção capitalista, chegando ao ponto de se atribuir a culpa das ‘desgraças’ de um povo inteiro à sua cultura (exemplo da “cultura latina”, a que alguns atribuem o “atraso” dos respectivos países, ignorando da forma mais simplista todos os elementos de que até aqui tratámos e que a Economia Política deve, precisamente, tratar).

Esta forma – pobre – de se abordar as matérias, os problemas, que a Economia Política se propõe tratar, reflecte-se na defesa do capitalismo (fazendo cair o argumento de que estamos perante uma UC apolítica e sem carga ideológica) – porque, como vimos, a EP acaba por revelar, em última análise, as contradições daquele sistema. Ora, com isto, bem se vê que voltamos atrás na nossa história: como interessa defender o capitalismo, recorre-se à economia política vulgar, de forma a ocultar (consciente ou inconscientemente) essas contradições, ao “não incluir as classes sociais na análise económica; [ao] ignorar a conflitualidade social, e com ela, os problemas [...] das relações de poder [entre as duas classes antagónicas]; [ao] reduzir a vida económica ao mercado, a um mundo de vendedores e compradores; [...] ao desligar as leis da distribuição do rendimento das que caracterizam as correspondentes relações sociais de produção”,⁵⁸ para que, assim, se combata a ideia de superar o capitalismo e se proceda, ao invés, a ‘reformas’ para o salvar - tal como os detentores do poder no feudalismo combateram as ideias burguesas (sendo estas, à época, revolucionárias).

Como se de repente a história tivesse parado,⁵⁹ apresentam-nos o capitalismo como sistema final da história, fazendo um esforço (bem remunerado?) para que ignoremos as contradições do capitalismo, nomeadamente aquela que é a fundamental - o carácter social da produção (é a classe trabalhadora que produz o rendimento

⁵⁸ António Avelãs Nunes, “As origens da ciência económica [...]” (ver nota 37), p. 9. A título de exemplo, ao analisar-se a situação da indústria portuguesa do calçado, é comum fazê-lo prezando a qualidade e os bons resultados da actividade, apesar de - e precisamente por não analisar o valor do produto na óptica do trabalho, mas do preço na óptica das vendas no mercado capitalista -, raramente se referir a situação de quem produz essa riqueza nacional, os trabalhadores: leia-se “Patrão da Kyaia condenado na rua”, in *Jornal «Avante!»*, 12 de Dezembro de 2019, p. 20.

⁵⁹ “Quer dizer: eles [(os burgueses)] reconhecem que houve história, porque mostraram que «houve instituições do feudalismo, e nestas [...] se encontram relações de produção totalmente diferentes das da sociedade burguesa». Mas agora «querem fazer passar [essas instituições da sociedade burguesa] por naturais e portanto eternas. Comentário de Marx, certo e irónico: «[...] com todas essas eternidades imutáveis e imóveis já não há história. [...] Assim, houve história, mas já não há»” – Karl Marx, citado por António Avelãs Nunes em “As origens da ciência económica” [...]” (ver nota 37), p. 201.

global, em que se inclui o lucro dos capitalistas) e a apropriação privada (pelos capitalistas) dos meios de produção e portanto da própria produção.

Ideias que levariam os alunos a debater sobre os limites históricos do capitalismo e por que é que este, apesar de tantas guerras, crises económicas e corrupção sistémica que alimenta todo o tipo de tráficos criminosos, não sucumbiu, o que eventualmente levar-nos-ia a debater a possibilidade de o superar. E *tal como a aristocracia feudal resistiu à classe revolucionária burguesa, também a burguesia resiste à classe revolucionária trabalhadora.*

Uma dessas armas é precisamente o desvio da atenção das causas de problemas que radicam no sistema capitalista, para propostas que promovem concepções retrógradas como se fossem avançadas, de apelos ao “bom senso da classe dominante”, aquando da discussão das crises e do desemprego, como se estas não fossem duas das principais características do capitalismo e não estivessem na base do actual recrudescimento da extrema-direita no mundo, trazendo consigo concepções e políticas de má memória.

E, feitas as contas, a quem convém que a classe trabalhadora *espere* que a classe que a explora ganhe “bom senso”?

