

SCIENTIA IVRIDICA

Tomo LXXIII - N.º 364 - Janeiro/Abril de 2024

- Ana Miguel Ferreira/Gabriela Sousa – *O novo regulamento dos mercados digitais: estarão as Big Techs na lista negra da União Europeia?* 5
- Ana Raquel Conceição – *Análise das decisões do Tribunal Constitucional no que toca à matéria dos Metadados* 31
- André Lamas Leite – *Revisitando as relações entre a Política Criminal, a Dogmática (Penal) e a Criminologia: breves notas*..... 49
- Kelly Coelho da Silva/Gilsilene Francischetto/Rossana Martingo Cruz – *A comunicação não violenta como plano de fundo das formas de intervenção nos conflitos familiares na perspetiva sistêmica* 75
- Ricardo Sousa da Cunha – *Contributo “cosmopolita” para o estudo das singularidades metodológicas jurídico-administrativas* 93

TOMO
LXXIII

N.º
364

JAN.
ABR.
2024

SCIENTIA IVRIDICA

SCIENTIA IVRIDICA

TOMO LXXIII – NÚMERO 364 – JANEIRO/ABRIL 2024

Quadrimestral – pvp € 20,00

SCIENTIA IVRIDICA

SCIENTIA IVRIDICA

Revista fundada em 1951 pelo Senhor Conselheiro Francisco José Vellozo

Diretor

Marco Carvalho Gonçalves, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Conselho de Redação

António Barbosa, *Advogado*

Flávia Noversa Loureiro, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Maria José Araújo, *Advogada*

Marco Carvalho Gonçalves, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Pedro Jacob Morais, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Comissão Científica

Arno dal Ri Junior, *Professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Sta. Catarina, Brasil*

Carlos Abreu Amorim, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Cristina Dias, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Edson Alvisi, *Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Brasil*

Elizabeth Fernandez, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Flávia Piovesan, *Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Brasil*

Fernando de Gravato Morais, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Heinrich Ewald Hörster, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Joana Aguiar e Silva, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Joaquim Freitas da Rocha, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

José Joaquim Gomes Canotilho, *Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

Jorge Miranda, *Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*

Manuel Costa Andrade, *Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

Maria de Assunção do Vale Pereira, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Maria Miguel Carvalho, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Mário Ferreira Monte, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Teresa Moreira, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Vasco Pereira da Silva, *Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*

Wladimir Brito, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Secretária de Redação

Paula Azevedo, *Licenciada em Direito*

Secretária da Administração

Carmelinda Vilaça

Propriedade e Edição

Universidade do Minho (Escola de Direito)

Contribuinte n.º 502 011 378

Administração e Redação

Universidade do Minho

Campus de Gualtar - 4010-057 Braga

Tel. 253 601 800 - Fax 253 601 809 - E-mail: si@direito.uminho.pt

Primeira Editora e Proprietária, Livraria Cruz (Braga)

ISSN: 0870 - 8185

Depósito legal: 381240/14

Tiragem: 60 exemplares

Publicação anotada na ERC

SCIENTIA IVRIDICA

TOMO LXXIII
N.º 364 - JANEIRO/ABRIL

2024

UNIVERSIDADE DO MINHO
Largo do Paço - 4704-553 Braga (Portugal)

SCIENTIA IVRIDICA

Revista quadrimestral

Edição coordenada por

Flávia Novera Loureiro, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*
Marco Carvalho Gonçalves, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*
Pedro Jacob Morais, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Órgão da Associação Jurídica de Braga (AJB)

Esta revista propõe-se promover o intercâmbio cultural dos juristas da Comunidade Lusíada, a ligação mais íntima entre a Universidade e o Foro e todos os cultores do Direito, e o progresso deste. Procura fornecer informação atualizada sobre todos os ramos do Direito, o que também permite que a revista seja utilizada para formação cultural. Os artigos não assinados são da responsabilidade da Redação.

Estatuto Editorial disponível em <https://revistas.uminho.pt/index.php/scientiaivridica>

Permutas

Solicita-se o endereço de todas as ofertas e permutas para:

SCIENTIA IVRIDICA

Largo do Paço

4704-553 Braga

Portugal

Assinaturas

Assinatura anual (3 números):

Portugal: € 45.00

O novo regulamento dos mercados digitais: estarão as *Big Techs* na lista negra da União Europeia?*

Ana Miguel Ferreira

Mestranda em Direito dos Contratos e da Empresa

Jurista

Gabriela Sousa

Mestranda em Direito da Empresa e dos Negócios

Jurista

Resumo: No plano atual, assistimos a uma verdadeira tentativa de Revolução no Mercado Digital. A União Europeia, após décadas sem uma legislação rigorosa, neste âmbito, lança o *Digital Markets Act*, com o intuito de criar medidas que promovam um mercado, que ambiciona que aquilo que é considerado ilegal *offline* seja ilegal *online*, comprometendo-se a criar a tão expectada legislação capaz de proporcionar clareza e segurança ao mercado, valores fundamentais para alcançar a equidade entre os indivíduos envolvidos.

A partir do ideal de um mercado transparente, competitivo e justo, este Regulamento impõe regras para as Gigantes Digitais que reúnam os devidos requisitos para serem consideradas *gatekeepers*.

Com o presente artigo pretendemos abordar o modo como estas medidas poderão influenciar o comércio digital e qual o impacto que se poderá sentir na dinâmica e no próprio funcionamento de todas as empresas, mormente nas *Big Techs*, as especiais visadas por estas regras, e se se apresentam proporcionais e adequadas ao objetivo primordial a que se propõem.

Palavras-chave: *Big Techs* / Concorrência / *Digital Markets Act* / Mercado / União Europeia / Utilizador

* Artigo desenvolvido no âmbito do Prémio “Antas da Cunha ECIIA – *Innovation for all*”.

Abstract: In the current plan, we are witnessing a true attempt at a revolution in the digital market. The European Union, after decades without rigorous legislation in this area, has launched the *Digital Markets Act*, aiming to create measures that promote a market where what is considered illegal offline is also illegal online. This commitment aims to establish the much-anticipated legislation capable of providing clarity and security to the market, which are fundamental values for achieving equity among the involved parties.

Based on the ideal of a transparent, competitive, and fair market, this regulation imposes rules on Big Tech companies that meet the necessary requirements to be considered “*gatekeepers*”.

Therefore, with this article, we aim to address how these measures might influence digital commerce and the impact they may have on the dynamics and functioning of all companies, especially the Big Tech companies, which are the primary targets of these rules. We also aim to evaluate whether these measures are proportional and adequate to achieve their primary objective.

Keywords: *Big Techs / Competition / Digital Markets Act / Market / European Union / User*

1. Introdução

Partir da ideia de que a regulamentação do comércio internacional é um tema abordado, apenas na senda da grande (r)evolução tecnológica e digital sentida ao longo dos últimos dois séculos, é incorrer numa verdadeira falácia e fazer a história de um mundo hoje globalizado cair em esquecimento.

O comércio sempre fez parte do “quotidiano” do Homem, tendo sido impostas regras à concorrência entre os próprios contraentes, mesmo antes de se sentir a necessidade de esta ser codificada. Eram inúmeras as trocas comerciais entre os povos e os colonizadores, sendo esta a pedra basilar do surgimento do comércio internacional. Hoje, não obstante a proliferação do dinheiro, a filosofia do comércio perdura a mesma.

2. Evolução histórica

Outrora, a atividade comercial cingia-se às pessoas da mesma civilização, havendo uma diminuta variedade de produtos, devido ao reduzido número de pessoas envolvidas e à escassa pluralidade de labores.

No século XV, ao sabor do vento e das caravelas, na procura de uma nova realidade, os Descobrimientos foram um marco inquestionável para se deixar de perpetuar as fronteiras terrestres como um entrave a compras e vendas e, mormente, ao acesso a uma multiplicidade de mercadorias, anteriormente inatingíveis.

Hodiernamente, assistimos a uma inigualável globalização do mercado como consequência da emergência das novas tecnologias.

No limiar do novo milénio, ciente da mudança de organização e funcionamento do tráfego comercial, a Comissão Europeia aprovou a Diretiva sobre o Comércio Eletrónico, transposta em Portugal pelo DL n.º 7/2004, de 7/1, e o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts. 81.º e 82.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Não obstante este ter sido um passo a favor da inovação, a Diretiva sobre o Comércio Eletrónico não regulou todos os setores do mesmo, apresentando-se como uma proposta ambiciosa que não conseguiu corresponder às expectativas.

Nesta altura, assistiu-se a um salto significativo da Sociedade Industrial, que era anteriormente dominante, para a Sociedade das Novas Tecnologias de Informação e do Conhecimento. Ora, se quando lançada esta era já uma Diretiva que demonstrava uma certa inaptidão para encontrar resposta a todos os problemas que conduziram à sua origem, chegados ao ano de 2020, face ao grande e rápido desenvolvimento do mundo eletrónico e digital, desde o início do século, tornou-se óbvia a escassez de regulamentação, no âmbito do comércio internacional, não só na União Europeia, como globalmente. Com esta agitação, surgiu a emergência de estabelecer soluções para problemas que, no ano de 2000, não se encontravam suficientemente consolidados e colocar em segundo plano anteriores vicissitudes, cujo atual posicionamento num mundo globalizado as torna praticamente obsoletas.

Do mesmo modo, tornou-se quase obrigatória a renovação do Regulamento (CE) n.º 1/2003 com a evolução do Mercado Digital e a emergência das enormes corporações digitais, anteriormente regulado apenas por este Regulamento e pelo art. 102.º do TFUE.

No mundo contemporâneo, numa conjuntura com inegáveis repercussões do término de uma Pandemia Mundial e de uma Guerra em território europeu sem fim previsto, que de modo tão acentuado alterou o mercado internacional, a União Europeia, finalmente, cedeu às expectativas e, sobretudo, necessidades da comuni-

dade e, passados mais de vinte anos, voltou a dar espaço à concretização de normas referentes ao espaço digital, com o *Digital Services Act* e o *Digital Markets Act*.

3. Origem e propósito

A Economia Digital atual ocupa uma grande fração das transações comerciais em todos os setores. Atendendo ao Índice de Digitalidade da Economia e da Sociedade de 2022, 52% das empresas portuguesas apresentam, pelo menos, um nível básico de intensidade digital, sendo a média da União Europeia de 55%¹. Assim, Portugal encontra-se entre os líderes da Comunidade Europeia no que respeita a serviços públicos digitais e apresenta um índice superior à média da União Europeia relativamente à integração das tecnologias digitais nas empresas.

Surgiram, aliadas a esta, novas formas de comercializar e novas formas de organização das sociedades. Ainda assim, o consumidor permanece a parte mais débil do contrato, sendo dever do legislador proteger os seus interesses. Não obstante, não poderá descurar a regulamentação das relações entre as próprias empresas, de forma a manter uma concorrência leal.

Foi com base neste pensamento que a União Europeia, em 2020, apresentou a proposta do *Digital Markets Act* (doravante *DMA*) que, juntamente com o *Digital Services Act* (doravante *DSA*), concebem um conjunto de medidas da Comissão Europeia, com o intuito de estabelecer respostas aos desafios decorrentes da eclosão da Economia Digital, protegendo os utilizadores das *Big Techs* e aqueles que com elas concorrem.

Sob o signo de “*What is illegal offline, should be illegal online*”, pretende assegurar um ambiente digital mais seguro e justo, com a proteção de todos os utilizadores, independentemente do lugar onde acedam, diminuindo a exposição a conteúdos ilegais. Sincronicamente, planeia instituir uma proteção mais adequada dos consumidores, promover a inovação e a competitividade no mercado interno e global, através da garantia de oportunidade de crescimento das pequenas e médias empresas e das empresas em fase de arranque, as *Startups*.

Esta proposta inovadora de legislação é antecedida pela frustração das investigações *antitrust*, que além de não serem realizadas com a celeridade almejada, ofereciam soluções passíveis de demasiadas críticas.

¹ Associação Economia Digital – Economia Digital em Portugal 2023 [em linha]. ACEPI: 2023. Disponível em <https://digitalemportugal.pt/> [consult. 6/4/2023].

Em particular, o *DMA* tem como objetivo regular questões de concorrência, alargando e aperfeiçoando o direito da concorrência nacional e europeu já existente. Cria normas *ex-ante*, de modo que não sejam permitidos comportamentos de concorrência desleal, sem embargo de uma possível intervenção *ex-post* da União Europeia, reconhecendo a necessidade de um quadro legal supraestadual, claro e objetivo neste âmbito.

Neste sentido e com o propósito de atingir um mercado livre e justo, a União Europeia lança dois novos instrumentos normativos.

4. Âmbito de aplicação

Para que seja possível compreender de que modo estes Regulamentos vieram alterar a realidade jurídica, assim como a medida em que se enquadram de forma eficaz na necessidade de tutela deste tema, é imprescindível analisar os seus âmbitos de aplicação.

No que concerne à análise, referente ao *DMA*, devem ser tidas em consideração três dimensões: objetiva, subjetiva e territorial.

Em primeiro lugar, a dimensão objetiva, no sentido em que este Regulamento somente se aplica aos “serviços essenciais de plataforma”, cuja proposta ou prestação tenha sido realizada pelos designados *gatekeepers* (controladores de acesso, em português) a utilizadores profissionais ou a consumidores estabelecidos ou situados na União Europeia.

Esta dimensão reconduz-se diretamente à vertente subjetiva do âmbito de aplicação. Os *gatekeepers* dos quais exclusivamente se ocupa este Regulamento, além de serem empresas que prestam serviços de plataforma, devem preencher cumulativamente determinados parâmetros, nomeadamente:

- os resultados que produzem serem expressivos, no plano do mercado interno, detendo estes uma posição económica forte, i. e., caso realizem um volume de negócios anual na União Europeia igual ou superior a 7,5 mil milhões de euros em cada um dos três últimos exercícios financeiros, ou se a sua capitalização bolsista média ou o seu valor justo de mercado equivalente tiver ascendido a pelo menos 75 mil milhões de euros no último exercício financeiro, e se prestar o mesmo serviço essencial de plataforma em, pelo menos, três Estados-Membros;

- deter uma posição forte em termos de intermediação, i. e., que o serviço essencial de plataforma prestado e exercido por estas empresas deve ser uma ver-

dadeira “ponte de ligação”, que facilite a chegada dos utilizadores profissionais aos consumidores, i. e., caso prestem um serviço essencial de plataforma que no último exercício financeiro tenha tido pelo menos 45 milhões de utilizadores finais ativos mensalmente, estabelecidos ou situados na União Europeia, e pelo menos 10 000 utilizadores profissionais ativos anualmente, estabelecidos na União Europeia, identificados e calculados de acordo com a metodologia e os indicadores estabelecidos no anexo ao Regulamento; e

- mantenham um estatuto consolidado, estável e duradouro no seu exercício ou, mesmo que este requisito não se verifique, que se depreenda que presumivelmente a empresa em questão poderá vir a beneficiar de tal posição num futuro próximo, presunção esta que funciona, na eventualidade de a empresa ter cumprido os dois critérios supramencionados em cada um dos três últimos exercícios financeiros. Todavia, a empresa poderá ilidir esta presunção caso apresente prova de que, excecionalmente, apesar de cumprir os pressupostos, não deverá ser considerada “controladora de acesso”².

No que se refere à dimensão territorial do Regulamento, este evidentemente opera relativamente aos Estados-Membros da União Europeia, sem dependência quer do local de estabelecimento, quer de residência dos *gatekeepers*, bem como do direito aplicável à prestação de serviços.

Em relação ao *DSA*, partindo do facto de que visa tutelar os direitos fundamentais dos utilizadores, com base no princípio de “*What is illegal offline, should be illegal online*”, conclui-se que o seu âmbito de aplicação não é mais do que os serviços intermediários em linha, desde provedores de serviços de armazenamento, provedores de serviços de transporte, plataformas *online* de grande dimensão a plataformas *online*, particularmente, tal como preceituado no art. 3.º do *DSA*, como aquelas que armazenam e divulgam informações ao público, visando uma maior transparência, previsibilidade e segurança jurídica no espaço digital.

Para as grandes plataformas, as que comportam mais de 45 milhões de utilizadores, i. e., para as plataformas em linha ou motores de pesquisa de muito grande dimensão é estabelecido um regime especial, obrigações tais como avalia-

² JOANA MOTA/RICARDO PINTÃO, *O Regulamento dos Mercados Digitais* [em linha]. Foro de Actualidad: 2023. Disponível para consulta em <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8203/documento/ajum60art.pdf?id=13181&forceDownload=true> [consult. em 6/4/2023].

ções exaustivas anuais dos riscos de danos em linha nos serviços prestados, acrescentando-se ainda a adoção de medidas adequadas à atenuação dos riscos.

Pelo contrário, às *startups* e plataformas de menor dimensão as obrigações aplicadas serão significativamente menores, beneficiando estas, inclusive, de isenções especiais e de uma maior segurança jurídica.

Conclui-se, portanto, que o *DMA* é aplicável a controladores de acesso que prestam serviços essenciais de plataforma, ou seja, um pequeno número de grandes empresas de *Big Tech*, tendo entrado em vigor no dia 1 de novembro de 2022, apesar de a sua aplicação plena apenas se ter concretizado a partir do dia 2 de maio de 2023. Ao passo que o *DSA* dispõe acerca dos prestadores intermediários de serviços e, não obstante a sua entrada em vigor no dia 16 de novembro de 2022, apenas se tornou diretamente aplicável no passado dia 17 de fevereiro de 2024.

5. *Digital Markets Act*: uma análise aprofundada acerca do seu funcionamento

Iremos, doravante, debruçar-nos de modo mais detalhado sobre o Regulamento dos Mercados Digitais. Fruto de uma das propostas centrais da Estratégia Digital da União Europeia, que ambiciona que estejamos diante da “Década Digital da Europa”, considera-se esta uma alavanca crucial na promoção de um mercado equitativo e justo, justamente por pretender garantir novas regras, que acompanhem o ritmo acelerado dos mercados digitais.

Com a sua entrada em vigor em maio de 2023, urge uma maior inevitabilidade em compreender quais são de facto os seus efeitos, quais as esferas jurídicas em que terá maior implicância, assim como as soluções que trará e, concomitantemente, os problemas que originará.

6. *Gatekeepers*: o que são?

Pois bem, de maneira que a análise sobre o *DMA* seja realizada com a devida clareza, é fundamental a compreensão sobre o que são os intitulados *gatekeepers*.

Tal como referido no que tange à vertente subjetiva do âmbito de aplicação deste Regulamento, é indispensável que se reúnam os critérios de antemão indicados, i. e., o pressuposto de serem empresas que ocupam uma posição firme, em razão económica, em matéria de intermediação e, ainda, de estabilidade, para que

possamos estar, seguramente, perante um controlador de acesso e, por conseguinte, no caso do cumprimento destes requisitos, foi imposta sobre as referidas empresas a obrigação de o notificar à Comissão Europeia, até dia 2 de julho de 2023. Se não o fizessem, nada impedia que a Comissão procedesse a esta qualificação, de forma a poderem ser aplicadas as obrigações constantes do DMA.

Ademais, recaiu sobre os *gatekeepers* a exigência de efetivar a nomeação de um “chefe da função de verificação do cumprimento” deste diploma.

Neste leque, encontram-se englobadas redes sociais, motores de pesquisa, sistemas operativos, serviços de comunicações interpessoais independentes de número, plataformas de partilha de vídeo, assistentes virtuais ou serviços de *cloud computing*.

Atente-se que é possível ainda atribuir a figura de *gatekeeper* às empresas que não beneficiem de uma posição duradoura e enraizada, na hipótese de isso ser expectável de acontecer num futuro próximo. Parece-nos, contudo, que esta é uma atribuição que não é devidamente desenvolvida, assentando no conceito indeterminado de “futuro próximo” e numa presunção que funciona, com base no cumprimento dos outros dois pressupostos nos últimos três exercícios que, não obstante indiciem este mesmo cumprimento em exercícios futuros, em nada o garantem. Não será esta uma presunção demasiadamente frágil e insuficiente, no contexto em que se insere? Não será esta uma falta de rigor arriscada, tendo em consideração a dimensão das obrigações implicadas pela mera designação de “controladores de acesso”?

7. Efeitos da aplicação do DMA

7.1. Na perspetiva da empresa

Tendo este regulamento por principal foco os controladores de acesso, prevê, no seu Capítulo III, obrigações e proibições para os mesmos.

São exemplos, a proibição da junção de dados pessoais dos seus utilizadores com um terceiro prestador de serviço e a reutilização de dados pessoais prestados noutra serviço, numa perspetiva de proteção de dados e de evitar um monopólio entre as duas empresas que torne a concorrência desleal para as que se encontram em concorrência com estas. Neste sentido, está igualmente proibida a restrição da capacidade do utilizador de dar o seu consentimento, na aceção do Regulamento (UE) n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, para

se subscrever nos serviços da *gatekeeper* ou detidos por esta. Por conseguinte, é proibido o tratamento mais favorável dos serviços ou produtos da própria empresa ou uma terceira com quem realize um acordo, em comparação com os de terceiros não pertencentes. Estão, igualmente, proibidas de impedir ou limitar a possibilidade de os utilizadores recorrerem às autoridades competentes quanto aos seus comportamentos.

É imposta a obrigação aos *gatekeepers* de permitirem que utilizadores profissionais possam concorrer com os mesmos produtos ou serviços com preços ou condições diferentes, de forma a estimular e providenciar uma concorrência leal.

Devem abster-se de exigir aos utilizadores profissionais, que empregam, no seu serviço, os serviços de identificação do controlador de acesso, que utilizem os serviços essenciais do mesmo.

Acresce a obrigação de não impedir ou dificultar a desinstalação de *apps* e o cancelamento de subscrições, permitir alterações às predefinições, impedir a restrição de métodos de pagamento dos seus serviços ou produtos e comunicar sobre aquisições e concentrações de empresas. Sobre os *gatekeepers* incide, ainda, a obrigação de prestar informação verdadeira sobre o desempenho e preços decorrentes do *Marketing* aos anunciantes e permitir a portabilidade dos dados do utilizador.

Além do mais, há a exigência de os *gatekeepers* divulgarem à Comissão Europeia uma descrição das técnicas de definição de perfil do consumidor do seu serviço, validada por uma auditoria independente, transmitida, posteriormente, ao Comité Europeu para a Proteção de Dados e disponibilizada ao público.

7.2. Na perspetiva do consumidor

Implementado um conjunto de medidas legais sólidas, claras e uniformes, de transparência e cooperação, em conjunto com a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, os direitos do consumidor europeu encontram-se mais protegidos do que nunca.

Acrescem aos direitos que lhe cabem enquanto pessoa, aqueles que adquire quando assume a posição de consumidor. Contemplam a proteção da qualidade dos serviços e produtos, maior diversidade de preços, equilibrados e competitivos, maior e melhor informação e eliminação do prejuízo.

O funcionamento do mercado interno, previsto no art. 26.º, n.º 2, do TFUE, pode levar a um enfraquecimento da posição, já débil, do consumidor. Os con-

tratos à distância implicam muitas vezes, pela falta de informação ou pela falsidade desta, prejuízos para o contraente-comprador e, não raras vezes, a sua própria natureza leva a que a manifestação do consumidor enquanto parte mais fraca seja mais evidente, porquanto, apenas lhe é facultada a possibilidade de aderir ou não ao contrato e não de negociar os seus termos.

Assim, o DMA irá promover uma competitividade leal e justa, proibir a privação ou ludibriação de informação por parte das empresas e assegurar uma elevada proteção do consumidor. Apesar de não lhe ser diretamente aplicável, a regulamentação *ex ante* da concorrência entre as empresas viabiliza um mercado mais seguro para os próprios consumidores e a diminuição de litígios.

É neste sentido que o art. 7.º do Regulamento Roma II estipula que, apesar da possibilidade de escolha de lei contratual, nunca pode ser aplicado ao consumidor um direito menos protetor que o da sua residência. Deste modo, é, usualmente, aplicável a um consumidor de um Estado-Membro o padrão de proteção europeu, por existirem poucos que se comparem na salvaguarda dos interesses do consumidor.

8. Regime sancionatório

A Comissão Europeia assume competência exclusiva de aplicação do respetivo Regulamento. Sem prejuízo, de forma a controlar a atuação dos *gatekeepers* e o cumprimento das obrigações que lhe são impostas, conta com o auxílio das Autoridades Nacionais de Concorrência, solução potenciadora de uma maior inclusão destas na aplicação do DMA.

É-lhes conferido um poder de investigar eventuais práticas ilícitas e desrespeitosas por parte das empresas. No caso afirmativo, deve comunicar à Comissão Europeia pois só esta tem o poder de intervir. A este respeito, afigura-se intrigante a futura sustentabilidade da dependência das Autoridades Nacionais de Concorrência para com a Comissão Europeia.

Veja-se que, a título de exemplo, o Regulamento (CE) n.º 1/2003, relativo às regras de concorrência, estabelecia no seu art. 11.º, uma estreita cooperação entre a Comissão Europeia e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência. Ora, face às anteriores competências atribuídas às Autoridades Nacionais de Concorrência em questões semelhantes, assim como aos seus níveis de elevada especialização em relação a práticas anticoncorrenciais pelas plataformas digitais, deve-se esperar um bom exercício deste papel secun-

dário pelas mesmas? De facto, as Autoridades Nacionais de Concorrência continuarão a poder sancionar as *Big Techs*, através das disposições nacionais reguladoras da concorrência, mas acresce-lhes um dever de informação à Comissão Europeia, sobre as medidas de investigação por si adotadas. Trarão estas reservas à sua atuação uma influência negativa para a relação com a Comissão Europeia, neste âmbito? Ainda é cedo para antever uma resposta; apenas quando toda esta teoria for colocada em prática e houver dados suficientes para análise é que será possível compreender.

Até lá, resta-nos saber quais as sanções que poderão ser aplicadas aos *gatekeepers*, em situação de decisão por incumprimento. Neste cenário, a Comissão Europeia poderá ditar coimas, cujo valor poderá alcançar 10% do volume de negócios total, no exercício anterior, a nível mundial. Em caso de reincidência da infração, a coima poderá ainda atingir até 20%. Além do mais, poderão ser aplicadas sanções pecuniárias periódicas, até 5% do volume de negócios médio da empresa. Acresce ainda que, na eventualidade de serem cometidas infrações sistemáticas, poderão ser impostas medidas corretivas adicionais, na sequência de uma investigação de mercado, que deverão ser proporcionais às infrações, correspondentes à sua aplicação. Residualmente e apenas como última opção, poderão ser impostas medidas não financeiras, nomeadamente medidas comportamentais e estruturais (e. g., separação estrutural de uma empresa).

Na perspetiva de Thierry Breton, Comissário para o Mercado Interno, “[a] UE está a estabelecer obrigações imediatamente aplicáveis, prazos curtos e rigorosos (para correção de quaisquer falhas) e sanções dissuasivas”³.

9. Da GAFAM à AMAMA e a evidência de uma legislação-travão à sua atuação (análise detalhada da situação das *Big Techs*)

No momento presente, as *Big Techs* assumem um papel predominante na rotina da sociedade atual, com o grande propósito de a facilitar. Tornaram-se, assim, indispensáveis ao funcionamento do mundo hodierno.

³ Euronews, Reuters, AFP – *Implicações da nova Lei dos Mercados Digitais* [em linha]. Euro News: 2023. Disponível em <https://pt.euronews.com/next/2022/03/28/implicacoes-da-nova-lei-dos-mercados-digitais> [consult. 19/4/2023].

Ainda assim, o seu papel e influência passam despercebidos para muitos dos seus utilizadores. Pelo seu poder económico, estas grandes empresas de tecnologia (*Big Techs*) dominam o mercado. As maiores empresas do mundo, as denominadas *Big Five*, já controlavam, em 2022, cerca de 80% do mercado, número que apresenta tendência para aumentar.

As Cinco Gigantes, a *Apple*, *Amazon*, *Alphabet*, *Microsoft* e *Meta*, obtiveram, em 2019, uma receita de quase US \$900 bilhões, superior ao PIB de quatro países pertencentes ao G20⁴.

Estas são as *Big Techs*, atualmente identificadas pelo acrónimo AMAMA, não obstante o errado e desatualizado uso habitual para a sua menção dos acrónimos GAFA (*Google*, *Apple*, *Facebook*, *Amazon*) ou GAFAM (*Google*, *Apple*, *Facebook*, *Amazon*, *Microsoft*).

No cenário europeu (não muito diferente do global), as sanções por práticas anticoncorrenciais e por violação da proteção de dados têm vindo a aumentar exponencialmente. Veja-se, a título de exemplo, de acordo com os dados publicados pelo Relatório *DLA Piper*, que se registou um crescimento de 8% nas notificações por violação de dados, no ano de 2021, tendo sido, inclusive a multa mais elevada, até agora, aplicada no Luxemburgo, à *Amazon*, no valor de 746 milhões de euros.

Em Portugal, estas foram situações que igualmente se verificaram, como é o caso da coima de 4,3 milhões de euros, aplicada ao Instituto Nacional de Estatística (INE), no âmbito dos Censos 2021.

Ora, se a vontade da União Europeia em se debruçar mais afinadamente sobre os limites a ser impostos à atuação das *Big Techs* já era sentida, ainda mais se destacou com a gradual necessidade que estes números vieram mostrar.

Começaram como pequenas *startups*, inovadoras, que alcançaram uma posição inabalável e escalável. Assim, o seu principal motor é a inovação, a fim de manterem o seu estatuto na revolução tecnológica e no Mercado Digital. Cumprem-no através da constante atualização dos seus serviços e produtos e da aquisição de novas empresas, de forma a fazer face a outros dois grupos: NATU (*Netflix*, *Airbnb*, *Tesla*, *Uber*), que são sociedades e *startups* aparecidas a partir de 2010, e BAXT (*Baidu*, *Alibaba*, *Tencent*, *Xiaomi*), os líderes de *high-techs* da China.

⁴ LORENA PICKERT, *Big Techs: o que são e o que esperar das gigantes da tecnologia em 2023?* [Em linha]. Blog da AAA Inovação: 2022. Disponível em <https://blog.aaainovacao.com.br/high-techs-gigantes-da-tecnologia/> [consult. 7/4/2023].

9.1. A aquisição de outras empresas

Nas últimas décadas é possível observar um expoente número de aquisições na economia digital. São exemplos de grandes aquisições a venda do *WhatsApp* ao *Facebook*, em 2014, da *Motorola Mobility* à *Google* no mesmo ano, e do *LinkedIn* à *Microsoft*, em 2016. Simultaneamente, para além de pequenas ou médias empresas, também se verifica a aquisição de *startups* que se afiguram promissoras. No ano de 2017, as *Big Five* gastaram um total de \$31.6bn na aquisição de *startups* com reduzido número de negócios, mas um enorme potencial de desenvolvimento e, eventual, prosperidade.

Através da aquisição, as *Big Techs* asseguram a sua posição dominante no Mercado Digital, assumindo o controlo daquelas que as possam afrontar, aniquilando a concorrência.

Posto isto, e com a falta de controlo da União Europeia das apelidadas *Killer Acquisitions*, aquisição de uma empresa menor por uma *Big Tech*, surge a obrigação, com o *DMA*, de as empresas comunicarem aquisições ou concentrações *a priori* à União Europeia, de modo a que esta possa acompanhar o mercado e a as suas modificações e evoluções. A Comissão Europeia será, nesta medida, uma entidade de supervisão e o seu principal objetivo será travar a aquisição de empresas, que, independentemente da sua dimensão, possam trazer uma maior inovação, por simples razões de eliminação de concorrência. Contudo, parece-nos que esta solução em nada vai alterar este fenómeno, com tendência a evoluir, uma vez que não podemos falar num verdadeiro “controlo”, apenas existe uma obrigação de transmissão de informação, de forma que a União Europeia tenha conhecimento, e não um posterior meio de reação. Cabe-nos questionar se esta medida tem como fim proteger as *startups*, pequenas e médias empresas e regular a concorrência ou apenas impor a União Europeia sobre as *Big Techs*, reclamando a sua soberania. Estaremos nós, ao invés de uma verdadeira regulamentação, perante uma mera obstaculização ao poder das *Big Techs*?

10. *Big Data*

10.1. Impacto na concorrência

Ao exercerem um poder extremo sobre o Mercado Digital, acumulam um enorme volume de dados pessoais dos seus utilizadores, denominado *Big Data*.

Nas palavras de Gartner, *Big Data* corresponde “ao grande volume, variedade e velocidade de dados que demandam formas inovadoras e rentáveis de processamento da informação, para melhor percepção e tomada de decisão.”⁵.

Ao subscrever ou utilizar a maioria dos serviços, os utilizadores disponibilizam um conjunto de dados pessoais, de extremo valor para essa empresa, mas que os deixam numa posição de desmedida impotência. No documentário “O Dilema das Redes Sociais” é clarificado o poder dos algoritmos, que essas empresas definem, no comportamento do Homem.

A proteção de dados é já uma temática bastante debatida, mas importa refletir sobre o seu impacto na concorrência.

O monopólio de dados permite a manutenção do domínio do mercado, o conhecimento dos seus utilizadores e das suas preferências, um aprimoramento dos seus produtos e dos algoritmos, de forma a aumentar (ainda mais) o seu poder económico.

As *Big Techs* administram plataformas e *Marketplaces*, onde estabelecem regras e diretrizes que as favorecem, em detrimento dos seus concorrentes. Afigura-se um ciclo vicioso de concorrência desleal, os grandes continuarão grandes, se não maiores, e os pequenos não terão oportunidade de vingar no mercado.

10.2. Impacto na geopolítica

É também apontada, por vários autores e especialistas, a influência da *Big Data* na geopolítica. Detendo grande parte dos dados pessoais dos utilizadores, conseguem usá-los de modo a exercer influência sobre eles e, até, afetar a situação política dos Estados, com a propagação de *fake news*, discurso de ódio e teorias da conspiração nas redes sociais.

Este fenómeno é demonstrado no documentário “Nada é privado: O escândalo da *Cambridge Analytica*”, referente às decisões do *Brexit* e das eleições nos EUA em 2016.

Nas eleições dos EUA de 2016, a consultora *Cambridge Analytica* utilizou a *Big Data* do *Facebook* para saber que abordagem adotar perante cada tipo de pessoa para a influenciar, estratégia igualmente usada na decisão do *Brexit*.

⁵ DENIS MORIKAWA, *Big data e sua influência na tomada de decisão* [em linha], 2019. Disponível em <https://www.linkedin.com/pulse/big-data-e-sua-influ%C3%A2ncia-na-tomada-de-decis%C3%A3o-morikawa/?originalSubdomain=pt> [consult. 8/4/2023].

Christopher Wylie, cientista de dados que denunciou o caso de *Cambridge Analytica*, afirmou que “*exploramos o Facebook para colher perfis de milhões de pessoas e construímos modelos para explorar o que sabíamos sobre eles e atacar seus medos internos*”⁶.

Assim, os dados são utilizados como estratégia política, de forma a influenciar o poder político. A *Big Data* vai muito além da otimização dos produtos, chega mesmo a alterar preferências políticas e o governo dos Estados. Afigura-se crucial a sua regulamentação para proteção dos seus utilizadores e das próprias Nações.

10.3. Práticas desleais apontadas às *Big Techs*

No ano de 2020, uma comissão da Câmara dos Deputados dos EUA, que investiga comportamentos de concorrência desleal cometidos pelas *Big Techs*, concluiu que, através do poder que exercem no mercado, têm vindo a impor entraves à competição, por intermédio da cobrança de taxas avultadas e da exclusão de concorrentes, mediante aquisições, por exemplo. Apontou, especificamente, os comportamentos de algumas das *Big Five*.

No caso da *Apple*, denotou os obstáculos exercidos na partilha de aplicações de *software* diferentes do *iOS*, nomeadamente através do benefício dos próprios produtos com o controlo do sistema operacional e da *App Store*.

A supremacia do *Google* é mesmo definida como “um ecossistema de monopólios interligados”.

“*O Google explora as assimetrias de informação e rastreia de perto os dados em tempo real nos mercados, o que, dada a sua escala, fornece uma inteligência de mercado quase perfeita. Em certos casos, o Google secretamente configurou programas para rastrear mais de perto os seus concorrentes potenciais e reais, inclusive por meio de projetos como o Android Lockbox*”⁷.

São também assinalados os acordos com os fabricantes de *Smartphones*, que obrigam à pré-instalação dos aplicativos da *Google*, e a priorização dos seus produtos e serviços ao acoplar os dados dos utilizadores a vários serviços.

⁶ KARIM AMER/JEHANE NOUJAM, *Nada é privado: O escândalo da Cambridge Analytica*, 2019. Disponível na plataforma Netflix.

⁷ RODRIGO LOUREIRO, *Em relatório devastador, deputados dos EUA acusam big techs de monopólio* [em linha]. Exame: 2020. Disponível em <https://exame.com/tecnologia/monopolio-e-separacao-amazon-apple-facebook-e-google-tem-futuro-incerto/> [consult. 8/4/2023].

Já a *Amazon* “envolveu-se numa ampla conduta anticompetitiva no tratamento de vendedores terceirizados. Publicamente, descreve-os como parceiros, mas documentos internos mostram que se referem a eles como concorrentes internos”. Exerce, também, comportamentos desleais para com alguns fornecedores e, com base nos relatórios de venda de produtos de terceiros no seu *Marketplace*, cria e aperfeiçoa produtos da sua marca, aos quais dá ênfase. Assim, restringem a possibilidade de escolha dos utilizadores e eliminam produtos concorrentes.

No que toca ao *Facebook*, este detém o monopólio da publicidade *online*. Para a sua preservação são emitidos, constantemente, relatórios sobre empresas que possam configurar uma ameaça, para que as possam adquirir ou copiar os serviços e produtos.

Quanto à *Microsoft*, recorrem aos seus sistemas operacionais e de busca, com o objetivo de privilegiar os seus produtos, em detrimento dos concorrentes, e aos dados pessoais dos seus utilizadores, com o intuito de os influenciar a consumir mais e prever a sua futura procura.

11. Efeitos do domínio setorial das *Big Techs* e os efeitos da aplicação do *DMA* na sua atuação

Como consequência da supremacia das *Big Five* no mercado é possível constatar, nos últimos anos, os danos provocados aos que com elas tentam concorrer, à concorrência em si e aos próprios consumidores, que assistem à redução da diversidade de escolha e, como repercussão, ao aumento dos preços e diminuição da qualidade. Este fenómeno promove, igualmente, um *chilling effect* à inovação; assegurado o domínio do mercado, não há tanta necessidade de inovar como existiria se houvesse uma livre, constante e justa concorrência, que a isso obrigasse para alcançar um lugar no mercado.

A União Europeia, em particular, assiste ao comprometimento do mercado interno justo e livre.

Sem embargo, apesar da extrema necessidade que se fazia sentir de uma nova regulamentação, julgamos que a Comissão Europeia não atendeu ao custo-benefício no plano económico, sendo que as desvantagens não se afiguram proporcionais às vantagens.

Cabe, no futuro, averiguar até que ponto a sobreposição de obrigações sobre as *Big Techs* influenciou positivamente a entrada e o crescimento de novas empresas.

Até que ponto podemos falar num mercado de concorrência livre e justo quando os direitos das Gigantes Digitais são limitados por forma a dar plano aos seus concorrentes? Até que ponto estas medidas são justificáveis e razoáveis?

Com a entrada em vigor do *DMA*, torna-se exigente e imerecido ser uma Gigante Digital. Cremos que este Regulamento promoverá uma diminuição da sua atividade e um obstáculo ao seu desenvolvimento, com o objetivo de deixar de se enquadrar nos *gatekeepers* e evitar os entraves que esta designação implica. Nos últimos vinte anos não se verificou nenhuma *Big Tech* de gênese europeia, e não serão estas novas imposições que irão fomentar o seu surgimento. Assim, a União Europeia não atinge a tão aclamada soberania digital, apenas perturba a emergência das *Big Techs* estadunidenses.

Acresce que a legislação em si assenta em diversas presunções. Em primeiro lugar, como mencionado anteriormente, presume os requisitos para a assunção de uma empresa como *gatekeeper*, uma determinada dimensão quantitativa equiva- le a um estatuto de controlo de acesso. Em segundo lugar, este conjunto de medidas foi extraído, maioritariamente, da jurisprudência do Tribunal Europeu de aplicação do art. 102.º do TFUE, e presume-se que estas são adequadas a resolver os problemas do mercado, remover barreiras à entrada, aumentando o número de novas empresas e o seu poder. Não consideramos que uma legislação assente em numerosas presunções possa servir de base à quantidade de imposições e obrigações impostas às *Big Techs*.

Para além disso, serão sancionadas sempre que os seus comportamentos sejam considerados abusivos, na sua aceção desse conceito. O Regulamento define um conjunto de medidas gerais e abstratas aplicadas a um conjunto de empresas, com carácter obrigatório, sob pena de sanção. Tendo em consideração a percentagem avultada que estas punições podem alcançar, podemos, mesmo, refletir sobre um possível objetivo de exclusão das Gigantes Digitais.

Acima de tudo, importa questionar o que sucederá se uma pequena ou média empresa incorrer num comportamento semelhante ao de uma *Big Tech*. Parece olvidado que, conquanto existam imensas empresas que possam vir a ser designadas de *gatekeepers*, há tantas outras que não o serão e que as acompanham, evoluindo na sua “sombra”, sendo este um pacote legislativo, cujos efeitos em muito lhes convirá. Se as *Big Techs* não são as únicas impactadas pela aplicação deste Regulamento, não estará o seu âmbito de aplicação demasiado circunscrito? Estarão as *Big Techs* na lista negra da União Europeia?

12. Casos específicos

Em setembro de 2023 foram designadas quais as empresas que preenchem os critérios para serem consideradas *gatekeepers*, sendo certo que as AMAMA estão inseridas neste grupo. Por conseguinte, cabe-nos analisar com algum detalhe quais as expectativas de cada uma destas empresas e as repercussões que terá nas suas esferas a aplicação do DMA. Serão estas medidas apenas imbuídas do ideal de *tornar aquilo que já é ilegal offline, igualmente ilegal online*? Ou estaremos a assistir a uma disfarçada restrição da liberdade de expressão das *Big Techs*?

12.1. Apple

A *Apple* assume uma enorme influência económica não só globalmente, como no mercado europeu. No entanto, não é possível afirmar que estabelece uma relação pacífica com a União Europeia.

Em maio de 2022 a *Apple* foi acusada de abuso da posição dominante, por práticas anticoncorrenciais, nomeadamente ter limitado o acesso dos concorrentes ao sistema operativo que suporta o pagamento móvel *Apple Pay*. A empresa é investigada pela Comissão Europeia, desde 2020, e a conclusão preliminar sugere que existe, de facto, da sua parte, uma restrição da concorrência, com base no bloqueio ao acesso a equipamento e a programas necessários nos seus dispositivos.

Com a aplicação do DMA, estas práticas anticoncorrenciais serão combatidas de forma mais assertiva. Neste seguimento, a *Apple* já veio a declarar que “*certas disposições [que] criarão vulnerabilidades desnecessárias de privacidade e segurança para os nossos utilizadores, enquanto outras proibem-nos de cobrar pela propriedade intelectual em que investimos fortemente*”⁸.

Na perspetiva de Gerard de Graaf, Diretor da União Europeia do *Silicon Valley Office*, este Regulamento exige muito da *Apple*, desde logo, porque as *Big Techs* serão forçadas a conceder uma maior abertura, em relação às suas plataformas. A título de exemplo, por força das disposições do DMA, é expectável que caso as pessoas tenham um dispositivo da *Apple*, dever-lhe-ás ser possível fazer o *download* de aplicações em mais de *appstores* ou até mesmo na internet, que não a *Apple Store*. Ademais, poderão sentir-se alterações em simples funcionalidades como a *Siri*, o *FaceTime* e as

⁸ Euronews, Reuters, AFP – *Implicações da nova Lei dos Mercados Digitais* [em linha], cit.

Mensagens, assim como poderá surgir uma nova obrigação de maior partilha de dados com outras empresas. Aliás, é inevitável não colocar em comparação os dois pratos da mesma balança para compreender qual pesa mais: a privacidade dos utilizadores da *Apple* ou esta transparência e partilha impingidas nas *Big Techs*.

Pensar que o impacto deste Regulamento se basta a este conjunto de consequências previsíveis desconsidera totalmente toda a dinâmica que os trabalhadores da *Apple* têm vindo a desenvolver desde o seu início. O seu próprio *software*, reputado pela sua simplicidade e funcionamento intuitivo, face a estas imposições, terá de abranger novas aplicações e serviços de terceiros. Por conseguinte, já não falamos de pequenos comportamentos a ser alterados pela empresa em detrimento de uma concorrência leal e impulsionadora das pequenas empresas. Falamos de características que lhe são umbilicais e que no seu conjunto lhe garante o lugar de destaque que tem na economia global.

Perante estes fatores, não se exclui a possibilidade de a *Apple* oferecer uma enorme resistência à designação de *gatekeeper*, mas será complicado ou até mesmo impossível ter fundamentos que o possam suportar. Na verdade, terá de se contentar apenas com o facto de, embora seja necessário conceder espaço às outras empresas, o contrário também lhes ser exigido.

Quiçá apesar de cada efeito negativo que o *DMA* parece trazer para o bom funcionamento desta grande empresa, seja uma boa experiência para entender qual o modo mais benéfico de atuar, dentro destas medidas, uma vez que é calculável o surgimento de legislações semelhantes, após a União Europeia lançar-se enquanto pioneira.

Resta-nos aguardar para assistir como tudo isto funcionará para com uma empresa de tamanha dimensão, para concluir se este desejo manifestado pela União Europeia em “cortar o mal pela raiz” se bastará em criar entraves para a empresa ou se, pelo contrário, virá a construir imensas vulnerabilidades para aqueles que são os seus milhões de utilizadores.

12.2. *Alphabet (Google)*

A *Google*, criada nos finais da década de noventa, assume hoje um papel indispensável na sociedade. A sua expansão tem sido tão notória que os seus fundadores reestruturaram a empresa, em 2015, criando a *Alphabet*, com o objetivo de assegurar o domínio no setor digital.

As práticas anticoncorrenciais da *Google* foram já colocadas em causa, em 2018, com uma decisão das Autoridades *Antitrust* da União Europeia. A utilização do *Android* para consolidar a liderança do seu motor de busca acarretou uma multa de 2,4 bilhões de euros. Acusada de violar as regras de livre concorrência, obrigando as operadoras e fabricantes a instalarem determinados aplicativos, condicionando a instalação de sistemas operacionais rivais.

Após a publicação do *DMA*, reclamações *antitrust* ressurgiram contra a *Google*.

De acordo com a revista *Reuters*, mais de quarenta empresas concorrentes apelaram à Comissão Europeia que assegurasse que a *Google* cumpre as obrigações da União Europeia de práticas de concorrência justa.

A *Google* mostra-se recetiva a algumas imposições do *DMA*. Sendo um dos comportamentos apontado como anticoncorrencial a “imposição” da *Google Play*, permite, agora, o *sideload* de outras lojas nos *smartphones*. No entanto, quase não terá efeitos práticos, uma vez que a maioria das aplicações se encontram na *Google Play* e na *Apple Store*, justificado numa perspetiva de teoria do mercado, os consumidores querem estar onde estão as aplicações e os desenvolvedores de aplicações onde estão os consumidores. Assim, uma maioria de consumidores não encontra incentivo para a utilização de novas *stores*, posto que não lhes traria acesso a mais aplicações, verificando-se mesmo o contrário.

Não se poderá aclamar que esta pequena cedência revela uma abertura e aceitação por parte da *Google* às imposições da União Europeia, até porque a *Google* estava ciente de que esta mudança não lhe traria qualquer impacto a nível económico, não evidenciando neste um sinal de boa-fé.

Ainda assim, apelar a uma medida que impusesse a eliminação da *Google Play* ou da *Apple Store* não se mostra minimamente proporcional. A igualdade entre empresas não pode ser alcançada a todo o custo, há outros valores, igualmente fortes, que se impõem. Relativamente a este tópico, cabe mencionar que o governo chinês decretou suprimir as aplicações dominantes, com o objetivo de abrir o mercado a centenas de pequenas *apps stores* que, de outra forma, não teriam a mais pequena hipótese de vingar no mercado.

A despeito de ter contribuído para um mercado concorrente mais justo, a fragmentação das lojas conduziu a elevados custos de busca entre estas, a um aumento das despesas de desenvolvimento e *marketing* para os desenvolvedores de aplicações que necessitam agora de estar presentes em diversas *apps stores* e, como consequência, um mercado menos seguro para os consumidores. Acresce que não se constata-

ram evidências de uma maior concorrência a nível de preços, pelo que não se apurou proveito em nenhum setor da eliminação dos efeitos de rede na *Google Play Store*.

Desta forma, conquanto os operadores de *app stores* explorem o seu poder para dominar o mercado e regular os preços, criando um monopólio económico, os consumidores e os desenvolvedores de *apps* beneficiam da presença acentuada uns dos outros. O *DMA* tende a ignorar ou não considerar relevantes os benefícios inegáveis.

Assim, a *Google*, aliada às restantes *Big Techs*, tem exposto as mais variadas críticas ao *DMA*, julgando ter encontrado no mesmo o seu erro fatal.

Parte da disposição do *DMA* requer que as *apps stores* enquadradas nos *gatekeepers* permitam o acesso dos desenvolvedores a *third-party payments systems*, i. e., a sistemas de pagamento alternativos ao que esta fornece na sua *app*.

As *apps* e produtos da *app* vendidos por um Sistema Alternativo de Pagamento ou pelo *Google Play* estão sujeitos a uma taxa de serviço. Segundo esta Gigante Digital, 97% dos desenvolvedores não estão sujeitos às suas taxas. À pequena parcela dos desenvolvedores sujeitos é-lhes cobrada uma taxa de 15% na primeira receita anual de um milhão na venda de serviços e de produtos de *softwares* digitais e de 30% dos lucros que excedem este primeiro ganho anual. Este imposto cobrado pela *Google* e, também, pela *Apple* apresenta-se como uma das principais práticas das *Big Techs* que o *DMA* pretende controlar.

Esta intenção da União Europeia não é pioneira. Perante a restrição da *Google*, em 2020, à utilização de outros sistemas de cobrança pelos desenvolvedores nas transações nas *apps*, a Comissão de Concorrência da Índia (CCI) aplicou à *Big Tech* uma multa de US\$ 113 milhões e ordenou a permissão do uso de sistemas de pagamento alternativos pelos desenvolvedores. Igualmente, a Coreia do Sul afirmou-se nesta discussão, impondo que a *Google* e a *Apple* permitam sistemas alternativos de transação nas suas aplicações. A *Google*, como resposta, iniciou a cobrança também a estes sistemas, com uma taxa reduzida de 4%.

No entanto, tentando cumprir as regras do *DMA*, anunciou, em 2022, que permitirá que os desenvolvedores de aplicações, não relacionados a jogos, recorram a sistemas de cobrança alternativos ao sistema da *Google Play* para transações e compras na *app* no Espaço Económico Europeu. Porém, esta permissão vem aliada a uma contrapartida, semelhante à adotada na Coreia do Sul, a cobrança de taxas a estes serviços, com uma redução de 3% sobre as taxas típicas.

Assim, exigirá a taxa avultada de 12% no primeiro milhão e 27% após o ganho deste. Acrescem, ainda, ao desenvolvedor as taxas cobradas pelo terceiro, são

exemplos o *Stripe*, que cobra 2,9% por cobrança bem-sucedida à qual se adiciona uma taxa fixa de US\$ 0,30, e o *PayPal*, com uma cobrança de cerca de 3,5% mais uma taxa fixa de US\$ 0,49 pelo serviço de *Checkout*.

Perante o disposto, a *Google* não consegue perceber os benefícios que as aberturas a estes sistemas possam trazer. Juntando a taxa de 27% ou 12% às taxas cobradas pelos *third-party payments systems*, o seu custo final total poderá não corresponder ao seu custo de oferta, tornando-se menos atrativos. A *Big Tech* não nega que existem vantagens ao recorrer aos mesmos, nomeadamente uma maior segurança das políticas de reembolso; contudo, entende que não se justifica esta imposição por parte do *DMA*, considerando-a mesmo o seu erro fatal.

A *Google* e a *Apple* são, praticamente, os dois únicos fornecedores de sistemas operacionais móveis no Ocidente. Assumem um monopólio do mercado, detendo uma acentuada vantagem sobre empresas concorrentes no mesmo ramo. É neste aspeto que o *DMA* pretende atuar, abrindo o mercado a novas empresas. Todavia, a *Google* questiona até que ponto estas duas medidas serão efetivamente aptas a atingir o objetivo do Regulamento uma vez que não retirarão as *Big Techs* do seu “trono”, apenas funcionarão como uma ilusão para as empresas adversárias.

12.3. *Meta*

Em 2004, Mark Zuckerberg criou o site *The Facebook* apenas para os alunos de Harvard. Com o sucesso que rapidamente atingiu, a plataforma expandiu-se de forma absolutamente única, ao ponto de, nos dias de hoje, o *Facebook* ser a maior rede social, presente no digital, atingindo quase 3 biliões de usuários. Além disso, realizou grandes aquisições, tal como o *Instagram*, em 2012, e o *Whatsapp*, em 2014.

No ano de 2021, o nome da companhia passou a ser *Meta*, pelo facto de o seu CEO [Chief Executive Officer (presidente executivo de uma empresa)] acreditar que esta é uma designação que melhor engloba todas as atividades da empresa.

Um porta-voz da *Meta* já declarou que irão trabalhar com os reguladores europeus, no sentido do cumprimento das regras do *DMA*, com o intuito de garantir sempre a melhor experiência para os seus utilizadores⁹.

⁹ HUGO AMARAL/FILIFE MARIA, *DMA, as dúvidas sobre a regulação digital europeia e o risco de litigância* [em linha]. ECO: 2022. Disponível em <https://eco.sapo.pt/2022/09/15/dma-as-duvidas-sobre-a-regulacao-digital-europeia-e-o-risco-de-litigancia/> [consult. 18/4/2023].

Todavia, são lançadas algumas críticas por Phillip Malloc, Diretor de Política Económica e Social da *Meta*, desde logo por considerar que o Regulamento em apreço não observa a situação individual de cada interveniente, somente considerando os designados *gatekeepers* como empresas problemáticas.

12.4. *Microsoft*

A *Microsoft*, contrária à tendência das restantes *Big Techs*, considera oportuna e adequada a nova regulamentação dos mercados digitais, atendendo à sua experiência.

Pelo período de quase duas décadas, o *Microsoft Windows* e outros produtos populares da *Microsoft* foram alvo de várias ordens judiciais, pelo que lhes foram impostas restrições e obrigações destinadas a garantir que a *Microsoft* não dominasse o mercado, fechando-o a outros operacionais. Como resultado, atualmente, o *Windows* é uma plataforma aberta. A *Microsoft* não controla a distribuição no *Windows*. Os desenvolvedores de aplicativos são livres para distribuir as suas *apps* para o *Windows* recorrendo a qualquer mecanismo.

Com essas obrigações em vigor, os seus utilizadores entenderam que tinham acesso completo ao *Windows* para criar as suas *apps* e distribuí-las sem impedimentos.

Assim, a *Microsoft* é apologista de um sistema aberto, capaz de promover novas oportunidades para desenvolvedores de *software*. Compartilha muitas das preocupações que levaram à criação do DMA. Considera urgente abrir a economia a novos e inovadores concorrentes, aumentando a competitividade. Afirma mesmo que os seus esforços de contribuição para um mercado mais justo e mais aberto são muitas vezes bloqueados por alguns *gatekeepers*, perspetivando-os como proporcionadores de definir o mercado, quem participa nele e como participa. Todavia, a *Microsoft* aborda os *gatekeepers* como se não se enquadrasse nas mesmas, tentando “limpar as mãos” das consequências que produz no mercado.

Posto isto, considera que o DMA é um passo na direção certa e que deve ser cumprido.

12.5. *Amazon*

No final do ano de 2022, após duas investigações *antitrust*, com a duração de três anos, a *Amazon* chegou a um acordo com a União Europeia sobre as regras de concorrência. Esta investigação incidia sobre o comportamento da empresa,

nomeadamente no que se referia às suas práticas de concorrência desleal, que, alegadamente, se prendiam com a utilização de dados que não estavam abertos ao público e que, por isso, os seus concorrentes não tinham acesso, enquanto contra eles competia, o que levava a uma vantagem evidente dos produtos da *Amazon* em relação aos produtos dos *third-party sellers*.

Com este acordo, a *Amazon* comprometeu-se à promoção de um tratamento igualitário de todos os vendedores e da visibilidade dos produtos rivais na *buy box*, assim como à criação de uma segunda *box*, que dispõe de outras ofertas, apenas divergindo os seus preços e as suas velocidades de entrega.

Este acordo não só representou um grande sucesso para a União Europeia como é, aliás, um modelo para o cumprimento do *DMA*.

13. Proposta de solução

Comprometendo-se o *DMA* a trazer a tão esperada nova regulamentação dos mercados digitais, afirmando-se clara, uniforme e segura, apresenta um âmbito de aplicação muito restrito. Existindo numerosos intervenientes no Mercado Digital, não se justifica a imposição de obrigações apenas às *Big Techs*. Compreendemos que o primeiro passo será abrir o mercado a novas empresas e só depois regulá-las, bem como entendemos e concordamos que existe uma necessidade inegável de esta realidade ser regulamentada. Aliás, parece-nos que já se afigurava tempo de existirem medidas que permitissem às pequenas e médias empresas e às *startups* crescer no mercado e, acima de tudo, trabalhar pela inovação que se pretende oferecida aos consumidores, que somente é possível através de uma concorrência, cujas regras estejam devidamente sistematizadas. Todavia, atendendo ao hiato temporal que precedeu o *DMA*, consideramos que todas estas medidas poderiam ter assumido um rumo diferente e poderão ser, na verdade, efetivos entraves àquilo que, curiosamente, desejam proteger: a inovação e uma competitividade caracterizada pela transparência.

Seria este o primeiro aspeto a ser alterado, de forma a atingir a tão aclamada uniformidade. Impõem-se, na nossa opinião, obrigações horizontais, tanto às *Big Techs* como às pequenas e médias empresas e às *startups*. De forma a obter o tão almejado mercado competitivo, é crucial a não adoção, por parte de todos os sujeitos, de comportamentos anticoncorrenciais. Um mercado concorrencial justo não se constrói apenas com comportamentos “corretos” por parte de uma pequena

parcela, é necessária uma atitude global, que o *DMA* se faça sentir em todas as empresas comerciais, i. e., que não individualize as Gigantes Digitais como se a sua atuação fosse totalmente autónoma, para considerar as pequenas, cujo funcionamento e utilidade é unicamente dependente das mesmas. Melhor dizendo, que o *DMA* regule, primariamente, de modo a descartar o pré-conceito de que as *Big Techs* são as únicas empresas com capacidade para mover o Mercado Digital.

Após deixar cair esta perceção das *Big Techs* como o “bicho papão” dos Mercados Digitais, não podem ser ignoradas as inegáveis vantagens que estas proporcionaram à sociedade hodierna e que foram completamente negadas nas disposições do *DMA*. Desmerecer um trabalho de décadas por parte destas gigantes empresas (crucial para o desenvolvimento do mundo digital atual e de um Metaverso que se encontra a despontar), parece excessivo em detrimento de um desejo de um mercado concorrencial justo e transparente. A União Europeia não pode impor o seu objetivo primordial, neste âmbito, a todo e qualquer custo, e ocultar o facto de que os efeitos que emergirão desta regulamentação não serão tão claros quanto as expostas medidas querem fazer crer. Terão tal impacto no setor económico das *Big Techs*, que, no seu expoente, podem levar a que estas percam o domínio do mercado e possam mesmo deixar de se identificar como *gatekeepers*.

Certo é que a União Europeia, ao inovar neste sentido, não descarta a possibilidade de que poderá estar a abrir um precedente à criação de nova legislação semelhante, a nível mundial. Coloca-se, aliás, a questão de saber se ao concretizar esta aplicação não estará verdadeiramente a alterar o cenário digital até agora vivido. Como poderão outras legislações encontrar nestas medidas, às quais já foram denotadas variadas falhas e imprecisões (o que é normal já que passamos de um verdadeiro vazio legal para disposições evidentemente rigorosas), um ponto de partida para realizar a sua própria revolução no Mercado Digital?

Segundo Andreas Schwab, eurodeputado líder para o tema da Lei dos Mercados Digitais, “o objetivo do mercado único digital é que a Europa obtenha as melhores empresas e não apenas as maiores”. Ora, perante um conceito tão ambíguo, importa questionar se serão as “melhores empresas” na perspetiva da União Europeia ou do consumidor, sendo este o alegado beneficiário destas medidas.

14. Conclusão

Hoje, encontramos-nos perante um mundo em constante mutação que levará à consequente inovação do Direito que o tenta sempre acompanhar. Perante a Revolução Digital do século XXI e na falta de uma legislação que a regulamentasse, surgiu o *Digital Markets Act*. Apresenta-se como um conjunto de medidas indispensáveis à regulamentação de um mundo novo, quase sem regras, com vista a proteger todos os que neste atuam. Afigura-se imprescindível à derrogação do monopólio consolidado pelas *Big Tech* neste “*faroste legal*”¹⁰ que é o Mercado Digital, objetivando atingir um mercado em que exista uma competitividade efetiva, e não, somente, subordinação dos mais pequenos aos gigantes.

No entanto, as expectativas iniciais que foram criadas pela União Europeia relativamente a este Regulamento não se verificaram. É um Regulamento que, não obstante a sua fundamentalidade, apresenta-se pautado por demasiadas presunções, imprecisões e questionáveis revelações. Decorrido um hiato temporal de quase duas décadas, era expectado que assegurasse uma maior segurança e clareza jurídica e que não se impusesse, meramente, como um obstáculo a certos intervenientes e sim como um motor de equidade no mercado, perspetivando um tratamento igual para os iguais e diferentes para os diferentes, na medida da diferença, mas não a falta de tratamento, como o que sucede no referido Regulamento.

Finalmente, quanto à eficácia e benefício que estas medidas podem acarretar, só o futuro o dirá.

¹⁰ CHRISTEL SCHALDEMOSE, *A Lei dos Mercados Digitais e da Lei dos Serviços Digitais da UE em detalhe* [em linha]. Temas Parlamento Europeu: 2021. Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20211209STO19124/a-lei-dos-mercados-digitais-e-da-lei-dos-servicos-digitais-da-ue-explicadas> [consult. 19/4/2024].

Análise das decisões do Tribunal Constitucional no que toca à matéria dos Metadados*

Ana Raquel Conceição

Professora Convidada (equiparada a auxiliar) da Escola de Direito da Universidade do Minho

Resumo: O presente trabalho assenta na análise das decisões do Tribunal Constitucional no que concerne à temática dos *Metadados*.

Analisamos, sumariamente, o conceito de *Metadados* e a sua relevância probatória.

Fazemos uma incursão sobre a argumentação constante dos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 268/2022 e 800/2023, dando nota, tal como consta da referida jurisprudência, do Acórdão do TJUE denominado *Digital Rights Ireland*, que imprimiu um novo sentido de decisão e interpretação da nossa Lei n.º 32/2008, de 17/7, conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas, tendo por referência arts. 7.º e 8.º da CDFUE, bem como o juízo contido no Acórdão *SpaceNet*, onde se reafirma o juízo decisório.

Com a presente análise afere-se e reafirma-se que a descoberta da verdade material segue o caminho de respeito pelos direitos, liberdade e garantias. Mesmo que tal mensagem possa não ser bem interpretada, na atualidade, consideramos que essa é, e deverá sempre ser, a bússola do respeito pela dignidade da condição da pessoa humana.

Palavras-chave: Metadados / Tribunal Constitucional / Privacidade / Direitos humanos

Abstract: This work is based on the analysis of the decisions of the Portuguese Constitutional Court regarding the topic of *Metadata*.

* O presente texto resulta, no essencial, da comunicação apresentada na aula aberta “Os Metadados na investigação da Lei n.º 18/2024”, Escola Superior de Tecnologia e Gestão, que ocorreu no dia 3/4/2024, Felgueiras, podendo, por este facto, constar no texto alguma linguagem usual na oralidade da exposição.

We will, briefly, analyze the concept of *Metadata* and its relevance, through an incursion into the arguments contained in the decisions 268/2022 and 800/2023 of the Portuguese Constitutional Court, taking note, as stated in the aforementioned case law, of the CJEU ruling called *Digital Rights Ireland*, which gave a new meaning to the decision and interpretation of our law n.º 32/2008, of 17/7, conservation of data generated or processed in the context of offering electronic communications services, with reference to articles 7th and 8th of the CDFUE, as well as the judgment contained in the *SpaceNet* decision, where the decision-making judgment is reaffirmed.

With this analysis, it's verified that the discovery of procedural truth, follows the path of respect for rights, freedoms and guarantees. Even though such a message may not be well interpreted, today, we consider that this is, and always should be, the compass of respect for the dignity of the human condition.

Keywords: *Metadata* / Portuguese Constitucional Court / Privacy / Human Rights

Breves noções introdutórias

A teoria da prova é o verdadeiro cerne do processo penal. O regime jurídico da prova reflete os *achaques e a lisura das civilizações*¹. A previsão das suas regras e limites é o instrumento que permite o funcionamento de um processo penal orientado para a descoberta da verdade material, mas respeitador dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Hoje, mais do que nunca, existe uma grande preocupação no que concerne ao regime legal da prova em processo penal. As novas formas de criminalidade que hoje nos invadem, oriundas de uma sociedade globalizada e em rede, obrigam a que dotemos o processo penal de novas formas de investigação criminal. Inovação que provocará a utilização de novos meios de prova e de obtenção de prova ou o reforço de certos meios de obtenção de prova mais eficazes na descoberta da verdade material. Eficácia que, muitas vezes, não é sinónimo de respeito pelos direitos fundamentais do indivíduo.

¹ SUSANA AIRES DE SOUSA, "Agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões", in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1208.

A atual situação socioeconómica; a alteração cultural de paradigma resultante dos extraordinários avanços tecnológicos, incluindo, entre outros, ferramentas baseadas em inteligência artificial (IA) e tecnologias; o crescente volume e variedade de dados disponíveis, bem como a velocidade de troca de dados; a interconectividade entre dispositivos e a fusão dos mundos físico, digital e biológico, combinado com a velocidade das novidades tecnológicas e da amplitude e profundidade com que estão a afetar diferentes setores das nossas vidas – não apenas a maneira como trabalhamos, nos comunicamos e nos relacionamos, mas também cuidados de saúde, ambiente e alterações climáticas, segurança, economia e padrões de consumo, política e processos de produção –, são os sinais de que estamos perante uma “Sociedade Global”, que é caracterizada pela “*interligação mundial de computadores, redes e sistemas informáticos e telemáticos*”².

A adaptação referida é necessária; porém, para ser legítima, tem sempre de operar com o respeito pelas bases do Estado de Direito democrático, em especial a dignidade da pessoa humana. A proteção dos direitos fundamentais é algo que tem de estar sempre presente no processo penal, principalmente no âmbito do regime jurídico da prova. É esta proteção o mais importante princípio de legitimação das proibições de prova.

Tal como refere FIGUEIREDO DIAS, a legalidade dos meios de prova, bem como as regras gerais de produção da prova e as chamadas proibições de prova são condições de validade processual da prova, por isso mesmo, *critérios da própria verdade material*³. Assim, serão inadmissíveis, de uma forma geral, os meios de prova que corporizem um ilícito material substantivo, pois, se se pudessem valorar, no processo penal, meios de prova obtidos com a lesão ou o perigo de lesão de um bem jurídico penalmente protegido, o Estado estaria a provar a prática de um crime utilizando como meio dessa mesma prova um outro crime.

Não perdendo o foco, vamos, desta feita, analisar a jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa à tão discutida temática dos Metadados.

² VERA MARQUES DIAS, “A problemática da Investigação do Cibercrime”, in *Datavenia. Revista jurídica digital*, Ano 1, n.º 1, julho-dezembro, 2012, p. 64.

³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal* (lições coligidas por Maria João Antunes), Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-1989, p. 133 (itálico nosso).

1. O Acórdão n.º 268/2022⁴:

O Acórdão n.º 268/2022 teve origem num pedido de fiscalização da constitucionalidade, de requerimento da Provedora da Justiça, cujo objeto foi a apreciação e a declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade, das normas contidas nos arts. 4.º, 6.º e 9.º da Lei dos Metadados (Lei n.º 32/2008, de 17/7, conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas). Analisemos, sumariamente, qual o teor de tais normativos.

O art. 4.º diz respeito à categoria de dados a conservar⁵; o art. 6.º é referente ao período de conservação⁶; o art. 9.º trata, por sua vez, da transmissão de dados⁷.

⁴ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220268.html>.

⁵ Esta era a sua versão original:

“1 – Os fornecedores de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações devem conservar as seguintes categorias de dados:

- a) Dados necessários para encontrar e identificar a fonte de uma comunicação;
- b) Dados necessários para encontrar e identificar o destino de uma comunicação;
- c) Dados necessários para identificar a data, a hora e a duração de uma comunicação;
- d) Dados necessários para identificar o tipo de comunicação;
- e) Dados necessários para identificar o equipamento de telecomunicações dos utilizadores, ou o que se considera ser o seu equipamento;
- f) Dados necessários para identificar a localização do equipamento de comunicação móvel.

2 – Para os efeitos do disposto na alínea a) do número anterior, os dados necessários para encontrar e identificar a fonte de uma comunicação são os seguintes:

- a) No que diz respeito às comunicações telefónicas nas redes fixa e móvel:

- i) O número de telefone de origem;
- ii) O nome e endereço do assinante ou do utilizador registado;

b) No que diz respeito ao acesso à Internet, ao correio electrónico através da Internet e às comunicações telefónicas através da Internet:

- i) Os códigos de identificação atribuídos ao utilizador;
- ii) O código de identificação do utilizador e o número de telefone atribuídos a qualquer comunicação que entre na rede telefónica pública;

iii) O nome e o endereço do assinante ou do utilizador registado, a quem o endereço do protocolo IP, o código de identificação de utilizador ou o número de telefone estavam atribuídos no momento da comunicação.

3 – Para os efeitos do disposto na alínea b) do n.º 1, os dados necessários para encontrar e identificar o destino de uma comunicação são os seguintes:

- a) No que diz respeito às comunicações telefónicas nas redes fixa e móvel:

i) Os números marcados e, em casos que envolvam serviços suplementares, como o reencaminhamento ou a transferência de chamadas, o número ou números para onde a chamada foi reencaminhada;

- ii) O nome e o endereço do assinante, ou do utilizador registado;

Face aos dois primeiros artigos, estava em causa a verificação dos requisitos para a legitimidade constitucional da restrição dos direitos fundamentais, como o direito à reserva da vida privada, o direito ao livre desenvolvimento da pessoa e o direito à proteção de dados.

b) No que diz respeito ao correio electrónico através da Internet e às comunicações telefónicas através da Internet:

i) O código de identificação do utilizador ou o número de telefone do destinatário pretendido, ou de uma comunicação telefónica através da Internet;

ii) Os nomes e os endereços dos subscritores, ou dos utilizadores registados, e o código de identificação de utilizador do destinatário pretendido da comunicação.

4 - Para os efeitos do disposto na alínea c) do n.º 1, os dados necessários para identificar a data, a hora e a duração de uma comunicação são os seguintes:

a) No que diz respeito às comunicações telefónicas nas redes fixa e móvel, a data e a hora do início e do fim da comunicação;

b) No que diz respeito ao acesso à Internet, ao correio electrónico através da Internet e às comunicações telefónicas através da Internet:

i) A data e a hora do início (*log in*) e do fim (*log off*) da ligação ao serviço de acesso à Internet com base em determinado fuso horário, juntamente com o endereço do protocolo IP, dinâmico ou estático, atribuído pelo fornecedor do serviço de acesso à Internet a uma comunicação, bem como o código de identificação de utilizador do subscritor ou do utilizador registado;

ii) A data e a hora do início e do fim da ligação ao serviço de correio electrónico através da Internet ou de comunicações através da Internet, com base em determinado fuso horário.

5 - Para os efeitos do disposto na alínea d) do n.º 1, os dados necessários para identificar o tipo de comunicação são os seguintes:

a) No que diz respeito às comunicações telefónicas nas redes fixa e móvel, o serviço telefónico utilizado;

b) No que diz respeito ao correio electrónico através da Internet e às comunicações telefónicas através da Internet, o serviço de Internet utilizado.

6 - Para os efeitos do disposto na alínea e) do n.º 1, os dados necessários para identificar o equipamento de telecomunicações dos utilizadores, ou o que se considera ser o seu equipamento, são os seguintes:

a) No que diz respeito às comunicações telefónicas na rede fixa, os números de telefone de origem e de destino;

b) No que diz respeito às comunicações telefónicas na rede móvel:

i) Os números de telefone de origem e de destino;

ii) A Identidade Internacional de Assinante Móvel (International Mobile Subscriber Identity, ou IMSI) de quem telefona;

iii) A Identidade Internacional do Equipamento Móvel (International Mobile Equipment Identity, ou IMEI) de quem telefona;

iv) A IMSI do destinatário do telefonema;

v) A IMEI do destinatário do telefonema;

vi) No caso dos serviços pré-pagos de carácter anónimo, a data e a hora da activação inicial do serviço e o identificador da célula a partir da qual o serviço foi activado;

Neste sentido, o Tribunal Constitucional entendeu que o legislador português não determinou que o armazenamento dos dados, de tráfego e localização, ocorresse em território europeu, o que colocou em colisão com o art. 35.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP), que consagra o direito à proteção de dados pessoais. Ora, ocorrendo o armazenamento fora da União Europeia, isso põe em causa “a efetividade do exercício dos direitos de informação e de acesso, entre outros, dos titulares dos estados”. Em virtude disto, considerou que os arts. 4.º e 6.º estavam feridos

c) No que diz respeito ao acesso à Internet, ao correio electrónico através da Internet e às comunicações telefónicas através da Internet:

i) O número de telefone que solicita o acesso por linha telefónica;

ii) A linha de assinante digital (digital subscriber line, ou DSL), ou qualquer outro identificador terminal do autor da comunicação.

7 - Para os efeitos do disposto na alínea f) do n.º 1, os dados necessários para identificar a localização do equipamento de comunicação móvel são os seguintes:

a) O identificador da célula no início da comunicação;

b) Os dados que identifiquem a situação geográfica das células, tomando como referência os respectivos identificadores de célula durante o período em que se procede à conservação de dados.”.

⁶ Esta era a sua versão original:

“As entidades referidas no n.º 1 do artigo 4.º devem conservar os dados previstos no mesmo artigo pelo período de um ano a contar da data da conclusão da comunicação.”.

⁷ Esta era a sua versão original:

“1 - A transmissão dos dados referentes às categorias previstas no artigo 4.º só pode ser autorizada, por despacho fundamentado do juiz de instrução, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter no âmbito da investigação, detecção e repressão de crimes graves.

2 - A autorização prevista no número anterior só pode ser requerida pelo Ministério Público ou pela autoridade de polícia criminal competente.

3 - Só pode ser autorizada a transmissão de dados relativos:

a) Ao suspeito ou arguido;

b) A pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; ou

c) A vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efectivo ou presumido.

4 - A decisão judicial de transmitir os dados deve respeitar os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, designadamente no que se refere à definição das categorias de dados a transmitir e das autoridades competentes com acesso aos dados e à protecção do segredo profissional, nos termos legalmente previstos.

5 - O disposto nos números anteriores não prejudica a obtenção de dados sobre a localização celular necessários para afastar perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave, nos termos do artigo 252.º-A do Código de Processo Penal.

6 - As entidades referidas no n.º 1 do artigo 4.º devem elaborar registos da extracção dos dados transmitidos às autoridades competentes e enviá-los trimestralmente à CNPD.”.

de inconstitucionalidade, por violarem o art. 35.º, n.ºs 1 e 4, da CRP à luz dos arts. 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE ou Carta).

Também entendeu que a conservação generalizada e indiscriminada desses mesmos dados ia para além dos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade, considerando assim inconstitucional, mais uma vez, os artigos suprarreferidos por violação dos arts. 35.º, n.ºs 1 e n.º 4, e 26.º, n.º 1, conciliados com o art. 18.º, todos da CRP.

No que respeita ao art. 9.º da Lei dos Metadados, o Tribunal Constitucional chamou a atenção para a ausência de notificação ao titular dos dados da eventualidade de acesso aos mesmos, sendo que tal ausência restringe o direito à proteção dos dados pessoais, como também à tutela jurisdicional efetiva, prevista no art. 20.º da CRP, pois o desconhecimento pelo titular implica que nunca pode reagir a tal restrição e pode estar sujeito a acessos abusivos e ilícitos, sem possibilidade de atuar em conformidade. E, por essa razão, o Tribunal considerou igualmente inconstitucional o art. 9.º da Lei n.º 32/2008, uma vez que este artigo não prevê em qualquer circunstância uma notificação ao visado, violando os arts. 35.º, n.º 1, 20.º, n.º 1, e 18.º da CRP.

Note-se que a maioria decisória que determinou a inconstitucionalidade dos referidos artigos da apelidada Lei dos Metadados foi influenciada pelo juízo de proporcionalidade realizado por acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Na verdade, o TJUE declarou a invalidade da Diretiva 2006/24/CE (Acórdão de 8/4/2014, *Digital Rights Ireland*, procs. apensos C-293/12 e C-594/12) – que harmonizava as medidas de conservação de dados relativos a comunicações e sua transmissão às autoridades com competência criminal –, mas nem por isso se excluam tais medidas do âmbito de aplicação do direito europeu. Simplesmente, não mais os Estados-Membros se encontram obrigados a adotar as providências que aquela impunha; embora as medidas nacionais que permitam ou visem uma intromissão nas comunicações eletrónicas fiquem sujeitas às obrigações decorrentes do disposto no art. 15.º da Diretiva 2002/58/CE, só sendo conformes ao direito europeu quando, nos termos deste artigo, “constituam uma medida necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar a segurança nacional (ou seja, a segurança do Estado), a defesa, a segurança pública, e a prevenção, a investigação, a deteção e a repressão de infrações penais ou a utilização não autorizada do sistema de comunicações eletrónicas”⁸.

⁸ Disponível em eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0293.

O TJUE concluiu pela invalidade das normas da Diretiva de 2006, por implicarem uma restrição desproporcionada dos direitos ao respeito pela vida privada e familiar e à proteção de dados pessoais, consagrados, respetivamente, nos arts. 7.º e 8.º da CDFUE, e por estabelecerem de forma indeterminada o leque de crimes cuja investigação ou repressão pode admitir o acesso aos dados conservados (Acórdão *Digital Rights Ireland*, cit., n.ºs 26 a 29; e 41 a 43). Sendo o direito derivado da União Europeia parametrizado pelo respetivo direito primário – e assumindo a CDFUE justamente esse valor (cfr. n.º 1 do art. 6.º do Tratado da União Europeia) –, concluiu o Juiz europeu não estarem preenchidos os pressupostos da sua restrição (n.º 1 do art. 52.º da CDFUE).

O Acórdão *Digital Rights Ireland* permite, assim, delimitar o parâmetro europeu de admissibilidade das medidas de conservação dos dados de tráfego e de localização: à luz da Carta, é possível a sua estatuição (sendo adequadas à proteção de um interesse geral relevante), embora a regulamentação deva restringir a sua aplicação ao indispensável para aquele objetivo, mediante: *i*) definição seletiva do universo de dados e de titulares afetados; *ii*) estabelecimento de garantias no acesso das autoridades a essas informações; *iii*) estatuição de critérios objetivos de duração da conservação por atenção aos objetivos visados; *iv*) criação de mecanismos de segurança de proteção eficaz desses dados contra abusos, utilização e acesso ilícitos⁹.

O TJUE considerou que a conservação só era admissível quando obedeça a certos critérios: um período temporal, uma zona geográfica determinada e um círculo de pessoas determinado. Porém, tais critérios não são tolerados, no entender do Tribunal Constitucional, pela norma do art. 35.º, n.º 3, da CRP, que permite apenas que o legislador autorize tratamento informático de dados relativos à vida privada “com garantias de não discriminação”¹⁰. Assim, considera o entendimento do TJUE incorreto, sendo que a norma que delimita o âmbito subjetivo da conservação de dados viola o princípio da igualdade e proibição da discriminação.

É de salientar o voto de vencido lavrado no acórdão do Tribunal Constitucional, da autoria do Juiz Conselheiro Lino José Ribeiro, revelador da não unanimidade da votação, o qual realça a existência de um conflito de dois valores, pela existência de um período de conservação de dados: o da liberdade e segurança,

⁹ Acórdão *Digital Rights Ireland*, cit., n.ºs 51 e 56 a 59.

¹⁰ *Idem*.

previsto no art. 27.º da CRP, e o da privacidade e autodeterminação dos dados pessoais, consagrado nos arts. 26.º e 35.º da CRP. No entanto, considera que os bens ou valores em causa não têm uma ponderação tão proeminente, que justifique o sacrifício do valor da segurança, como acabou por resultar da declaração de inconstitucionalidade que a maioria defendeu. Entende ainda o referido Juiz Conselheiro que a Lei n.º 32/2008, na concordância prática entre os valores em causa, conseguiu um equilíbrio que satisfaz razoavelmente ambos os direitos. Realça o facto de que, com a declaração da inconstitucionalidade, os fornecedores de serviços apenas podem conservar os dados quando a autoridade competente os solicitar durante uma investigação criminal, situação a que corresponde a preservação expedita de dados, que não se mostra eficaz para garantir a recolha da prova digital em processo penal. Dadas as circunstâncias em que os dados são retidos, considera não ser excessiva a restrição ao direito à autodeterminação informativa, consagrado no art. 35.º da CRP. Entende, na verdade, que as normas deste mesmo artigo permitem ao legislador definir as “condições em que os dados pessoais podem ser automatizados (n.º 2), a autorizar o tratamento de dados referentes à vida privada (n.º 3) e a especificar as situações excecionais em que terceiros podem ter acesso aos dados (n.º 4).”¹¹.

Assim, com esta decisão judicial, a conservação e o acesso aos dados de tráfego e de localização e a sua utilização probatória deixaram de encontrar fundamento na Lei n.º 32/2008, de 17/7. É este o teor do dispositivo desta decisão:

“a) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, conjugada com o artigo 6.º da mesma lei, por violação do disposto nos números 1 e 4 do artigo 35.º e do n.º 1 do artigo 26.º, em conjugação com o n.º 2 do artigo n.º 18.º, todos da Constituição;

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

¹¹ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220268.html>.

De modo a afastar o suprarreferido juízo de constitucionalidade, a Lei n.º 32/2008 foi alterada pela Lei n.º 79/2021, de 24/11. O legislador vem, agora, e nas suas próprias palavras, *declaradamente conformar o regime em causa com as conclusões do acórdão do Tribunal Constitucional*¹².

Todavia, o Presidente da República, de modo a assegurar a certeza e a segurança jurídicas, face a esta temática tão sensível e tão mediatizada, voltou a pedir ao Tribunal Constitucional que aferisse se tal propósito do legislador havia sido atingido. Importava, pois, verificar se o Tribunal considera que a Assembleia da República teve sucesso nesta sua deliberação, surgindo assim o segundo acórdão do Tribunal Constitucional sobre esta temática.

2. O Acórdão n.º 800/2023¹³:

O Presidente da República enviou ao Tribunal Constitucional a apreciação da nova redação dos artigos cujo teor havia sido declarado inconstitucional. Em suma, com o seguinte pedido:

- a norma constante do art. 2.º, na parte em que altera o art. 4.º da Lei n.º 32/2008;
- a norma constante do art. 2.º, na parte em que altera o art. 4.º quando conjugado com o art. 6.º da Lei n.º 32/2008;

- a norma constante do art. 2.º, na parte em que altera o art. 9.º da Lei n.º 32/2008.

Resulta da leitura das normas sindicadas que, não obstante ter sido reduzido o prazo para a conservação dos dados de tráfego, pode interpretar-se que se pode continuar a permitir a sua recolha indiscriminada, o que pode não se conformar com o decidido pelo Tribunal no acórdão citado. O Tribunal afirmou então que a recolha indiscriminada destes dados violaria, só por si, o princípio da proporcionalidade, perdendo relevância a apreciação dos demais elementos, entre os quais o prazo.

*De igual modo, importa verificar se a notificação ao visado, nos termos em que é prevista na nova redação do artigo 9.º, satisfaz as exigências constantes do referido acórdão do Tribunal Constitucional, designadamente no que respeita ao princípio da proporcionalidade*¹⁴.

¹² Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3476A0001&mid=3476&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=.

¹³ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230800.html>.

¹⁴ *Ibidem*.

Mais uma vez, antes de tomar posição, o Tribunal Constitucional afere da jurisprudência dos Tribunais europeus, dando nota de que cinco meses apenas após a prolação do Acórdão n.º 268/2022 foi exarado, pela Grande Secção do Tribunal de Justiça, em 20/9/2022, o Acórdão *SpaceNet e Telekom Deutschland*¹⁵ (doravante, Acórdão *SpaceNet*), resultante de dois processos apensos, da República Federal da Alemanha contra *SpaceNet AG* (proc. C-793/19) e contra *Telekom Deutschland GmbH* (proc. C-794/19) – o qual se apoia, em larga medida, em diversos arestos citados no Acórdão do Tribunal Constitucional e, sobretudo, no Acórdão *Commissioner of An Garda Síochána*¹⁶, de 5/4/2022 (proc. C-140/20), prolatado 14 dias antes do Acórdão n.º 268/2022.

O juízo contido no Acórdão *SpaceNet* e a fundamentação respetiva não trazem novidades significativas à jurisprudência do TJUE, tal como extensamente examinada no Acórdão n.º 268/2022, reafirmando as suas linhas fundamentais. O confronto do dispositivo do Acórdão do Tribunal Constitucional ora sob o escrutínio com o Acórdão *La Quadrature du Net*, examinado no Acórdão deste Tribunal de 2022, permite confirmar a essencial proximidade entre eles, assinalando essa linha de continuidade na jurisprudência do Tribunal de Justiça que é aqui pressuposta.

Assim, salientaram-se como sendo as suas principais matrizes, no sentido da jurisprudência anterior convocada no Acórdão n.º 268/2022, as seguintes:

i. o papel do princípio da confidencialidade tanto das comunicações eletrónicas como dos respetivos dados de tráfego;

ii. o facto de o legislador da União ter pretendido “assegurar a continuação de um elevado nível de proteção dos dados pessoais e da privacidade no que diz respeito a todos os serviços de comunicações eletrónicas”;

iii. a necessidade de proteger os utilizadores dos serviços de comunicações eletrónicas contra os riscos para os seus dados pessoais e a sua vida privada, resultantes das novas tecnologias, em particular o pleno respeito pelos direitos consignados nos arts. 7.º e 8.º da Carta, relativos, respetivamente, à proteção da vida privada e à proteção dos dados pessoais;

iv. o facto de a conservação de dados de tráfego e de dados de localização constituir, em si mesma, uma derrogação da proibição, prevista no art. 5.º, n.º 1,

¹⁵ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CJ0793>.

¹⁶ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0378>.

da Diretiva 2002/58/CE, imposta a qualquer pessoa distinta dos utilizadores, de armazenar estes dados e, por outro lado, uma ingerência nos direitos fundamentais do respeito pela vida privada e da proteção dos dados pessoais;

v. a circunstância de a conservação de dados de tráfego e de dados de localização para fins policiais ser suscetível de violar o direito ao respeito pelas comunicações, consagrado no art. 7.º da Carta, e de a mera conservação de tais dados pelos prestadores de serviços de comunicações eletrónicas comportar riscos de abuso e de acesso ilícito.

Considerou-se, assim, que a posição da jurisprudência da União Europeia nada alterou após o Acórdão n.º 268/2022.

Começando por analisar as normas dos arts. 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2008, determina o Tribunal as diferenças, da seguinte forma:

A redação anterior o legislador não prescrevia a necessidade de o armazenamento de dados ocorrer no território da União Europeia, pondo em causa a efetividade dos direitos contidos nos preceitos constitucionais citados, admitindo que tais dados pudessem ser conservados em países não sujeitos à fiscalização por autoridade administrativa independente, não dando guarida à necessidade de determinação do seu armazenamento em local onde sejam efetivas as garantias constitucionais de proteção por parte de tal autoridade. Tal consideração foi suficiente para o Tribunal Constitucional concluir, sem mais, pela inconstitucionalidade de tal norma, por violação do direito à autodeterminação informativa, consagrado nos citados n.ºs 1 e 4 do artigo 35.º da Constituição, lidos e aplicados em conjugação com os preceitos de DUE pertinentes.

Pelo contrário, o n.º 1 do artigo 4.º do Decreto n.º 91/XV prevê que a conservação dos dados por parte dos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações deve ser feito em Portugal ou no território de outro Estado-Membro da União Europeia. Como tal, se a conservação dos dados passa a ser feita em território em cujas jurisdições são assegurados níveis de proteção dos dados materialmente equivalentes àqueles que decorrem da Constituição, em especial do seu artigo 35.º, deixa de haver motivo para se manter o juízo de inconstitucionalidade vertido no Acórdão n.º 268/2022. Que é o mesmo que dizer: a alteração preconizada por esta norma, indo ao encontro das condições de admissibilidade elencadas pelo Tribunal Constitucional, não padece de inconstitucionalidade por violação do artigo 35.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição.

As novidades mais assinaláveis do artigo 6.º, na versão ora proposta, passam, como já foi adiantado, pelo estabelecimento de regras diferenciadas em função das diferentes cate-

gorias de dados. Assim, o período de conservação para os dados de base, definidos no n.º 1 – uma vez que este se refere, na alínea a), aos dados relativos à identificação civil dos assinantes ou utilizadores de comunicações publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações; na alínea b), aos demais dados de base; e, na alínea c), aos endereços de protocolo IP atribuídos à fonte de uma ligação –, continua a ser de um ano a contar da data da conclusão da comunicação. Acrescente-se que, mesmo em relação aos endereços de protocolo IP dinâmicos, o TJUE se pronunciou no sentido de que «as medidas nacionais que estabeleçam a sua conservação generalizada, mesmo restringindo os direitos consagrados nos artigos 7.º e 8.º da CDFUE (respeito pela vida privada e familiar; proteção de dados pessoais), deve ter-se por compatível com o direito da União Europeia, por cumprir o crivo da proporcionalidade (Acórdão La quadrature du net, cit., n.º 152)» (cf. Acórdão n.º 268/2022, 17.3., bem como, ainda, o Acórdão Commissioner of An Garda Síochána, cit., n.ºs 70/74). Também este Tribunal considerou, no mesmo aresto (17.4.) – como foi já visto –, que a obrigação de conservação de dados de base – incluindo de endereços de protocolo IP dinâmicos relativos à fonte de uma comunicação –, pelo período de um ano, não é em si mesma inconstitucional.

Os dados de tráfego e de localização passam a ser conservados (apenas) pelo prazo de três meses a contar da data da conclusão da comunicação, sendo esse período prorrogado até seis meses desde que o seu titular não se tenha oposto à prorrogação da conservação (n.º 2). Em todo o caso, a prorrogação dos prazos de conservação pode ir até ao limite máximo de um ano, mediante autorização judicial, requerida pelo Procurador-Geral da República (n.º 3). Este artigo 6.º passou a ter um regime bastante mais completo e densificado, não sendo, todavia, evidente que os restantes números relevem, pelo menos autonomamente, para a questão de constitucionalidade:

– o n.º 4 determina que as prorrogações do prazo de conservação se devem limitar «ao estritamente necessário para a prossecução da finalidade prevista no n.º 1 do artigo 3.º, devendo cessar logo que se confirme a desnecessidade da sua conservação»;

– o n.º 5 dispõe que as entidades fornecedoras de serviços de comunicações eletrónicas não podem aceder aos dados conservados, salvo nos casos previstos na lei ou definidos contratualmente com o cliente;

– o n.º 6, por fim, estabelece que a autorização judicial prevista no n.º 3 compete a uma formação das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, com a composição aí prevista.

Nada de essencial mudou quanto aos diversos números e alíneas do artigo 4.º (com exceção do n.º 1), pelo que a argumentação se mantém incólume. E a nova regulamentação

*vertida no Decreto em apreço não obedece, de forma patente, aos condicionalismos plas-
mados – de forma cristalina, repetimos – neste ponto do Acórdão, que nem sequer menciona
o prazo de conservação dos dados de tráfego e de localização como obstáculo à constituio-
nalidade das normas sindicadas.*

*O legislador limitou-se a restringir, para estas categorias de dados, o prazo de conser-
vação: esse prazo era de um ano, passando agora a ser de três meses, prorrogável para seis
meses e, no limite, para um ano, mediante autorização judicial. Todavia, deixou incólume
o potencial âmbito subjetivo das normas, sendo precisamente aí que reside a desconformi-
dade constitucional.*

*Os limites do princípio da proporcionalidade – seja o da necessidade seja o da propor-
cionalidade em sentido estrito – não foram superados pelo legislador; para que tal tivesse
acontecido, não se revela suficiente a limitação temporal levada a cabo, impondo-se inelu-
tavelmente que tivesse sido realizada uma limitação do âmbito subjetivo das normas. Não
o tendo feito, as exigências constitucionais – paralelas às múltiplas indicações do DUE no
mesmo sentido – não foram respeitadas, mantendo-se os dados da quase totalidade da po-
pulação, numa base de generalidade e indiferenciação. O que vale por dizer, como pos-
síveis suspeitos da prática de crimes (realce nosso).*

No que concerne à base de dados de tráfego e localização, entendeu o Tribunal:

*A conservação de tais dados, no que se refere aos dados de tráfego e de localização, cria
evidentes possibilidades de extrapolação dos mesmos, com riscos claros e um enorme po-
tencial de lesividade – designadamente de lesões aos direitos (fundamentais) à reserva da
intimidade da vida privada e à autodeterminação comunicacional –, sendo por esta razão
que a desproporcionalidade de tais medidas implica a sua inconstitucionalidade. Mas apre-
senta uma reserva:*

*Note-se, porém, que, atenta a vinculação do Tribunal ao pedido formulado, a aprecia-
ção da constitucionalidade levada a cabo nos presentes autos cinge-se única e exclusiva-
mente à base de dados emergente da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho – não se pronunciando
este Tribunal quanto à viabilidade constitucional de acesso pelas autoridades de investi-
gação criminal a dados conservados pelas operadoras em cumprimento de outras normas
legais.*

Parece-nos, pois, que deixa antever a conformidade constitucional quando no cumprimento de mandado de ordem judiciária.

O art. 9.º do Decreto n.º 91/XV em apreço manteve a regra segundo a qual a transmissão dos dados só pode ser autorizada por despacho fundamentado do juiz de instrução (n.º 1), em cumprimento dos demais requisitos previstos neste

número. Todavia, e por forma a ultrapassar o juízo de inconstitucionalidade, os titulares dos dados passam a ser notificados de que os seus dados foram acedidos pelos órgãos competentes em matéria de investigação criminal, estando agora em condições de exercer um controlo efetivo sobre o acesso a tais dados, em particular com a possibilidade de, sendo esse o caso, efetivar um controlo jurisdicional sobre a licitude e a regularidade do acesso. Assim, as exigências presentes na fundamentação do aresto deste Tribunal – bem como as do TJUE, tal como assinaladas em tal Acórdão – parecem ter sido cumpridas pelo legislador parlamentar, no Decreto submetido à apreciação do Tribunal Constitucional.

Ora, com as novas regras, passa a garantir-se que o despacho do juiz de instrução que autoriza a transmissão das diferentes categorias de dados é notificado ao titular dos dados, em princípio no prazo de 10 dias a contar da sua prolação (n.º 7 do artigo 9.º). E ainda que o n.º 8 permita ao Ministério Público – por entender que tal notificação pode pôr em risco a investigação, dificultar a descoberta da verdade ou criar perigo para a vida, para a integridade física ou psíquica ou para a liberdade dos participantes processuais, das vítimas do crime ou de outras pessoas – solicitar ao juiz de instrução o protelamento da notificação, a norma assegura que ela será feita no prazo máximo de 10 dias a contar da data em que for proferido o despacho de encerramento desta fase processual.

No entanto, segundo o Tribunal Constitucional, não se afigura que tal restrição, filtrada pelos requisitos decorrentes do princípio da proporcionalidade, consagrados no n.º 2 do art. 18.º da Constituição, ultrapasse tais requisitos: *ponderando, nomeadamente, os motivos que o Ministério Público terá de invocar para requerer o protelamento, o nosso entendimento é de que a restrição não se revela excessiva. Olhando para as várias dimensões do princípio da proporcionalidade, o protelamento afigura-se ser uma medida apta aos fins que pretende atingir, não sendo tão-pouco violadora da dimensão da necessidade ou exigibilidade nem da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que, em face dos benefícios esperados com tal medida, num juízo de ponderação, parece justificar-se a compressão aos direitos fundamentais em causa que, em todo o caso, não deixa de acarretar – não se vislumbrando opção menos restritiva para aquele direito fundamental sem que venha acompanhada de uma substancial redução de eficácia quanto ao objetivo visado. Como, aliás, foi dito no Acórdão n.º 268/2022: «(...) a notificação ao visado de que tal transmissão ocorreu – a partir do momento em que tal comunicação não seja já suscetível de comprometer as investigações ou de constituir risco para a integridade física ou vida de terceiros – constituiria opção menos restritiva, sem que se vislumbre qualquer redução de eficácia face aos expedientes vigentes».*

Assim, a nova redação do artigo 9.º acolhe uma solução equilibrada no que respeita à ponderação entre os interesses que justificam o acesso aos dados pelas autoridades competentes em matéria de investigação criminal e as exigências decorrentes do direito à autodeterminação informativa, previsto no artigo 35.º da Constituição e, ainda, do princípio da proibição do excesso, tal como plasmadas no artigo 18.º, n.º 2; quer, ainda, do direito a uma tutela jurisdicional efetiva, previsto no artigo 20.º, n.º 1, da Lei Fundamental.

E desta forma foi este o dispositivo:

(a) *Pronunciar-se pela inconstitucionalidade da norma constante do artigo 2.º do Decreto n.º 91/XV, da Assembleia da República, publicado no Diário da Assembleia da República, n.º 26, II Série A, de 26 de outubro de 2023, e enviado ao Presidente da República para promulgação como lei, na parte em que altera o artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, conjugado com o artigo 6.º da mesma Lei, quanto aos dados previstos no n.º 2 do mencionado artigo 6.º, por violação do disposto nos números 1 e 4 do artigo 35.º e do n.º 1 do artigo 26.º, em conjugação com o n.º 2 do artigo 18.º, todos da Constituição;*

(b) *Não se pronunciar pela inconstitucionalidade das demais normas cuja apreciação foi requerida.*

Também nesta decisão foram proferidos vários votos de vencido que, de uma forma resumida e sintética, determinam não se verificar qualquer inconstitucionalidade na amplitude subjetiva dos dados conservados, bem como a criação de base de dados, na medida em que já existem no nosso ordenamento jurídico meios de obtenção da prova onde tal “invasão” se verifica e não existe declaração de inconstitucionalidade, face à ponderação do interesse investigatório na criminalidade grave; exemplo paradigmático são as escutas telefónicas¹⁷.

Conclusões

No direito penal constata-se a necessidade, permanente, em equilibrar a restrição e a defesa dos direitos fundamentais. Devemos analisar, com muito cuidado, se a necessidade da restrição satisfaz aquilo que, com a mesma, se pretende

¹⁷ Não se pode descurar o carácter dissimulado das escutas telefónicas que lhe garante uma, quase, automática eficácia; todavia, ponderadas a proporcionalidade, a necessidade e a adequação, são consideradas um meio legítimo de obtenção da prova.

Sobre a temática das escutas telefónicas, ver o nosso anterior trabalho *Escutas Telefónicas. Regime Processual Penal*, Quid Iuris, 2009.

proteger ou prevenir. Esta tarefa, tão importante, deve ser feita por todos, mas especialmente pelo legislador e aplicador da lei. Nunca podemos deixar de estar atentos, quer por via académica, institucional ou mesmo social. A nossa atenção é um instrumento de controlo das referidas atividades que também são o garante do Estado de Direito democrático.

Seguindo as palavras de HUGO LUZ SANTOS: *O princípio da legalidade digital, bem como o princípio da ética digital, assimilam-se, neste ponto, ao princípio da vinculação do fim (Zweckbindung), que se arvora em limite intransponível no processo penal. Mesmo no processo penal do Great Reset [novo mundo]*¹⁸.

¹⁸ HUGO LUZ SANTOS, “Processo Penal e Inteligência Artificial: Rumo a um Direito (Processual) Penal da Segurança Máxima?”, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n.º 2, mai./ago. 2022, pp. 767-821, <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.709>.

Revisitando as relações entre a Política Criminal, a Dogmática (Penal) e a Criminologia: breves notas*

André Lamas Leite

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Investigador integrado do CIJ – Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça (FDUP)

Resumo: As relações entre a Política Criminal, a Criminologia e a Dogmática foram sendo modificadas desde a “enciclopédia das ciências criminais” até à ciência conjunta do Direito Penal. O específico modo de relacionamento entre elas é analisado à luz dos modelos de Estado de Direito historicamente surgidos, para depois se explanar uma visão hoje maioritária e que, em vários aspectos, é disputada pelo autor.

Palavras-chave: “Ciência conjunta do Direito Penal” / Dogmática (Penal) / Política Criminal / Criminologia

Abstract: The relationship between Criminal Policy, Criminology and Dogmatics has changed from the ‘encyclopaedia of criminal sciences’ to the “joint science of Criminal Law” (*gesamtes Strafrechtswissenschaft*). The specific way in which they relate to each other is analysed in the light of the models of the Rule of Law that have emerged historically, in order to explain a view that is now the majority and which, in several respects, is disputed by the author.

Keywords: “Joint science of Criminal Law” (*gesamtes Strafrechtswissenschaft*) / (Criminal) Dogmatics / Criminal Policy / Criminology

* Por vontade expressa do autor o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

I. Razão de ordem

As relações entre a Política Criminal, a Criminologia e o Direito Penal (Dogmática Penal) foram sempre alvo de discussão e, se bem que hoje se encontre, ao menos em Portugal e nos países da Europa continental, uma matriz de resposta comum, certo é que o tema não navega, ainda, por águas calmas.

Mais do que aludir às principais correntes que, ao longo da História das Ciências Criminais, se vêm digladiando por saber, no essencial, qual das ciências deve ocupar um lugar de primazia, interessa-nos, em estilo assumidamente ensaístico, verificar se esta é uma *vexata quaestio* com relevo prático considerável ou não. De permeio analisaremos – porque fundamental ao nosso problema de investigação – o espaço de actuação de cada uma delas e as relações que se entretecem, muitas vezes de antinomia, a reclamar uma solução do intérprete e aplicador.

Para o efeito, após uma breve referência às teorias mais destacadas sobre a matéria, enfrentaremos a questão central, usando, para o efeito, quando necessário ou conveniente, alguns exemplos concretos, a benefício de ilustração.

II. Da “enciclopédia das ciências criminais” à “ciência conjunta do Direito Penal”

Aquando do surgimento da Criminologia¹ e da sua autonomização face a outras ciências, a perspectiva reinante quanto a todas aquelas que tinham o crime como objecto de estudo era a de uma amálgama de saberes, em que não se distinguia a função específica da Política Criminal, da Criminologia ou da Dogmática Penal. Daí que a designação “enciclopédia das ciências criminais” seja usada (JIMENEZ DE ASÚA). Não deve admirar o leitor que tal suceda, se pensar, desde logo, nas Ordenações do Reino, em que o Livro V juntava normas de Direito Penal subs-

¹ Para uma referência aos seus objectos sociais, fundamentalmente ligados à etiologia do crime, hoje bastante desfasados da realidade criminológica, cf. EDUARDO CORREIA (com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS), *Direito Criminal*, t. I, reimp., Coimbra, Almedina, 1968, pp. 3-8, e MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, vol. I, 4.ª ed., Lisboa, Verbo, 1992, pp. 35-37. Já CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, reimp., Madrid, Civitas, 2003, p. 46, depois de sublinhar o carácter normativo da Política Criminal e da Dogmática e o cariz empírico da Criminologia, dá-nos nota da definição desta última, que vai buscar a KAISER: “é a totalidade ordenada do saber empírico sobre o crime, os delinquentes, a reacção social negativa e o controlo dessa conduta”.

tantivo e adjetivo². Do mesmo passo, o tempo de autonomização das ciências é factor constante em todas elas, desde as ditas “exacta” às nomotéticas.

A partir de finais do século XIX, com o advento do Positivismo jurídico e com a instauração de um *Estado de Direito formal*, em que o mais relevante era assegurar os direitos dos cidadãos quanto aos desmandos do Estado, como reacção ao Absolutismo, e porque houve um incremento nas taxas de reincidência, autores como FRANZ V. LISZT defenderam um novo ângulo de análise do problema, esforçando-se por assinalar a cada uma daquelas ciências um particular campo de actuação e uma específica forma de relacionamento. Pretendia-se que as ciências criminais *hoc sensu* fossem dotadas da mesma ou de similar cientificidade que as ditas “ciências naturais”, tidas, à época, como as únicas que verdadeiramente podiam ostentar esse epíteto, por seguirem o método científico.

Assim, a Criminologia e a Política Criminal nada mais eram que ciências auxiliares do Direito Penal em sentido amplo (Dogmática, Consequências Jurídicas do Facto Ilícito-Típico e Direito de Execução das Reacções Criminais) e o papel mais destacado entre as três era ocupado pela Dogmática Penal. Entende-se esta abordagem, visto que esta última era a única dotada de conceitos e critérios mais conformes a uma ciência que deve, desde logo, na sua matriz essencial, respeitar uma grelha de análise dos problemas, como sucede com o conceito material de crime: uma conduta humana, típica, ilícita e culposa (ou com o processo de determinação da sanção). Pode dizer-se que quanto mais complexo fosse esse *iter*, mais a Dogmática seria uma ciência aos olhos dos autores de Oitocentos. A Criminologia só se relacionava com a Política Criminal, oferecendo-lhe os seus estudos, dos quais a última retirava a conclusão de punir ou não certo comportamento e de como o fazer (em termos de medida ou de específica existência de tipos justificadores ou de causas de exclusão da culpa, por exemplo). A Política Criminal ir-se-ia, depois, relacionar com a Dogmática, assinalando os comportamentos puníveis e deixando a esta última a tarefa de construção de um específico *modus aedificandi criminis*. De nada adiantava que a Criminologia se relacionasse directamente com a Dogmática, visto que ela era uma ciência empírica e a Dogmática uma ciência especulativa, apesar de “eminente prática, a trabalhar incessantemente a bem das necessidades da administração da justiça e dela recebendo sempre a

² Para um conspecto, cf. o nosso “Notas sobre os crimes omissivos no contexto do Direito Penal das Ordenações”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, III (2006), pp. 77-135.

força que vivifica”³. Dizia v. LISZT que a Dogmática Criminal era a “barreira inultrapassável” da Política Criminal, no sentido em que a construção dos tipos legais de crime (com a lógica e anterior decisão sobre a sua criminalização ou não) que pudessem ser reclamados pela comunidade no seu conjunto só o poderiam ser se respeitassem o sistema jurídico-dogmático, o que é uma afirmação de grande relevo do princípio da legalidade⁴, na formulação em que o conhecemos, a qual data exactamente do século XIX, pela mão de PAUL ANSELM V. FEUERBACH: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, stricta, scripta et certa*. Se tal não sucedesse, estar-se-ia a abandonar o domínio seguro da cientificidade da Política Criminal e a entrar num puro diletantismo. A esta última “incumbe dar-nos o critério para apreciarmos o valor do Direito que vigora, e revelar-nos o Direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos também a entender o Direito à luz de considerações tiradas dos fins a que ele se dirige e aplicá-lo em casos singulares de conformidade com esses fins”⁵.

Dito por outras palavras, a Política Criminal é alçada em instrumento de aferição da necessidade de pena no que concerne a cada um dos específicos comportamentos humanos, bem como serve para decidir se certo delito ou instituto dogmático-penal respeita as suas injunções. Daqui a incindível ligação entre a Política Criminal e o conceito de *bem jurídico*. Na verdade, não é a Dogmática que nos autoriza a identificar um dado interesse juridicamente relevante, porque socialmente importante. Tal é tarefa da ciência que, em face de perigos (ou sua percepção) concretos, determina o *se*, o *que* e o *como* da intervenção penal. O *padrão crítico* da Dogmática Criminal em que se transformou o bem jurídico deve, assim, ser procurado na Política Criminal. Esta é, por isso, a ciência que mais releva para o desenvolvimento do Direito Penal como um todo considerado, pois é aquela que permite saber que normas estão ultrapassadas e necessitam de reforma ou revogação ou, em sentido inverso, que é responsável pelas “partes móveis” da ciência do Direito Penal (neocriminalizações), garantindo que entre ele e a comunidade que serve não há um desfasamento tal que, na prática, impossibilite a aplicação das suas sanções. É o que sucede com as neocriminalizações em que as

³ FRANZ V. LISZT, *Tratado de Direito Penal alemão*, Brasília, Senado Federal – Conselho Editorial, 2006, p. 2.

⁴ Já FIGUEIREDO DIAS (com a colaboração de MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, NUNO BRANDÃO e SÓNIA FIDALGO), *Direito Penal. Parte Geral*, I, 3.^a ed., Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 26.

⁵ FRANZ V. LISZT, *Tratado de Direito Penal alemão*, *op. cit.*, p. 3.

últimas décadas têm sido pródigas, desde alguns tipos legais nos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexuais, nos crimes ambientais, nos crimes que importam, em regra, um relacionamento íntimo (como sucede com a violência doméstica e, em certa medida, com a perseguição), na criminalidade económico-financeira e na que contende com a saúde pública, sobretudo após a pandemia da Covid-19, para a qual o ordenamento jurídico não dispunha, em geral, de um arsenal competente (internamento involuntário de infectados ou suspeitos de infecção, uma actuação mais eficaz quanto à especulação ou o açambarcamento – o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20/1, há muito reclamava uma alteração profunda, o que, este tempo passado desde o fim da pandemia, ainda não sucedeu – e, em geral, tudo o que fossem normas impositivas da proibição do *ius ambulandi*, da concentração de pessoas, do direito de manifestação).

É também habitual relacionar-se o modo como se entretecem as relações entre as três ciências com o modelo de Estado subjacente. Sem dúvida que num modelo positivista e de Estado de Direito formal devia ser a Dogmática a principal ciência de que as outras duas seriam meros auxiliares, exactamente por se exigir uma certeza e segurança mesmo nas ciências sociais que lhes permitissem reclamar o estatuto de ciência das que aplicavam o método científico. Ora, o mais asséptico era uma dada compreensão do ilícito no âmbito de uma construção de crime que seria capaz de filtrar “impulsos populares” da Política Criminal ou os estudos de que ainda muito se desconfiava da Criminologia, em função de se tratar de uma ciência recente.

Com o trânsito para um *Estado de Direito social*, prestacionista e não já meramente abstencionista, a Dogmática não perde a sua proeminência e cada uma das ciências vale *de per se*, o que acaba por colocar em crise a ideia de ciências auxiliares. No domínio das antinomias entre as ciências, a Dogmática continua a ser o porto seguro, visto que é ela que garante, em última instância, a protecção dos direitos fundamentais⁶. Na verdade, este período corresponde também à autonomização completa da Criminologia, que ganha novos objectos e, em boa verdade, cada uma das ciências de um “Direito Penal conjunto” acaba por viver de costas voltadas para as outras⁷. Isto, todavia, não é unânime, pois autores entendem que

⁶ FIGUEIREDO DIAS (com a colaboração de MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, NUNO BRANDÃO e SÓNIA FIDALGO), *Direito Penal. Parte Geral, I, op. cit.*, p. 29.

⁷ *Ibidem*, p. 28.

sempre que existam antinomias entre a Política Criminal e a Dogmática, a primeira deve ceder em relação à segunda, por só os juristas terem o conhecimento “qualificado” para resolver o problema. Assim, embora se diga que não há nenhuma ciência que ocupe uma posição de maior destaque, esta concepção acaba por ser uma linha de continuidade com a anterior, no que contende com o papel mais relevante da Dogmática⁸. Do mesmo modo que, depois de afirmar que o hodierno Direito Penal não pode viver enclausurado sobre si mesmo, mas só cumpre a sua missão aberto às outras ciências, ROXIN⁹ acaba por concluir que a Dogmática é a disciplina de base, por ser ela que detém as técnicas de transformação de factos sociais desvaliosos em crimes (ou factos ilícitos-típicos). Voltaremos aqui em jeito de crítica.

III. O entendimento hoje maioritário

Com alterações de pormenor, podemos divisar hoje uma concepção maioritária que assenta em alguns dados. A Política Criminal relaciona-se com a Criminologia de tal modo que aproveita os seus conhecimentos empíricos para depois os verter em Dogmática. O papel mais importante é, nessa sequência, o da Política Criminal, que funciona como *entreposto de valoração crítica* da Dogmática, sendo que a Criminologia continua a relacionar-se de modo directo apenas com a Política Criminal, por não ser frutífera a relação entre uma ciência normativa e uma empírica. Independentemente de algumas variações, a Política Criminal e a Criminologia não perdem o seu papel de ciências auxiliares do Direito Penal *lato sensu*¹⁰.

JESCHECK¹¹ define a Criminologia como uma ciência empírica que trabalha com dados de facto e que, por isso, se serve de métodos de distintas ciências naturais e sociais, pelo que pode ser designada como um “ramo científico interdisciplinar”. A Criminologia ocupa-se, sem se sujeitar ao conceito jurídico de crime, “da personalidade do infractor do Direito, do seu desenvolvimento, da sua forma de ser física e psíquica e das possibilidades de sobre elas operar de modo terapêutico,

⁸ De modo claro, DUARTE RODRIGUES NUNES, *Curso de Direito Penal. Parte Geral*, t. I, Coimbra, Geslegal, 2021, pp. 354-37.

⁹ *Derecho Penal. Parte General*, t. I, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰ Assim, FIGUEIREDO DIAS (com a colaboração de MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, NUNO BRANDÃO e SÓNIA FIDALGO), *Direito Penal. Parte Geral*, I, *op. cit.*, p. 22.

¹¹ *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed., Granada, Comares, 2002, p. 50.

das formas de manifestação do delito, suas causas, seu significado social e pessoal, assim como da forma como os seus efeitos têm relevo ao nível dos meios de reacção criminal. (...) [A] colaboração do penalista com o criminólogo é imprescindível, uma vez que a Criminologia fornece ao primeiro os conhecimentos extraídos da realidade que podem ser necessários para a legislação". Não obstante, para o autor, o núcleo duro continua a ser a Dogmática, sendo a Política Criminal "a ponte entre a Dogmática Penal e a Criminologia"¹².

Por sua vez, entre nós, FARIA COSTA¹³ entende a Criminologia como "um conjunto orgânico de conhecimentos, experimentalmente determinados, sobre o crime, a conduta social negativamente relevante e ainda sobre o controlo de tal comportamento". Defende, como JESCHECK, que até devido à grande variabilidade dos resultados a que chega, fruto do método empírico que usa, ela se relacione directamente com a Política Criminal, que, assim, funciona como um "*trait d'union*" entre a Dogmática e a Criminologia. Igualmente concede à Política Criminal um lugar de primazia, avançando uma sua definição como a "soma de princípios a cuja consideração se deve adequar qualquer acto de actividade legiferante".

FIGUEIREDO DIAS, partindo de uma *concepção teleológico-racional e funcional*, começa por uma questão metodológica. Segundo ele, o mais relevante na interpretação de uma qualquer norma penal é o *pensamento do problema* e não o *pensamento do sistema*. Deve partir-se da situação fáctica concreta, segregada pela vida social, para, depois, a confrontar com o sistema dogmático e verificar onde ela se enquadra. Seria, portanto, um método de subsunção jurídica. No entanto, pode suceder que a projecção do problema no sistema conduza – e agora dizemo-lo nós – a resultados indesejáveis, como a falta de tutela penal, a existência de mais do que uma norma que se deseje aplicar ou a consideração de que encontrar no sistema resposta para aquele problema seja injusto. Ora, partindo da ideia de que a Justiça deve ser o último reduto – o fim último – de qualquer ramo do Direito, a inexistência de tutela penal não causa grande preocupação, pois é a materialização prática da subsidiariedade da Dogmática. O máximo que merecerá ponderação é se não estaremos perante uma matéria que seja digna de tutela penal, para o futuro, no que será uma resposta a dar em conjunto com a Política Criminal e a Criminologia. Se, ao invés, a reacção do sistema for apontar várias normas aplicáveis, o

¹² *Ibidem*, p. 47.

¹³ *Direito Penal*, Lisboa, Imprensa Nacional, 2017, pp. 47 e 78-80.

regime do concurso aparente resolverá a situação e dará ao intérprete a certeza de que aquele “pedaço de vida” reclama efectivamente a atenção criminal. Por fim, se a resposta dada pelo sistema for injusta, mas tecnicamente correcta, trata-se de uma chamada de atenção para que o legislador a modifique, uma vez que o princípio da legalidade nos impede de afastar a sua aplicação. Ter-se-á descoberto um espaço de *overinclusiveness*. Por seu turno, a conclusão de que aquele facto da vida social não encontra tutela penal quando o deveria, por contender com bens jurídicos fundamentais, e não sendo adequada a tutela de outros ramos, faz-nos concluir pela existência de uma verdadeira lacuna que importa colmatar, sempre obedecendo ao art. 29.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e ao art. 1.º, n.º 3, do Código Penal¹⁴. O destaque do pensamento do problema sobre o do sistema é aquele que melhor consegue identificar os “espaços livres de Direito Penal”, bem como aqueles que não devem merecer a sua atenção [porque nunca o deveriam ter tido ou na medida em que o tiveram, mas as actuais circunstâncias sociais impõem um afastamento total do Direito Penal (descriminalização pura: art. 2.º, n.º 2), a conversão em contra-ordenação (descriminalização especial: art. 2.º, n.º 4) ou uma despenalização]. E a resposta a esta e outras inquietações só pode ser dada pela Política Criminal, que vive em “unidade axiológica” com a Dogmática¹⁵. Também se encontra eco em autores como ROXIN e ZIPF¹⁶, que, na década de 1970, já haviam propendido para uma “unidade funcional” entre a Política Criminal e a Dogmática, em que as duas ciências estariam em igualdade de circunstâncias, o que também se devia ao facto de cada uma delas estar dotada de um certo campo de actuação. Reconhece-se o desenvolvimento da Criminologia, sobretudo marcado por mais objectos de estudo, mas passa a advogar-se que esta se relacione com a Dogmática apenas, o que será alvo das nossas críticas.

Nesta concepção hoje maioritária, ao menos entre nós, é usual dizer-se que a Política Criminal é *transdogmática e extra-sistemática quanto à Dogmática*¹⁷. O que se pretende dizer com o primeiro termo – e trata-se já de formulação da nossa lavra –

¹⁴ Doravante, qualquer referência a uma norma sem indicação da fonte será atinente ao Código Penal.

¹⁵ FIGUEIREDO DIAS (com a colaboração de MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, NUNO BRANDÃO e SÓNIA FIDALGO), *Direito Penal. Parte Geral, I, op. cit.*, p. 35.

¹⁶ DUARTE RODRIGUES NUNES, *Curso de Direito Penal. Parte Geral, t. I, op. cit.*, pp. 39-41.

¹⁷ FIGUEIREDO DIAS (com a colaboração de MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, NUNO BRANDÃO e SÓNIA FIDALGO), *Direito Penal. Parte Geral, I, op. cit.*, p. 39.

é que o conjunto de princípios e regras que permitem identificar os bens jurídicos carecidos de amparo legal e que lhes liga uma dada formulação vive para além de uma qualquer Dogmática. Se o sistema segue a tese do ilícito objectivo ou do ilícito pessoal, se se admitem ou não categorias como a dos crimes abstracto-concretos, de empreendimento, cumulativos, é algo que não releva para a Política Criminal, por ser domínio da Dogmática. No entanto, a existência ou não da necessidade de tutela penal dada pela Política Criminal está identificada. Sobre ela, a Dogmática apenas pode encontrar a melhor forma técnica de a acomodar no sistema. Quanto a ser extra-sistemática por relação com o Direito Penal *hoc sensu*, este caractere não está longe do anterior. Por ele visa-se sublinhar que a Política Criminal não faz parte do sistema penal dogmático e que dele tem autonomia. Aliás, não fora essa autonomia e não funcionaria como padrão de avaliação crítico de comportamentos que são chamados ou removidos da Dogmática. Veja-se o exemplo de um tipo legal de delito de furto simples (art. 203.^o) que era punido com pena de prisão de 8 a 16 anos, exactamente aquela que está prevista para o homicídio simples do art. 131.^o. Sendo a Política Criminal extra-sistemática, vai poder avaliar se a estatuição da norma deve ou não ser alterada, por exageradamente desproporcional (art. 18.^o, n.º 2, da CRP). Se integrasse o próprio sistema dogmático, estava imerso naquela realidade e podia não se dar conta desta completa falta de sintonia entre os mandamentos político-criminais e a construção dogmática. Por outro lado, refere-se que a primeira é intra-sistemática quanto à concepção de Estado, ou seja, que ela é imanente ao sistema jurídico-constitucional¹⁸. Daqui resulta, em nosso juízo, que a Política Criminal não vive desgarrada da tessitura social em si mesma considerada, ou seja, ela será diversa num Estado de Direito democrático e social, num Estado autoritário, autocrático, ditatorial ou mesmo anárquico. E isto porque os valores fundamentais que dão corpo àquela sociedade encontram reflexo na Política Criminal, de novo porquanto, se assim não fosse, ela nunca poderia servir de padrão crítico. Por isso mesmo, deve estar imbuída dos princípios e das regras fundantes e fundamentais de cada Estado, o que vale por dizer que, em função das orientações político-criminais que estiverem em cima da mesa, rapidamente chegaremos ao real estado daquele Estado. Por fim, neste conspecto da posição mais difundida entre nós¹⁹,

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS (com a colaboração de MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, NUNO BRANDÃO e SÓNIA FIDALGO), *Direito Penal. Parte Geral, I, op. cit.*, p. 40.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 43-44.

continua a defender-se que uma ciência empírica como a Criminologia não deve relacionar-se directamente com a Dogmática, pois tal seria infrutífero, cabendo à Política Criminal o papel de mediador entre ambas.

IV. De como vemos o problema

1. A primeira questão que nos inquieta consiste em saber se as três comumente designadas por “ciências penais” devem ou não ter um campo determinado de actuação, dentro do qual apenas elas desempenham a sua função. Uma resposta afirmativa seria a assunção de que estamos em face de um sistema que, para funcionar, necessita exactamente de limites claros, até para facilitar a sua apreensão sistemática. Dito de outra forma, a resposta afirmativa dá ao sistema uma segurança e certeza aplicativas de não pequena monta, tornando-a perceptível por juristas e não-juristas, descomplexificando o sistema, *rectius*, atribuindo-lhe apenas aquela que é essencial para que o mesmo funcione.

Quando nos referimos a *sistema* não significa que sejamos adeptos de uma visão funcionalista e sistémica em geral e, em especial, ao nível do Direito Penal. Defendemos sim que esta ciência, tomada em termos *conjuntos*, se se preferir, tem por desiderato fundamental afirmar valores, baseando-se numa axiologia que encontra eco na Lei Fundamental e, depois, em todos os instrumentos de Direito ordinário. É esta, cremos, a forma mais democrática e conforme aos ditames do Estado de Direito da função que assinalamos ao Direito Penal: uma ordem de princípios e regras jurídicos que proíbem ou impõem um certo comportamento activo ou omissivo ancorada naquilo que é a Carta Magna que a comunidade se dá a si mesma. Assim, evitamos os riscos de aprisionamento por concepções morais, éticas, estéticas, religiosas ou outras. Riscos estes que são reais quando, falando apenas do Direito nacional, se discutiram as hipóteses em que a interrupção voluntária da gravidez não é crime (art. 142.º), se introduziu muito recentemente a eutanásia (art. 134.º, n.º 3, e Lei n.º 22/2023, de 25/5), se terminou com uma violação clara do princípio da igualdade no delito de abuso sexual de adolescentes em que se a relação fosse homossexual não se tinha de provar a “inexperiência da vítima”, ao contrário da sua versão heterossexual (art. 173.º)²⁰, para já não falarmos da localização sistemática e do

²⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 247/2005, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050247.html> (todos os sítios da internet referidos neste trabalho foram acedidos

bem jurídico que se tinha por protegido na versão inicial do Código Penal de 1982, em que os ditos “crimes sexuais” estavam inseridos nos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade e, dentro destes, nos delitos contra os fundamentos ético-sociais da vida em sociedade (arts. 201.º e segs.), bem como da previsão de que qualquer pessoa – homem ou mulher – pode ser vítima de um crime de violação (alteração de 1998 ao art. 164.º).

Os valores com os quais o Direito Penal trabalha são, como se disse, aqueles que se acham recolhidos em toda a Constituição, mas naturalmente mais nos direitos fundamentais. Esta asserção implica que o nosso ramo de Direito, como toda a ciência jurídica, se subordina ao modelo de sociedade escolhido, pelo que não impressionam – neste sentido – normas como as da punição da homossexualidade em Marrocos ou na Tunísia, por exemplo, o não trajar de uma dada forma no Irão e em outros Estados do Médio Oriente. Essencial se torna que retiremos as nossas lentes de cidadão ocidental acostumado ao *Rechtsstaat* para compreendermos o que sucede em outras latitudes muito diferentes da nossa. Observar, conhecer, estudar não significa concordar. E não o dizemos sobretudo quanto aos estrangeiros, pois esses acham-se imbuídos de um caldo de cultura que, mesmo partindo para a análise dos problemas como uma *tabula rasa*, nunca conseguirão fazer uma total suspensão metodológica à maneira de BACHELARD. Referimo-nos, pois, aos cidadãos desses Estados que, em face do comportamento de quem detém o poder e/ou devido às influências da aldeia global em que vivemos, do interior (muitas vezes também com o auxílio interessado e interesseiro do exterior, em especial no tempo em que escrevemos e em que já estamos perante uma 2.ª Guerra Fria com potencialidade para extinguir todas as espécies) criam mutações constitucionais que podem ser verdadeiras rupturas ou simples mudanças mais ou menos cirúrgicas.

Esta *relatividade dos valores*, no sentido em que os grupos sociais podem escolher governar-se por determinados princípios de acção diversos uns dos outros, não leva envolto qualquer juízo axiológico. Não o pode, desde logo por uma questão de respeito pela soberania das pessoas, das comunidades e dos Estados, mas também porque não está provado que o modo de funcionamento das sociedades

em Maio de 2024). Veja-se, ainda, RICARDO G. BARROSO/ANDRÉ LAMAS LEITE/CELINA MANITA/PEDRO NOBRE, “Between public agenda and the emergence of intervention programmes: sexual offenders within the Portuguese context”, in *Sexual Offender Treatment*, 6, 2 (2011), pp. 1-10.

ditas “ocidentais”, “desenvolvidas”, “democráticas” seja necessariamente melhor que, por exemplo, uma teocracia. Naturalmente que numa outra escala – e pensando em sistemas jurídicos próximos, que beberam da mesma matriz civilizacional e cultural – as sucessivas normações da União Europeia em sede criminal visam um escrínio de princípios comuns a todos os Estados-Membros e que, por isso, devem estar plasmados em lei, deixando-se, como por definição sucede nas directivas ou nas decisões-quadro (os instrumentos de Direito europeu derivado mais usados para esse fim), para os Estados liberdade de forma e do estabelecimento do *quantum* sancionatório. A liberdade de escolha dos Estados não deve ser unilateral, ou seja, reconhecemos os nossos tipos legais e os de países próximos devido ao seu *background* comum e entendemos que esses são os “certos” e todos os demais são atrasos civilizacionais inadmissíveis ou penas cruéis ou degradantes. Que as punições corporais ou a lapidação, por exemplo, fazem parte desse conjunto de penas que ostentam esse rótulo não nos merece dúvida. Mas então isto não entra em choque com o que *supra* se deixou dito sobre não haver melhores ou piores formas de *ius puniendi*? Não cremos, desde que se proceda à explicação devida. Num *plano principiológico*, desde que as normas penais se achem numa linha de continuidade com as Constituições dos Estados, não lhes podemos censurar nada numa visão formal. Coisa diferente sucede no momento em que nos aproximamos da materialidade. Aí, seja por via do “Direito Natural”, seja por qualquer outra construção de *ius cogens*, por exemplo, teremos um instrumento de “medição” da conformidade ou desconformidade do *Tatbestand*, mas em especial da *Rechtsfolge*, face a um conjunto de princípios que – julgamos – se podem caracterizar à volta de uma noção antropocêntrica²¹. O que se questiona é se aquele específico *modus aedificandi criminis* viola ou não a *dignidade da pessoa humana*, bem como as correspondentes sanções. Sabemos todos da cada vez menor capacidade de rendimento dogmático do conceito em mérito, fruto de um uso e abuso que dele se tem feito. Todavia, não excogitamos outro que o possa substituir. É evidente que esta resposta leva implícita uma ideia de que uma norma não é necessariamente jurídica porque respeita o processo legislativo e todas as exigências

²¹ O que é um problema distinto, mas com conexões óbvias com a questão de saber se existem obrigações constitucionais de incriminação. *Inter alia*, veja-se o nosso “Obrigações de criminalização nos textos constitucionais? (Breves) notas soltas”, in *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, vol. 20, n.º 119, Abr./Maio de 2024, pp. 120 e segs.

meramente formais, mas deve-lhe ser sim reconhecida uma valia axiológica ou apenas funcional, conforme a perspectiva filosófica de que se parta. Se tal não acontecer, então, segundo cremos, nem sequer há norma jurídica, dentro da concepção de que existem valores supra-constitucionais e supra-estaduais.

2. Assim enquadrados, afrontemos agora o problema de saber se há ou não vantagens no aglomerado das ciências criminais, ao modo de uma “enciclopédia”. Segundo esta concepção, não havia nenhuma distinção entre Política Criminal, Criminologia e Dogmática, sobretudo por se não saber com exactidão o que cada uma delas era. Por outro lado, quando se falasse em “penal”, tudo estaria contido na expressão, tornando o seu uso muito mais fácil e, sobretudo, operativo. Nada que nos deva admirar, pois as ciências necessitam de tempo e labor até se autonomizarem, bastando lembrar o que sucedeu com o Direito do Trabalho, em tempos mais recuados, com o Direito do Desporto, mais próximo de nós, e, até, o Direito da Moda com cursos em Universidades. Considerar um conjunto de normas e princípios jurídicos em volta de um certo fenómeno humano e social, i. é, dar-lhe a “carta de alforria”, sempre foi visto como o desiderato último dos seus cultores. Porém, em boa verdade, essa fronteira externa que se visa desenhar face a outros ramos de Direito só se efectiva quando também existem *fronteiras internas, intrínsecas* à própria ciência jurídica. Não é pelo facto de os crimes contra o património terem certas normas particulares que os tornam num autónomo ramo de Direito Penal: as regras da Dogmática são as mesmas. Por mera comodidade de linguagem e em sentido impróprio, podem assim ser designadas, mas sem perder de vista a raiz de onde procedem. Veja-se, aliás, que, no Direito Penal, a única verdadeira *summa divisio* conhecida é entre o Primário ou de Justiça e o Secundário ou Económico-Financeiro. E, como se se tratasse da “lei do eterno retorno”, o que distingue cada um deles é exactamente haver ou não ressonância na consciência ético-jurídica de certos tipos legais de crime e, por consequência, de determinados bens jurídicos, ou melhor, de certas formas em que se recortaram esses bens jurídicos para os cobrir com o manto penal. Assim, o art. 209.º, n.º 2, não encontra ressonância na generalidade da população, que, ao violá-lo, não actualiza na sua consciência que estará a cometer um delito mas, no máximo, uma “incivilidade”, algo contrário à ética ou à religião. Daí a necessidade que sentimos sempre em sublinhar que as normas de Direito Penal Clássico são aquelas que estão *tendencialmente* contidas no Código Penal. O movimento inverso é também verdadeiro,

bastando recuar à pandemia provocada pelo vírus SARS-Cov2 para nos recordarmos que os casos de açambarcamento ou de especulação, embora contidos no DL n.º 28/84, de 20/1, integram normas de Direito de Justiça.

Retirando as vantagens de uma certa simplicidade que mais parece simplismo, as desvantagens numa abordagem complexiva global dos blocos formados pelas três ciências criminais são muito superiores, impossibilitando o modelo. Só através da adscrição de cada uma delas a um certo âmbito de aplicação poderemos evitar largas zonas de confluência que, visto cada uma delas seguir uma determinada *intentio*, vêm introduzir ruído no sistema até ao ponto em que é possível não se chegar a qualquer decisão. Isto não significa – longe disso – que não existam sempre zonas de confluência, que, desde que não impeditivas de uma resposta à problemática, apenas significam que aquele “pedaço de vida” (FIGUEIREDO DIAS) pertence, efectivamente, à “ciência conjunta do Direito Penal”. Vejamos um exemplo: a recente alteração no sancionamento do consumo de estupefacientes teve uma motivação político-criminal que é suportada por estudos criminológicos. Estes vêm-nos dizendo que a fronteira entre tráfico e consumo é essencial (mas também ténue, embora nas normações técnicas o não possam ser), uma vez que os consumidores necessitarão de tratamento e não da aplicação de sanções criminais, por estas serem ineficazes em sede do que delas se espera – art. 40.º, n.º 1. Onde se traça essa mesma linha deve ser dado ao legislador pela Criminologia. Ora, este é, porventura, um dos domínios em que melhor se surpreende esta última ciência como interdisciplinar, como um “arquipélago” (CÂNDIDO DA AGRA)²², porquanto são os conhecimentos da Medicina Legal, em especial da Psiquiatria e da Toxicologia Forenses, que irão transmitir ao legislador o *quantum* diário necessário para os dependentes dessas substâncias. Cabe depois à Política Criminal decidir se vai ou não segmentar os destinatários da lei entre aqueles que devem ser tratados como doentes e os que serão criminosos. E, por fim, as normas jurídicas emanadas da Política Criminal são conformadas pelos conhecimentos da Dogmática, decidindo esta, *v. g.*, se estamos perante um crime de perigo ou de dano, se existe ou não alguma condição objectiva de punibilidade, se aquela situação reclama uma qualquer nova causa de exclusão da culpa ou, pelo menos, um diverso entendimento dos elementos que se exigem para o seu preenchimento, se deve ocorrer alguma especificidade ao nível do Processo Penal (por exemplo, ao nível da prova).

²² *A Criminologia: um arquipélago interdisciplinar*, Porto, U. Porto Press, 2012.

3. Pelo exposto e pelo mais que se dirá de seguida, parece-nos claro que *é a Política Criminal que ocupa o lugar mais destacado de entre as três ciências que têm por objecto o crime ou, se se pretender, sobretudo devido à Criminologia, a déviance*. Não temos por particularmente relevante a posição ocupada por cada uma delas, visto que só da consideração e da actuação harmónica de todas existe o *outcome* pretendido. Todavia, pode, eventualmente, a definição de uma hierarquia ser importante quando existirem conflitos entre a Política Criminal, a Criminologia e a Dogmática.

Assim, é indisputado que a primeira ocupa a posição mais destacada, já que assinala o *se*, o *que*, o *como* e o *porquê* da intervenção do Direito Penal *lato sensu*. É ao legislador democraticamente eleito que cabe, nos termos do art. 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP, decidir *se* haverá intervenção criminal porque ela se justifica em virtude dos princípios da necessidade, da adequação e da subsidiariedade penais, fazendo sempre uma leitura do tempo e do lugar em que actua e para quem essas normas se destinam.

Com o ilícito de mera ordenação social (*Ordnungswidrigkeiten*), o legislador passa a deter uma margem mais ampla para lidar com acções e omissões humanas que, não merecendo a tutela penal, não podem quedar impunes. Já se não pode afirmar que as contra-ordenações desempenham somente um papel de garantia da boa organização social e que não contendem com os bens jurídicos essenciais. E isto devido ao conhecido *movimento de fuga do Direito Penal para o Direito de Mera Ordenação Social*, que tem hipertrofiado e descaracterizado o primeiro. Com as chamadas “grandes contra-ordenações”, o fenómeno tem ficado cada vez mais claro. Neste sentido, vivemos num tempo, a este propósito, de “burla de etiquetas”. Muitas condutas sancionadas como contra-ordenações deveriam ser, na verdade, delitos. A destriça entre ambos os ramos²³ pode fazer-se através da sanção que se liga a um dado *facere* ou *omittere*, dizendo, ao fim e ao cabo, que a distinção encontra grandes dificuldades se se ficar pelo bem jurídico protegido, razão pela qual o único critério operativo é saber se há ou não aplicação de uma coima e eventualmente de sanções acessórias. É um critério operativo, por certo, mas que

²³ É hoje essencial a dissertação de doutoramento de NUNO BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, 2.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2023, *passim*. Também com interesse, com diferente abordagem, ALEXANDRA VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social entre a ideia de “recurrência” e a de “erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

nada nos diz em relação ao *conteúdo do ilícito*, que, cremos, deveria ser o critério distintivo, visto que a sua feição *qualitativa* deve prevalecer sobre a quantitativa. É óbvio que este é um tema complexo e que na economia deste escrito apenas consente algumas palavras. Palavras estas para defender que, em nosso juízo, o legislador deveria rever todo o Direito Contra-Ordenacional e decidir se o mesmo deve manter-se como formalmente se encontra ou se o bem jurídico subjacente o deve fazer ascender à tutela penal. Em poucas palavras e de novo: um critério qualitativo e não quantitativo. Cremos de sublinhar a urgência desta distinção, não apenas por motivos político-criminais, mas também dogmáticos. Na verdade, o ilícito contra-ordenacional transformou-se numa manta de retalhos ao nível da sua aplicação, na medida em que o DL n.º 433/82, de 27/10 (regime geral das contra-ordenações) é cada vez mais de aplicação subsidiária ou mesmo totalmente afastado por normação especial dos mais variados domínios da vida social, que prevêem soluções contrárias (*v. g.*, a existência ou não da proibição da *reformatio in pejus* como garantia recursória para o arguido). A Criminologia pode ser também aqui útil, quanto às percepções comunitárias de um dado facto como contra-ordenação ou crime, o que auxilia o legislador na sua tomada de decisão. Do mesmo modo, a determinação do grau de reincidência nas hipóteses de delito ou de contra-ordenação constitui um outro campo de actuação criminológica de interesse para a problemática abordada.

Quando se diz que a Política Criminal desempenha o *se punir*, estamos a lidar com os conceitos de (neo)criminalização e de descriminalização, mas também de despenalização, que consideramos como as “partes móveis” do Direito Penal, visto que lhe permite adequar-se à realidade cada vez mais multimoda. A Criminologia deve fornecer ao legislador estes dados, ou seja, por exemplo, no caso de (neo)criminalização (pensemos na tutela penal dos animais de companhia, como ilustração), se existe ou não um consenso comunitário sobre o tema, se a comunidade consideraria melhor a intervenção penal ou contra-ordenacional, qual o nível de punitividade que a sociedade está disposta a atribuir a tais ilícitos, *inter alia*. Para tudo isto dispõe a Criminologia de ferramentas próprias, de cariz quantitativo, qualitativo ou de junção das duas metodologias numa só. Uma vez decidida a intervenção do Direito Penal, baseada em dados seguros da Criminologia, cabe à Dogmática a concretização dessa mesma vontade do prisma da pura técnica legislativa. Ora, também aqui o exemplo dos arts. 387.º e 388.º (protecção dos animais de companhia) é eloquente, porquanto o legislador ordinário decidiu criar

tipos legais sem curar da sua conformidade constitucional. Estamos, neste momento, perante uma situação complexa, em que há vários acórdãos do Tribunal Constitucional que se pronunciaram pela inconstitucionalidade material por falta de referente nos bens jurídicos do texto fundamental e outros que conseguem encontrar ainda um reflexo desses interesses jurídicos. A incerteza jurídica reina até que aquele Tribunal se pronuncie através de um aresto com força obrigatória geral ou que o legislador decida alterar a Constituição, de modo a que, de jeito expresse, tal protecção não levante dúvidas. Assim fez a Alemanha, em que o legislador constituinte introduziu o art. 20a na *Grundgesetz*, onde se lê: “[o] Estado protege os fundamentos naturais da vida e dos animais, também a favor das gerações futuras, no quadro da ordem constitucional, através da legislação e, de acordo com o Direito e a justiça, através do poder executivo e da administração da justiça”²⁴. Este descuido do legislador ordinário poderia ter sido evitado se, antes de a norma ser aprovada, se tivessem considerado os dados fornecidos pela Criminologia, visto que estes poderiam indicar que bem jurídico é que os cidadãos identificavam numa situação fáctica que lhes seria fornecida, ou mesmo através de análise de entrevistas semi-estruturadas com os principais *stakeholders*, procurar-se-ia compreender quais as principais dificuldades sentidas na tutela do bem-estar animal, o que nos conduziria, se não ao específico bem jurídico, ao menos a mostrações que lhes seriam próximas e que teriam o condão de demonstrar ao legislador que o texto constitucional *qua tale* podia não ser suficiente para garantir a manutenção das normas dentro de margens admissíveis de constitucionalidade. No que tange à Dogmática, mantendo-nos nos problemas derivados da escolha sobre *se* se deve ou não punir, é também um dado que todas as análises de um crime envolvem, *ab initio*, a dilucidação sobre o bem jurídico. Portanto, neste concreto exemplo, falhou não apenas a desconsideração, *rectius*, o total esquecimento, dos dados criminológicos, mas também o nível inicial da análise dogmática. Esta é mais uma das razões pelas quais o legislador deveria sempre usar a Criminologia como ponto prévio da decisão de criminalizar ou não, uma vez que o recorte do bem jurídico, sendo uma tarefa hermenêutica, comporta um maior nível de subjectivi-

²⁴ Nossa tradução de “Art. 20a: Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung”.

dade, razão pela qual pode falhar com maior frequência o trabalho dogmático. Se a este juntarmos o labor criminológico, reduz-se consideravelmente o risco de inconstitucionalidade material.

O que punir é, como se disse já, igualmente uma tarefa político-criminal. Nela, o legislador, tendo em conta a dignidade, a necessidade, a tutela de ultima ratio do nosso ramo de Direito, mas também o seu viés fragmentário, escolherá, de entre os comportamentos violadores de bens jurídicos, as situações fácticas que merecem ser levadas ao conjunto de acções e omissões recobertas pelo Direito Penal. Uma vez mais, não o deverá fazer sem os dados da Criminologia, que, aqui, por exemplo, pode dar uma importante ajuda com conceitos como os de insegurança objectiva e subjectiva, o que habilitará o legislador a saber se estamos perante um problema com feição real e justificada ou se, ao invés, existe apenas um sentimento de insegurança, uma insegurança percebida que, muitas vezes, não tem adesão aos números. A Dogmática desempenha o papel de auxiliar a Política Criminal a construir os tipos legais de acordo com o campo de intervenção assim delimitado: se deve haver uma antecipação da tutela penal por via da construção de crimes de perigo em detrimento dos de dano (e, dentro dos primeiros, se se deve ir tão longe quanto é sempre a proposta de um crime de perigo abstracto) ou mesmo se se deve fugir à regra da não punição dos actos preparatórios (art. 21.º). Não é só ao nível do tipo-de-ilícito objectivo que a Dogmática desempenha um importante papel, mas também no âmbito subjectivo, podendo tratar-se de tipos legais de crime (como sucede com os arts. 224.º e 235.º) em que a actuação do agente apenas se puna se praticada com dolo directo ou necessário ou em que, para além do elemento subjectivo comum [o chamado “dolo natural”, ou seja, o conhecimento (elemento intelectual) e a vontade (elemento volitivo) de realização do tipo objectivo], se exijam elementos subjectivos especiais, como particulares direcções de vontade ou tendências²⁵.

A Política Criminal também define *como punir*. Alcançada a conclusão de que estamos perante um sector da vida social que reclama a tutela penal, em boa verdade já não está em causa o problema de saber se a dita tutela tem mesmo de ser criminal ou se basta ser contra-ordenacional. Tal juízo já foi empreendido no momento do *se punir*, pois quando o legislador ordinário, actuando nas vestes de in-

²⁵ Sobre o tema, A. M. DE ALMEIDA COSTA, *Elementos subjectivos especiais do ilícito-típico*, Coimbra, Almedina, 2023.

térprete legítimo da Política Criminal, decidiu que havia necessidade de o Direito Penal se aplicar àquela situação concreta, o juízo quanto à conveniência e necessidade do nosso ramo de Direito já estava implícito. Assim, este *como* punir contende, desde logo, com a estatuição da norma, decidindo-se se se justifica a previsão, na moldura penal abstracta, da pena de prisão e/ou da pena de multa, para além das sanções acessórias. Em função da moldura abstracta, temos igualmente a possibilidade de aplicar ou não uma pena substitutiva²⁶, embora, como se saiba, o sistema de determinação da sanção tem em conta, neste particular, a pena aplicada e não a aplicável. Donde, esta questão político-criminal encontra-se profundamente vinculada ao que vimos a propósito de *o que* punir. É ela o campo de actuação por exceção da Dogmática, com os exemplos que vimos de fornecer.

Quando nos referimos às perguntas a que a Política Criminal visa dar resposta, que é o mesmo que saber que funções ela ocupa, aludimos também ao *porque* punir. Trata-se de saber quais as finalidades punitivas que se visam concretizar com a criação do tipo legal de crime. Sobre a matéria, desde 1995, como se sabe, o legislador – em movimento que não encontra grande eco nos diplomas congêneres de países que nos são jurídica e culturalmente próximos – passou a fornecer ao intérprete a actual redacção do art. 40.º, n.º 1, sendo taxativo nas funções desempenhadas pelas medidas de segurança e penas (todas elas, principais, acessórias e de substituição, aplicadas a pessoas singulares ou colectivas e entes equiparados): protecção de bens jurídicos e ressocialização²⁷ do agente. Não é este o momento ou o local para desenvolvermos a sempiterna questão dos fins das reacções criminais²⁸, mas sempre se dirá que o resultado hermenêutico mais directo aponta no sentido da prevenção geral positiva e da especial, também positiva, embora não seja de pôr de parte que, sempre que não for possível este tipo de intervenção, entrarão em linha de conta as feições negativas das duas modalidades preventivas. Assim, responder ao *porque* punir constitui-se um fundamento *a se* das reacções criminais, a sua verdadeira teleologia. Se a resposta à questão deve surgir no início do processo dialético da Política Criminal com as demais ciências penais ou só no final é mais complexo do

²⁶ Matéria que estudámos em *As penas de substituição em perspectiva político-criminal e dogmática. Contributo para uma análise sistemática*, Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015.

²⁷ Sobre o modo como hodiernamente deve ser entendido o conceito de ressocialização, cf. o nosso “Ressocialização, hoje? Entre o mito e a realidade”, in *Revista do Ministério Público*, 156 (2018), pp. 75-119.

²⁸ Entre tantos, veja-se o nosso “Algumas notas para um conceito operativo de “pena”», in *Julgare*, 32, 2017, pp. 203-232.

que à primeira vista nos surge. Poder-se-á argumentar que, antes de tudo o mais, o legislador deve saber com que finalidade é que se demanda a sua intervenção, por ser o dito étimo fundante da sua intervenção. Por outro lado, não é fora de hipótese cogitar que após responder a todas as demais perguntas o legislador encontra agora uma outra questão que podemos apelidar de *fechamento da abóbada do sistema* e que pode servir de critério aferidor de todo o percurso trilhado anteriormente. Embora se não trate de uma problemática de grande alcance, entendemos que o mais lógico é que esta resposta ao *porque* punir deva estar no início do *iter*, uma vez que funciona como critério heurístico de todo o processado subsequente: tem sentido que a decisão sobre *se* punir se faça à luz do *porque* punir, visto que este fornece ao primeiro limites que o ajudarão a concretizar-se na prática. Dito por outras palavras, os fins das sanções criminais são um fio condutor de todo o discurso de (neo)criminalização ou de descriminalização, ocupando, em consequência, um lugar elevado nesta hermenêutica.

4. Uma outra questão que habitualmente se coloca no tópico que escolhemos para este estudo é a de saber se as três ciências devem ser consideradas “principais” ou se alguma ou algumas delas são meramente auxiliares de outra ou outras. É evidente que tudo depende do ângulo de análise. Se se está somente a pensar na Criminologia e no seu estudo, poder-se-á dizer, com meridiana clareza, que as outras duas são auxiliares, no sentido em que os seus conhecimentos colaboram naquilo que é o seu resultado final. Esta afirmação solipsista de cada uma das ciências do Direito Penal surge-nos como altamente redutora e até desnecessária.

Sabemos que o habitual – mesmo agora – é escrever-se que a Política Criminal e a Criminologia são apenas ciências auxiliares da Dogmática. Não podíamos estar mais em desacordo. Esta concepção parte de uma certa soberania da última, a ideia segundo a qual as outras duas não têm o arcabouço teórico e técnico da Dogmática. Quase faz lembrar os ensinamentos kelsenianos de um sistema auto-referencial ou auto-poiético²⁹, fechado sobre si mesmo e recolhendo aquilo que lhe

²⁹ GUNTHER TEUBNER, *O Direito como sistema autopoiético*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. Entre nós, com todo o interesse, CÂNDIDO DA AGRA, “Sujet autopoiétique et transgression”, in P. Mardaga (ed.), *Acteur social et délinquance – Une grille de lecture du système de justice pénale*, Liège, Pierre Mardaga, pp. 415-426, e, mais recentemente, “A Epistémè das Ciências Criminais – exercício empírico-teórico”, in Manuel da Costa Andrade et al. (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 545-578.

vai sendo útil. Em primeiro lugar, não é verdade que uma Política Criminal teleologicamente fundada não disponha da sua técnica, muitas vezes vazada em grandes princípios que têm caracterizado o movimento legislativo do pós-II Grande Guerra (para só nos centrarmos no Direito Penal substantivo): a intervenção mínima e fragmentária da tutela penal de *ultima ratio*, um programa de descriminalização claro e centrado no bem jurídico, a recusa das penas curtas de prisão e o movimento internacional de criação e desenvolvimento de penas substitutivas, a concepção de que, em certos domínios, deve admitir-se a responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas, mesmo no Direito Penal clássico. Estes são apenas alguns exemplos. Todavia, seria farisaico não reconhecer que vivemos, em Portugal, pouco tempo depois do Código Penal da democracia, um movimento inverso, de neohipertrofia do sistema criminal, com a elevação a bens jurídicos de condutas de duvidosa constitucionalidade, de transformação *ex novo* ou por via do que chamamos uma “descriminalização especial” de condutas que, na sua base, são contra-ordenações travestidas de verdadeiros crimes, um *punitive turn*³⁰ – aumento da severidade punitiva (à qual Portugal tem resistido bem no concerto de outras Nações juridicamente próximas), de uso exagerado de crimes de perigo e punição de actos preparatórios, de sancionamento, por exemplo, do branqueamento (art. 368.º-A), sem que se exija sempre a existência de uma *predicate offense*, um exagero nos limites da perda alargada ou ampliada ou mesmo no instituto da perda simples dos arts. 109.º e segs. Numa palavra: não vivendo o sistema jurídico, e o criminal em particular, em nenhuma redoma de vidro, o *populismo* tem deixado marcados os seus comandos na Política Criminal, em especial depois do atentado contra as Torres Gémeas, em 2001, facto que veio alterar profundamente a sempre periclitante tensão entre liberdade e segurança. Mas reconhecer estes desvios não minoriza a Política Criminal enquanto ciência em si mesmo considerada e que tem os seus princípios e técnicas. Urge não esquecer que, pela sua própria natureza e pelos fins que visa, esta é sempre a ciência que mais se ressentida das alterações políticas, económicas, sociais e culturais, tal como aconteceu, entre nós, depois do 25 de Abril, em que as normas jurídicas tiveram de ser modificadas exactamente para responderem a novos desafios que, à cabeça,

³⁰ Cf. o nosso “Nova penologia, *punitive turn* e Direito Criminal: *quo vadimus?* Pelos caminhos da incerteza (pós-)moderna”, in Manuel da Costa Andrade *et al.* (coords.), *Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 376-395.

a Constituição de 1976 lançou a todas as ciências jurídicas e à comunidade como um todo. Bastará ilustrar com as alterações de 1977 ao Código Civil no tocante à posição jurídica da mulher.

Em relação à Criminologia, também não é uma ciência auxiliar da Dogmática, em primeiro lugar, porque o seu objecto, sendo interdisciplinar, é mais vasto. Não é por acaso que se não pode dizer sem erro que a Criminologia estuda o crime. Uma expressão aparentemente tão próxima de um truísmo encerra um plano de acção. De facto, aquando dos seus primórdios com a escola biologista e anatómo-morfológica, o que relevava era essencialmente aquilo que a lei prescrevia como delito. Mesmo aí, todavia, já interessavam à Criminologia os estudos de fenómenos para-, pré- ou quase-delinquentes. Com as sucessivas escolas de pensamento, a psicológica e a sociológica, passou a ser claro que muito do que interessava eram condutas que não estavam descritas como crime e em relação às quais a Criminologia podia perceber, de entre o mais, o seu potencial ofensivo, por forma a que esses estudos pudessem ser tidos em consideração pela Política Criminal no que contende com o *se* e o *como* punir. Abriram-se novas áreas de estudo, que se não ficam pelas instâncias formais de controlo, mas partem para o estudo das informais, a vítima – durante tanto tempo esquecida – faz a sua aparição e o conjunto dos seus estudos dá lugar à Vitimologia. A Criminologia Clínica, começando com os *inputs* da Psicologia e, em tempos muito mais próximos, das neurociências e da genética forense, eleva a análise a patamares de uma complexidade desconhecida. A justiça restaurativa e, dentro dela, a mediação penal³¹, que conheceu a luz do dia entre nós através da Lei n.º 21/2007, de 12/6, mas que é um morto-vivo³², defende mesmo uma nova forma de administrar a justiça e a existência, ao lado das penas e medidas de segurança, de uma nova sanção que seria a reparação. Como se sabe, um grupo de professores de Direito Penal de língua germânica chegou mesmo a propor um “Projecto Alternativo de Reparação” (*AE-W: Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*), o qual, todavia, nunca foi aprovado. Os custos do crime³³ são outra área que em muito deve

³¹ *Inter alia*, veja-se o nosso *A mediação penal de adultos – um novo «paradigma» de justiça penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

³² Algumas das razões para este estado de coisas podem ser compulsadas no nosso “A mediação penal de adultos em Portugal: a síndrome de Lázaro?”, in *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Ano XX, n.º 117, Dez.-Jan. de 2024, pp. 126-153.

³³ Com interesse, PEDRO SOUSA/TÁNIA DIAS, “Explicit social costs of crime in a time of crisis: costs of law enforcement in the drivers’ crimes”, in *Managing Structural Changes – Trends and Requirements*, Belgrade, Institute of Economic Sciences of Belgrade, 2013, pp. 111-128.

fazer interessar a Política Criminal, desde logo para que esta seja capaz de decidir se dadas acções ou omissões devem conhecer novos espaços de oportunidade e consenso. A delinquência juvenil, a criminalidade organizada e violenta, os *white-collar crimes* e as redes criminais são outros objectos criminológicos, para além do modelo de policiamento, da forma como actuamos comunitariamente em relação às drogas ilícitas, em que Portugal tem um património ímpar³⁴. A história desta ciência tem sido a do contínuo crescimento daquilo que se propõe estudar. Em todos esses novos objectos, a Criminologia aplica o método científico, realizando estudos empíricos, que, em visão muito breve, como referido *supra*, podem ser quantitativos (e aqui os conhecimentos da Estatística são essenciais, bem como o domínio de programas como o *SPSS*), qualitativos (através de entrevistas semi-estruturadas e análise de conteúdo em programas como o *NVivo* ou o *Cauliflower*) ou mistos.

Em conclusão: as ciências que compõem a *gesamtes Strafrechtswissenschaft* colaboram umas com as outras, interpenetram-se em todos os movimentos e, em consequência, nenhuma é auxiliar de outra. O que fazem (*ou devem fazer*) é, partindo do seu nível de análise e com os seus “óculos”, procurar retirar das demais ciências as informações, os estudos, os dados, os princípios e normas que lhe permitirão conhecer de forma multifacetada aquela realidade social, maximizando, portanto, o trabalho de cada uma delas.

5. É ainda habitual estudar-se se uma dada ciência se pode relacionar directamente com outra ou se essa ligação tem de ser mediada. Por exemplo, como vimos acima, é corrente dizer-se que a Criminologia não se relaciona directamente com a Dogmática, fundamentalmente devido à circunstância de a primeira, ao invés da segunda, usar um método empírico. Pelo que já dissemos, a fim de evitar repetições, não vemos como se possa manter esta ordem de ideias. Qualquer das três ciências pode relacionar-se com as demais. A diferença de método ou de metodologia não impediu nunca as ciências – sejam elas quais forem – de se relacionarem e de, por isso mesmo, delas brotarem conhecimentos de relevo. Se se diz que uma ciência empírica não pode lidar com uma outra que é normativa, está-se a dizer que os seus concretos protagonistas não conseguem encontrar pontos em comum ou que não se conseguem explicar de uma forma que os torne per-

³⁴ JORGE QUINTAS, *Regulação legal do consumo de drogas. Impactos da experiência portuguesa da descriminalização*, Porto, Fronteira do Caos, 2011.

ceptíveis pelos outros. Ora, isto simplesmente não corresponde ao que nos é dado observar e, em bom rigor, seria uma escapatória para negar todo o trabalho inter, multi e transdisciplinar de que a sociedade mundial tanto tem beneficiado.

V. Síntese conclusiva

Depois de termos passado em revista as formas de relacionamento da “ciência conjunta do Direito Penal”, que erradicou o conceito de “enciclopédia das ciências criminais”, vimos o modo como cada uma delas se relaciona entre si, tendo por base um campo de actuação próprio. Assim o fizemos para um modelo de sociedade do Estado de Direito formal, material e para um Estado de Direito democrático e social. Foi perceptível que a maior ou menor importância dada à Política Criminal, à Criminologia ou à Dogmática em muito dependia dos próprios fins que a construção do Estado se dava a si mesma.

Partimos, depois, para a exposição crítica do modelo largamente maioritário hoje entre nós, para concluirmos com um outro. Um modelo em que não há ciências auxiliares, mas em que todas têm o mesmo relevo, desde logo na medida em que prosseguem diferentes finalidades e em que o relacionamento entre todas se verifica de modo directo, sem necessidade de intermediações. Tendo em conta o que dela se espera e o que ela visa nas sociedades hodiernas, a Política Criminal continua a ter um papel de maior destaque, mas agora, sobretudo, como instância crítica de avaliação dos comportamentos humanos com relevância penal, vazados em específicos bens jurídicos.

É tempo de terminar. O que fica escrito resulta da reflexão de vários técnicos do Direito, da Política Criminal e da Criminologia, com o desiderato – comum a todo o ordenamento jurídico – de propor um modelo através do qual as normas sejam pensadas e estudadas, com base em métodos normativos e empíricos, bem como acompanhadas ao longo da sua vigência, pois só assim se sabe o que necessita de alteração ou mesmo eliminação. E qual é a realidade portuguesa – e, porventura, de outros Estados? Encontramos vários tipos de reacção: proferem afirmações grandiloquentes e não se preocupam com o ambiente que envolve um diploma legal, vivendo divorciados da Política Criminal; legislam em cima do joelho, com a pressão de eventos mediáticos que, é bom de ver, só dará asneira; criam comissões ou unidades de missão que, tirando muito poucos casos – uma mão chega para os contar –, de pouco ou nada adiantam ao acompanhamento da vigência da lei. Se nos é

permitido o paralelo com a Medicina, deveríamos fazer o que aqui é obrigatório: o primeiro acto clínico é sempre de diagnóstico, começando pela narrativa do paciente, ajudada por meios complementares, se necessário; só depois disso é que surge a terapêutica, a qual é sempre monitorizada, uma vez que pode ser necessário alterar a medicação que entra em interacção ou não está a ter o efeito desejado, ou mesmo submeter o doente a nova observação. O que releva é que o médico não olha para a cara do paciente e desata a prescrever drogas. Pelo menos não é isso que deve suceder. Se é assim na Medicina, em que após a remissão de um cancro se mantém a vigilância sobre o doente, porque será o Direito Penal diferente? Uma lei não baseada em dados empíricos tende a não ser respeitada, porque o empirismo é o dia-a-dia dos cidadãos; uma lei que não é monitorizada é como um filho a quem não se transmitem valores e que, por isso, se pode transformar num bom ou mau selvagem.

A comunicação não violenta como plano de fundo das formas de intervenção nos conflitos familiares na perspectiva sistêmica

Kelly Coelho da Silva

Professora do Curso de Direito do Centro Universitário INTA – UNINTA, Brasil

Gilsilene Francischetto

*Professora do Programa de Pós-Graduação strictu sensu
da Faculdade de Direito de Vitória, Brasil*

Rossana Martingo Cruz

Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho

Resumo: Com o objetivo de analisar a aplicabilidade da Comunicação Não Violenta (CNV) como ferramenta para a promoção da pacificação das partes envolvidas em conflitos familiares, este artigo valeu-se de pesquisa teórico-bibliográfica, utilizando uma abordagem compreensiva do conflito a partir de uma visão sistêmica. A elevada litigiosidade vivenciada hodiernamente, bem como a aparente incapacidade do judiciário em promover a paz social denotam que o litígio precisa de uma atenção especial e sistêmica, que não negligencie sua complexidade, subjetividade e instabilidade. Como resultado, verificou-se que a CNV não se revela uma ferramenta, tampouco uma técnica, mas sim a base da mediação enquanto forma de intervenção no conflito familiar.

Palavras-chave: Pensamento sistêmico / CNV / Mediação / Conflitos familiares

Abstract: With the aim of analyzing the applicability of Non-Violent Communication (NVC) as a tool for promoting the pacification of the parties involved in family conflicts, this article drew on theoretical and bibliographical research, using a comprehensive approach to conflict from a perspective systemic. The high litigiousness experienced today, as well as the apparent inability of the

judiciary to promote social peace, denote that litigation needs special and systemic attention, which does not neglect its complexity, subjectivity, and instability. As a result, it was found that the NVC is not a tool, nor a technique, but the basis of mediation as a form of intervention in family conflict.

Keywords: Systems thinking / NVC / Mediation / Family conflicts

Sumário: 1. Introdução. 2. A busca pela resolução de disputas com enfoque no conflito: uma atenção necessária. 3. A complexidade do conflito e a dificuldade da sua resolução pelos meios tradicionais: uma visão sistêmica. 4. Comunicação não violenta: base, ferramenta ou método aplicável pela mediação na intervenção de conflitos familiares? 5. Conclusão.

1. Introdução

Entre as várias formas de intervenção no conflito, a mediação se destaca por ser um meio que tem nela própria o objetivo não só de obter um acordo, mas também de recriar os laços ou restabelecer relações mínimas entre aqueles que estão em uma disputa. Contudo, essa intervenção, apesar de guardar nela mesma uma forte tendência a recompor vínculos, necessita de uma abordagem que reconheça que o conflito é sistêmico, ou seja, não pode ser tratado de forma simplista ou generalista. Sendo sistêmico, o seu tratamento, ou a intervenção a ser feita, igualmente deve sê-lo, para que seja de facto alcançada a paz social, objetivo do judiciário. Uma importante diferenciação é necessária para essa compreensão, a qual passa por distinguir o conflito de litígio, o que é feito no primeiro capítulo deste trabalho, ocupando-se inicialmente de denotar que o conflito é a gênese do litígio, vindo antes deste, mas sem com ele se confundir. A partir dessas distinções é possível compreender que, quando ainda no âmbito do conflito, pode-se agir de modo a evitar que esses interesses divergentes se convertam em litígio. Esse obstáculo que impede a mutação do conflito em litígio traz em si duas grandes contribuições, quais sejam, a redução de demandas judiciais e o aumento da possibilidade de alcance da paz social. A análise do conflito, portanto, é necessária para se descobrir a melhor forma de nele intervir.

Em um segundo momento o trabalho se debruça sobre a complexidade do conflito e a necessidade de lhe conferir uma visão sistêmica, em que se buscou

destacar a sua complexidade, subjetividade e instabilidade. A compreensão do conflito não compete apenas a quem o pretende administrar, mas também às partes envolvidas nele. É possível que o responsável por gerir o conflito descubra antes dos opositores o real motivo da disputa, mas é essencial que seus integrantes igualmente tomem ciência.

Com essa percepção, a gestão do conflito se torna mais efetiva, pois além de tratar dos interesses substanciais dispostos na contenda, abordam também as interpretações culturais básicas que o subjazem, assim como também promove autonomia aos opositores, que são parte ativa da construção da solução do conflito.

Na perspectiva dos conflitos familiares, abordado na terceira parte deste trabalho, restou observado que, especialmente em conflitos familiares, a comunicação é atingida diretamente, e, a depender da intensidade do conflito, nem mesmo é possível mantê-la. Isso se revela importante haja vista envolverem laços e vínculos fortes, cuja manutenção se faz necessária para a relação futura desses entes familiares, a saber, por exemplo, da manutenção das responsabilidades parentais, para as quais, excetuadas situações específicas, poderá ser necessária a convivência. Com foco na comunicação, buscou-se analisar, no último tópico, qual o papel da CNV na intervenção de conflitos familiares, chegando-se à conclusão de que esta funciona como base ou plano de fundo das intervenções, razão pela qual não pode ser dispensada ou inobservada, especialmente em conflitos familiares, posto propiciar a criação de um ambiente de paz não só para a resolução da contenda, mas também para o empoderamento das partes.

2. A busca pela resolução de disputas com enfoque no conflito: uma atenção necessária

As formas de intervir em um conflito podem pressupor um passo anterior importante, mas que por vezes é negligenciado ou mal compreendido: o conflito. Antes de entrar propriamente no estudo do conflito é necessária uma diferenciação entre este e o litígio. CRUZ¹ indica que estes termos não são sinônimos, já que o litígio está relacionado ao conflito no âmbito do Judiciário, enquanto o conflito em si é mais abrangente, englobando questões não só judiciais, mas também tantas outras,

¹ ROSSANA MARTINGO CRUZ, *A mediação familiar como meio complementar de justiça*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 25.

a exemplo de contendas nas relações humanas e sociais. De facto, apesar de ser comum o tratamento de ambos os termos como unívocos, apresentam caracterização distinta, cujo conhecimento é importante para lidar com o seu tratamento.

Lidar com o litígio muitas vezes significa a submissão a procedimentos que estão previstos em determinadas legislações, haja vista ter lugar no âmbito de um processo judicial, uma vez que a prática denota uma implicação mais técnica. Já o conflito, apesar de ser importante e recomendada uma formação de base para o seu adequado tratamento, pode ser enfrentado por pessoas comuns, em qualquer situação da vida. Assim, quando o conflito atinge o nível de se manifestar em um litígio, será necessária a aplicação do Direito na sua intervenção². Quanto ao litígio, relembra FREITAS³ que CARNELUTTI o entendia constituído por dois elementos, quais sejam, o conflito de interesses, sendo este o elemento material, e a pretensão-resistência, que seria seu elemento formal. O mesmo autor corrobora o entendimento de que o conflito de interesses não é litígio, mas possui potencial para sê-lo, sendo também certo que o litígio é o resultado da pretensão que se formula em juízo⁴.

Não há uma determinação específica para definir que tipo de conflito será ou não apreciado pelo Judiciário, mas se houver a necessidade desse terceiro com poder de decisão, ali estará instaurado um litígio⁵. Para CALLIZO, “[o] litígio nasce desde o momento em que alguém formula uma pretensão (...) e frente ao mesmo se apresenta uma resistência daquele contra quem se pretende”⁶. ROSS⁷ conceitua conflito como “as ações de duas ou mais partes que disputam pelo controle de materiais escassos ou recursos simbólicos”, conceito também trazido por CALLIZO⁸. PATRÃO⁹ complementa, ainda, que entre o conflito e o litígio há uma distinção sociológica, destacando que todo o litígio está relacionado a um conflito.

² MARIA DEL PILAR CALLIZO, “La necesidad de reconocer el conflicto”, in Juan Enrique Vargas Viancos/Francisco Javier Gorjón Gómez, *Arbitraje y Mediación en las Américas*, Santiago, Chile, CEJA, 2006, pp. 389-400, p. 393.

³ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil. Conceitos e princípios gerais à luz do novo código*, Coimbra, Gestlegal, 2013, p. 59.

⁴ *Ibidem*, p. 60.

⁵ MARIA DEL PILAR CALLIZO, “La necesidad de reconocer el conflicto”, *cit.*, pp. 389-400, p. 393.

⁶ *Ibidem*, p. 393.

⁷ MARC HOWARD ROSS, *La cultura del conflicto*, Buenos Aires, Paidós, 1995, p. 58.

⁸ MARIA DEL PILAR CALLIZO, “La necesidad de reconocer el conflicto”, *cit.*, pp. 389-400, p. 393.

⁹ DULCE LOPES/AFONSO PATRÃO, *Lei da mediação comentada*, 2.^a ed., 2016, Coimbra, Almedina, p. 12.

Enfrentar um conflito sem seu prévio entendimento compromete não só o seu êxito, mas a relação própria que o subjaz, seja ela de cunho social, afetivo ou até mesmo profissional. ROSS¹⁰ defende a ideia de que “as sociedades humanas podem aprender a manejar os conflitos de uma forma muito mais efetiva do que têm feito até agora”, sendo certo que pouca ou nenhuma atenção se dá à conflitolgia.

Outro ponto que merece destaque no estudo do conflito é a entonação pejorativa normalmente vinculada a ele, que geralmente é tratado como algo prejudicial ou trágico, o que merece ser desmistificado. Necessário compreender, por oportuno, que o conflito é um fenômeno comum a todas as sociedades, a todas as épocas e em qualquer de suas manifestações¹¹, assim como também que “todo grupo social supõe, por si só, a existência de interesses díspares que geram confrontos em seu seio; o interesse é o motor das pessoas, mas também é a razão das divisões”¹².

Sendo natural à vida em sociedade e comum a todas as épocas, foi a partir do conflito que advieram as grandes mudanças da humanidade¹³. Destacando o viés positivo do conflito, SIMMEL¹⁴ o vê como “sociação”, ou seja, aquilo que agrega ou promove a unidade, e não como dissociação, fundamentando sua tese no caráter dissociativo das causas do conflito, que se diferem dele próprio. O conflito teria por função, sob essa óptica, obter algum tipo de unidade ante os fatores de dissociação¹⁵, considerando que tanto a unidade como a discordância são tipos de interação.

“Há um mal-entendido, segundo o qual um desses dois tipos de interação desfaz o que outro constrói, e que aquilo que eventualmente fica é o resultado da subtração dos dois (enquanto na realidade deve ser mais propriamente designado como o resultado de sua soma)”, diz SIMMEL¹⁶.

Dessa forma, expõe o autor que “provavelmente não existe unidade social onde correntes divergentes e convergentes não estão inseparavelmente entrelaçadas”¹⁷,

¹⁰ MARC HOWARD ROSS, *La cultura del conflicto*, cit., p. 11.

¹¹ EDUARD VINYAMATA, “Comprender el conflicto y actuar educativamente”, in Eduard Vinyamat et al., *Aprender del conflicto. Conflictología y educación*, Barcelona, Graó, 2003, pp. 9-27, p. 24.

¹² MARIA DEL PILAR CALLIZO, “La necesidad de reconocer el conflicto”, cit., pp. 389-400, p. 393.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ GEORG SIMMEL, “A natureza sociológica do conflito”, in Evaristo Moreas Filho, *Sociologia*, São Paulo, Ática, 1983, pp. 122-134, p. 122.

¹⁵ *Ibidem*, p. 122.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*, p. 127.

assim como também deixa claro que, sem protestos, “a opressão costuma aumentar”¹⁸. Como afirma ROSS, o conflito, por si só, não é de todo ruim, “ao contrário, o problema reside numa gestão ineficaz do conflito, que tem como consequência altos custos sociais e humanos”¹⁹.

Os altos custos, cuja atenção é chamada por ROSS, não são puramente econômicos, como indica CALLIZO²⁰, e podem corresponder desde o rompimento de relações familiares até guerras civis. A simples escolha da escola dos filhos pode gerar um conflito que, se mal manejado, pode se unir a outros pequenos conflitos do dia a dia, implicando decepções, insatisfações e ressentimentos, causando aos envolvidos no conflito a perda da confiança para enfrentar outros conflitos posteriores²¹, agravando a situação, que unida a outros conflitos igualmente tratados de forma insatisfatória podem levar a um divórcio. De forma contrária, sendo gerido de maneira apropriada, prepara para as situações futuras, podendo levar ao crescimento da relação.

A visão negativa ou pejorativa do conflito restringe, como todo o estigma, e torna mais difícil o seu aproveitamento, afetando o seu desfecho. Nesse aspecto, inclusive, é um erro buscar a paz social com a ideia de que é possível uma sociedade sem conflitos, já que estes emanam das próprias relações sociais.

Nesse caso, a vida em comunidade é pressuposto da sociedade, pelo que o foco da busca pela paz social, portanto, não pode estar voltado para a prevenção do conflito, posto que impossível, mas sim para o seu manejo. Nas palavras de CALLIZO²², o objetivo da ordem social não é o desaparecimento do conflito, mas sua administração racional e conveniente, de modo a controlá-los para não aumentar seus níveis, garantindo um grau razoável de equilíbrio nas relações.

Ocorre que, sob o ponto de vista de ROSS²³, a cultura popular de violência está enraizada e é repassada e transmitida às novas gerações desde a música, até a televisão e o cinema, representando um resumo da violência encontrada no sistema legal. A mediação e a negociação, por sua vez, não são estimuladas enquanto práticas de resolução conjunta de problemas, sendo, ao contrário, vistas como símbolo

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ MARC HOWARD ROSS, *La cultura del conflicto*, cit., p. 11.

²⁰ MARIA DEL PILAR CALLIZO, “La necesidad de reconocer el conflicto”, cit., pp. 389-400, p. 393.

²¹ *Ibidem*, p. 392.

²² MARIA DEL PILAR CALLIZO, “La necesidad de reconocer el conflicto”, cit., pp. 389-400, p. 390.

²³ MARC HOWARD ROSS, *La cultura del conflicto*, cit., p. 12.

de debilidade e fraqueza²⁴. Nesse caso, o que se observa é que o conflito natural, aquele advindo da vida em sociedade, promotor de mudanças e crescimentos, vem sendo inflamado pela cultura da violência e por ela transformado. De tantos fatores apontados como causas de um conflito, o que chama a atenção é a forma como ele se manifesta, muitas vezes agressiva, o que eleva a sua capacidade destrutiva, que também existe, e exige muito mais daquele que se dispuser a manejá-lo.

Nesse sentido, VINYAMATA²⁵ destaca que as formas de resolução de um conflito podem ser muito mais ricas e plurais, e não passam necessariamente pelos métodos convencionais de tentativas de compor positivamente uma contenda. Contudo, a ausência de uma visão voltada para o conflito, não com o intuito de erradicá-lo, mas de compreendê-lo para melhor administrá-lo, acarreta consequências graves para a sua transformação em algo positivo, notadamente por limitar a contribuição que poderia ser ofertada àqueles que buscam soluções efetivas para suas questões, as quais podem evoluir para quadros mais graves e de maior dificuldade de resolução²⁶.

Essa visão corrobora o entendimento de VINYAMATA²⁷, para quem o conflito possui várias origens e diferentes causas, que perpassam desde a desorientação e dissociação da percepção que temos de nós mesmos e dos que estão ao nosso redor, até situações de desastre e injustiça social, sem mencionar as questões biológicas e situações de *stress*. Para o autor, sendo variadas as causas e origens do conflito, diferentes deveriam ser as formas de intervenção a serem realizadas, o que pressupõe o seu conhecimento, de modo a aferir qual a melhor forma de intervir para resolvê-lo, promovendo uma ajuda efetiva e de modo a reduzir ao máximo as consequências negativas do conflito²⁸.

De facto, os conflitos de origem familiar, por exemplo, são diferentes dos conflitos civis, que igualmente diferem dos conflitos trabalhistas e criminais. Citando a mediação (entre as várias outras formas de intervenção no conflito) na Europa, é possível observar que há um tratamento diferenciado para os distintos conflitos. É o que acontece, por exemplo, em Portugal, onde há formação específica para os mediadores a depender da modalidade do conflito. Apesar de parecer simples

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ EDUARD VINYAMATA, “Comprender el conflicto y actuar educativamente”, pp. 9-27, p. 24.

²⁶ MARC HOWARD ROSS, *La cultura del conflicto*, cit.

²⁷ EDUARD VINYAMATA, “Comprender el conflicto y actuar educativamente”, pp. 9-27, p. 24.

²⁸ *Ibidem*.

essa necessidade de distinção, ainda persiste uma visão generalista do conflito, o que pode ser notado na mediação que acontece no Brasil, por exemplo, em que o mesmo mediador que atua na resolução de um conflito de trânsito atua também na intervenção de conflitos familiares.

Para além dessa essencial diferenciação, retome-se a necessidade de aferir a origem do conflito e sua intensidade, inclusive para identificar se é possível intervir positivamente naquela contenda. Para tanto, faz-se mister compreender que o conflito é complexo e, como tal, deve ser explorado em todos os seus âmbitos, o que instiga a busca por uma visão sistêmica do conflito.

3. A complexidade do conflito e a dificuldade da sua resolução pelos meios tradicionais: uma visão sistêmica

Os meios tradicionais de resolução de conflitos, especialmente os ofertados pelo Judiciário, podem não ser eficientes na busca pela paz social, ou mesmo para resolução dos conflitos para os quais se dispõe. Isso se dá especialmente em razão do paradigma cartesiano, sendo este o dominante, o qual possui três pressupostos básicos: a simplicidade, a estabilidade e a objetividade²⁹, os quais são base para as legislações e demais disposições oriundas do Judiciário. Sendo gerais e abstratas, as leis devem possuir um caráter generalista, o qual se mostra insuficiente para penetrar nas especificidades e na concretude dos conflitos, por não considerar a subjetividade a ele imanente.

Para VASCONCELLOS³⁰, há uma ciência novo-paradigmática emergente, chamada de sistêmica, cujos pressupostos não correspondem mais aos anteriores, que deram lugar à complexidade, instabilidade e intersubjetividade. Acerca da complexidade, esta constitui-se por “um número muito grande de unidades, com uma enorme quantidade de interações”³¹; sobre a instabilidade, destaque-se a imprevisibilidade e incontrolabilidade de muitos eventos, os quais não são passíveis de se determinar³²; finalmente, a intersubjetividade redefine a objetividade enquanto paradigma da ciência, substituindo “a preocupação com a verdade pelo

²⁹ MARIA JOSÉ ESTEVES DE VASCONCELLOS, *Pensamento sistêmico. O novo paradigma da ciência*, 11.ª ed., Editora Papirus, Campinas, SP, 2018, p. 69.

³⁰ *Ibidem*, p. 109.

³¹ *Ibidem*, p. 110.

³² *Ibidem*, pp. 128-129.

reconhecimento de múltiplas verdades, de diferentes narrativas (...)”³³, denotando uma importante colocação da linguagem.

Voltando esse olhar sistêmico para o conflito, tem-se que a sua análise está relacionada à atenção que se dá aos objetivos concretos buscados pelos que o compõem, observando-se, com igual importância, as interpretações que estes fazem do que está sendo disputado. Isso porque entre os antagonistas há, em muitos casos, temas ocultos ou não completamente revelados ou conhecidos pelo outro, o que dificulta a real percepção do que está sendo discutido, assim como também outros fatores internos, que podem estar por trás do conflito aparente. De acordo com ROSS³⁴, “[a] maioria das vezes o assunto em controvérsia é o ponto focal de soterradas diferenças das que os antagonistas só têm um conhecimento parcial”. GORETTI³⁵ ressalta que um dos requisitos de um gestor de conflitos é a sua sensibilidade e capacitação técnica específica, as quais o levarão a identificar os elementos revelados e velados. Esses aspectos não revelados pelos atores do conflito compõem a dimensão subjetiva, e são tão importantes quanto os que são declarados.

Para ROSS³⁶, quando essas diferenças são ignoradas, há uma grande possibilidade de virem à tona novamente no futuro, o que traz à luz a noção de que, para se manejar de modo efetivo um conflito, não basta fazer ficar restrito ao que se mostra, negligenciando o que está oculto³⁷. GORETTI³⁸ aponta igualmente que a não realização do diagnóstico do conflito é um dos motivos pelos quais muitos conflitos são geridos de forma inadequada. Nesse contexto, o autor destaca que essas particularidades individualizam o conflito, o que, de facto, faz dele único e distinto de qualquer outro, ainda que da mesma natureza. Aqui fica clara a importância da compreensão do conflito para a sua eficiente solução. Ignorar a individualidade do conflito, ou mesmo a sua natureza, sem o cuidado de observar

³³ *Ibidem*, p. 141.

³⁴ MARC HOWARD ROSS, *La cultura del conflicto*, cit., p. 19.

³⁵ RICARDO GORETTI, *Gestão adequada do conflito*, Salvador, JusPodvim, 2019, p. 59.

³⁶ MARC HOWARD ROSS, *La cultura del conflicto*, cit., p. 19.

³⁷ Marimon e Vilarrasa, em uma outra abordagem acerca do conflito, falam da importância das emoções e como estas são, muitas vezes, as causas principais dos conflitos interpessoais. Os autores justificam, a partir desse entendimento, que todo aprendizado de resolução de conflito deve passar por um aprendizado emocional, de modo a compreender que emoções nos afetam, de que maneira o fazem e como reagimos a elas – GENOVEVA SASTRE VILARRASA/MONTSERRAT MORENO MARIMON, *Resolución de conflictos y aprendizaje emocional: Una perspectiva de género*, 2.^a ed., reimp., Gedisa, 2002, p. 64.

³⁸ RICARDO GORETTI, *Gestão adequada do conflito*, cit., p. 53.

se de facto corresponde ao que está aparentemente sendo discutido, além de não resolver a contenda, aumenta a possibilidade de reincidência, observando-se que a reiteração dos conflitos, cujo pano de fundo seja a mesma causa que não foi desvelada na tentativa de solução anterior, pode ser ainda mais gravosa, ante o acúmulo de ressentimentos.

Em um entendimento parecido, FRIEDMAN e HIMMELNSTEIN³⁹ apontam que um conflito pode ser melhor resolvido quando se descobre o que está por baixo dele. Isso porque, segundo os mesmos autores, as crenças, suposições, sentimentos e até mesmo a necessidade de atribuir a culpa a alguém estão relacionados a um aspecto importante do conflito, que é a sua dimensão subjetiva.

Essas diferenças mencionadas pelo autor podem ter um cunho pessoal, como nas relações familiares, mas também podem estar relacionadas a algo muito mais profundo. ROSS⁴⁰, citando Avruch y Black, diz que a cultura do conflito, isto é, a particular constelação de normas, práticas e instituições de uma sociedade, exerce influência sobre os motivos pelo que as pessoas e a comunidade que formam lutam. Essa influência também é observada nos meios utilizados para o alcance dos objetivos pelos quais disputam, os quais foram culturalmente aprovadas, assim como também nos próprios recursos institucionais configuradores do curso e dos resultados dos enfrentamentos.

No seguimento de sua teoria do conflito, ROSS⁴¹ esclarece que este é composto por uma conduta interpretativa e por disposições psicoculturais⁴² que atuam como um filtro através do qual se compreendem as ações. Essas disposições são um padrão, e são replicadas no tratamento dos demais, que o aprendem e repassam como aprendizado para as próximas gerações, e assim sucessivamente, sendo aceites pela sociedade como condutas culturais.

³⁹ GARY FRIEDMAN/JACK HIMMELSTEIN, "Resolving conflict together: the understanding-based model of mediation", in *Journal of Dispute Resolution* [em linha], vol. 2006, n.º 2 (2006), disponível em https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jdisres2006&div=31&g_sent=1&casa_token. pp. 523-554, p. 524 [consulta 19/10/2021].

⁴⁰ MARC HOWARD ROSS, *La cultura del conflicto*, cit., p. 20.

⁴¹ *Ibidem*, p. 31.

⁴² "As explicações psicoculturais do conflito expressam as diferenças interculturais na conduta do conflito e o faz baseando-se nas causas da ação arraigada em imagens e percepções do mundo externo culturalmente compartilhadas. Essas disposições formam a base de um marco interpretativo que influi poderosamente em como os indivíduos e os grupos entendem dos demais e reagem perante elas." – MARC HOWARD ROSS, *La cultura del conflicto*, cit., p. 19.

Em razão dessa replicação contínua, as condutas são moldadas e preparadas para o enfrentamento de situações futuras, que receberão a mesma abordagem comportamental. É por isso que, ainda que os conflitantes não sintam dificuldade em expressar as bases objetivas do conflito em que estão inseridos, é possível que exista, contudo, uma significativa quantidade de diferentes padrões culturais de respostas que podem ser utilizadas em face da mesma ação provocadora. “Esta reflexão nos diz que as situações objetivas por si só não causam o conflito, as *interpretações* de tais situações também desempenham um papel transcendental”⁴³.

Adotando o conceito de ROSS, para quem o conflito ocorre quando as partes se acham em desacordo quanto à distribuição de recursos materiais ou simbólicos e atuam movidas pela incompatibilidade de objetivos ou por uma profunda divergência de interesses, é possível fazer a conexão com o conflito enquanto comportamento cultural. Nessa perspectiva, ROSS⁴⁴ indica que o conflito e a cooperação ocorrem em assentamentos culturais específicos. Para a compreensão dessa visão do conflito, importa destacar que o autor entende por cultura “determinadas práticas e valores comuns a uma sociedade em particular que vive em um lugar perfeitamente delimitado”⁴⁵.

Para o autor, é a cultura que define o que as pessoas valoram e o que as faz entrar em conflito, assim como também aponta quais as formas mais adequadas de se portar perante cada situação-problema, além de configurar as instituições em que essas controvérsias serão processadas⁴⁶. É a cultura, portanto, que pronuncia o que as pessoas que vivem naquela sociedade consideram que tem valor e o que é digno de luta.

Com relação à conduta interpretativa que compõe o conflito, a qual constitui um componente importante da controvérsia, ROSS⁴⁷ destaca que mesmo que os protagonistas de uma disputa digam com certeza que sabem exatamente a razão do conflito, na verdade eles não sabem, já que as partes nem sempre estão de acordo sobre o que versa conflito. Neste sentido, FRIEDMAN e HIMMELSTEIN⁴⁸ igual-

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 20 e 44.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 45.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 100.

⁴⁸ GARY FRIEDMAN/JACK HIMMELSTEIN, “Resolving conflict together: the understanding-based model of mediation”, *cit.*, pp. 523-554, p. 524.

mente destacam a importância da compreensão, pelas partes, dos reais motivos do conflito, já que é a partir dessa compreensão que poderão construir a capacidade de moldar uma solução que reflita os interesses pessoais, comerciais e econômicos de ambos.

Compreender o conflito é, portanto, um passo relevante na sua intervenção, especialmente quando este já alcançou o nível de litígio, o que exige daqueles que vão manejá-lo a consciência de que o seu objetivo não é o fim do conflito, e que negligenciar suas reais causas não trará uma solução efetiva para os contendores, que poderão retomar o comportamento conflituoso ao surgir o menor atrito. Gerenciar adequadamente o conflito é mais que simplesmente pôr-lhe um fim; é preparar as partes para extrair o melhor dos próximos, que certamente virão.

Para o alcance desse objetivo há algo de relevante que merece ser discutido para além da compreensão do conflito e da sua complexidade, ou mesmo da sua forma de resolução. Esse enfoque está voltado para a comunicação com esses antagonistas, de modo a melhor guiá-los no caminho da controvérsia, surgindo, nesse sentido, a necessidade de uma abordagem apaziguadora, a qual entendemos deve estar presente em todo o processo de composição da contenda.

4. Comunicação não violenta: base, ferramenta ou método aplicável pela mediação na intervenção de conflitos familiares?

Cabe-nos, nesta oportunidade, analisar a aplicabilidade da comunicação não violenta para a promoção da pacificação das partes envolvidas em conflitos familiares. Importa, por isso mesmo, destacar que os conflitos familiares, como diz SIMMEL⁴⁹, são do tipo peculiar, ou *sui generis*:

“Sua causa, sua acentuação, sua propagação a não participantes, sua forma, assim como sua forma de conciliação, são exclusivas e não podem ser comparadas a traços correspondentes de outros conflitos, porque a rixa familiar se dá com base em uma unidade orgânica que se desenvolve através de milhares de conexões internas e externas”.

Em razão desta peculiaridade, a qual confere ao conflito familiar em si várias causas distintas, é claro que as diferentes realidades familiares geram conflitos igualmente diferentes, o que os tornam únicos, impassíveis de serem resolvidos

⁴⁹ GEORG SIMMEL, “A natureza sociológica do conflito”, *cit.*, pp. 122-134, p. 145.

por meios gerais. Se considerarmos apenas a mediação, ter-se-á um universo de possibilidades a serem exploradas para a resolução dos conflitos dessa natureza, a saber, pelas várias abordagens disponíveis a depender das escolas de mediação⁵⁰. Some-se a isso o facto de que esse tipo de contenda atravessa circunstâncias de maior ou menor gravidade, que podem ter por consequência desfechos indesejáveis e que causem grande insatisfação.

Neste aspecto, para fins de identificação da intensidade dos conflitos familiares, relacionando-os com a comunicação entre os litigantes, buscamos indicá-los como de *(i)* baixa, *(ii)* média, *(iii)* elevada e *(iv)* grave intensidade, respetivamente descritos como *(i)* os de pequena tensão, sendo ainda possível estabelecer uma comunicação pacífica; *(ii)* os de tensão em ascendência, estando presente uma maior dificuldade de comunicação; *(iii)* os de tensão já elevada, sem sequer haver comunicação com a outra parte; e, finalmente, *(iv)* os de grave intensidade, em que a comunicação, além de não existir, revela-se perigosa para uma ou ambas as partes.

É possível observar que a comunicação, enquanto importante componente das relações familiares, é atingida ou abalada quando se vivencia um conflito. Daí ressaltar que reestabelecer a comunicação é um passo relevante para a resolução da contenda, cujo alcance também se dará pela mesma via comunicativa. Mencione-se, neste contexto, a necessidade de considerar a subjetividade, a complexidade e a instabilidade, apontadas como pressupostos do paradigma sistêmico, para se proceder com o restabelecimento desta comunicação.

O exercício deste movimento comunicativo tem de ser diferente daquele que estamos acostumados a vivenciar nos processos judiciais, nos quais, quem observa, julga, decidindo quem está certo e quem está errado, colocando sempre as partes em estado de oposição, uma contra a outra. Isso importa, pois, para a CNV, o primeiro passo a ser seguido é o da observação sem julgamento, sendo este o papel do mediador.

Deve-se considerar, ainda, que o conflito familiar também é sistêmico, e, como tal, deve ser tratado por meio de uma abordagem sistêmica. Quem está no conflito, imprime no fenômeno observado toda a sua vivência, afluindo a sua observação com os juízos de valor advindos da sua subjetividade. A complexidade das

⁵⁰ Mencione-se as três principais escolas, quais sejam, a escola de Harvard, a transformativa e a circular-narrativa (MAGALI FREIRE VERÍSSIMO, “Mediação escolar – um projecto de intervenção na UMUM Natureza, função e actores implicados”, disponível em https://www.iscap.pt/cei/e-rei/n4/artigos/Magali-Verissimo_Mediacao-Escolar-Um-projecto-de-intervencao-na-UMUM.pdf [consulta 19/10/2021]).

origens e dos reflexos do conflito e a instabilidade das relações não podem ser tratadas pela simplicidade dos instrumentos jurídicos para resolvê-las. Neste aspecto, a CNV se apresenta como uma linguagem dinâmica e desestimuladora de generalizações estáticas⁵¹.

Está aqui revelada a necessidade de um tratamento adequado às demandas familiares, notadamente ao atentarmos para o facto de que a eventual extinção da demanda não põe, necessariamente, fim ao conflito. Percebe-se que, ainda que concluído o processo judicial, não resta ali configurado o apaziguamento entre os opostos, tampouco a paz social, como anseia o ordenamento jurídico. Isto porque o tratamento oferecido pelo judiciário, enquanto defensor de direitos e promotor de justiça, não possui uma visão sistêmica do conflito, necessária para compreender a sua origem e os seus reflexos, como já abordado alhures.

Ocorre que, para que seja possível o que chamamos de “tratamento adequado do conflito”, para além de observar sua natureza e intensidade, bem como as possíveis abordagens a serem utilizadas, acreditamos ser igualmente importante a análise da comunicação ou linguagem a ser utilizada neste processo de pacificação. Em uma outra perspectiva, a utilização desta comunicação para com os atores do conflito pode evidenciar que eles próprios poderão valer-se dela para que consigam gerir melhor as suas contendas no futuro.

Esta comunicação se baseia nos princípios da Comunicação Não Violenta (CNV), a qual se revela como uma abordagem de comunicação que consiste em falar e ouvir, estabelecendo uma ligação consigo mesmo e com os outros⁵². Ao desenvolver a sua teoria, ROSEMBERG se baseou na aceção conferida por Gandhi, a “não-violência”, que diz respeito ao estado natural de transcender os interesses próprios e voltar-se para o bem do outro. Há uma importante base da CNV que nos interessa para esta discussão, a qual é tratada por ROSEMBERG como “compassivade”, para quem a compreensão do estado emocional de outra pessoa reduz ou anula a possibilidade de praticar violência. Além disso, considerando que a violência não será necessariamente física, mas também verbal, emerge a necessidade de uma “consciência da possibilidade de um tipo de comunicação que não passa pela coerção”⁵³.

⁵¹ MARSHALL B. ROSEMBERG, *Comunicação não-violenta: Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*, São Paulo, Ágora, 2006, p. 50.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*, p. 31.

A despeito de a CNV ter hoje aplicabilidade em diversos âmbitos da vida, seja nas relações pessoais, educacionais, profissionais ou de qualquer outra natureza, o que se pretende compreender aqui, como já dito, é a sua aplicabilidade na promoção da pacificação das partes envolvidas em conflitos familiares. Se considerarmos que a linguagem jurídica utilizada no curso de um processo, ou até mesmo em audiências, é, para muitos, incompreensível, iremos nos deparar com um tipo de violência exercida através do poder da linguagem, em que quem tem esse poder determina o que vai acontecer e quem não o detém, obedece.

É possível que a replicação desse tipo de violência se dê nas sessões de mediação, as quais, ao invés de promover a pacificação dos litigantes – neste caso aqueles cujos vínculos importam para a saúde da relação futura –, aumentam os espaços existentes entre eles, distanciando-os e agravando o conflito. Vê-se, desse modo, que a linguagem importa e a comunicação estabelecida com e entre as partes faz diferença para a sua resolução.

As discussões acerca da comunicação não violenta normalmente são pautadas em sua utilização como ferramenta ou método em determinadas situações. Segundo o dicionário brasileiro *Aurélio*, “ferramenta”⁵⁴ significa, em um segundo conceito, “qualquer instrumento que se usa para a realização de um trabalho”⁵⁵. No sentido figurado, o mesmo dicionário aponta ferramenta como “meio”⁵⁶, pelo que destacamos que os dois sentidos podem ser associados ao uso da CNV em vários âmbitos. Ocorre que tratar a CNV como ferramenta pode limitar as suas possibilidades, já que o termo pode sugerir que, a depender do caso, a CNV será ou não utilizada. Isto implicaria outro problema, que seria averiguar em quais situações se utilizaria esta ferramenta e em quais situações ela não seria empregada. O risco desta posição é considerável, dada a dificuldade limitante de utilização da CNV em um momento posterior quando o procedimento já começou sem ela.

Verificando, por outro lado, a terminologia método, tem-se que este mais se aproxima do sentido que se busca verificar neste trabalho, apesar de não atender

⁵⁴ A mesma palavra no dicionário português ostenta definição semelhante, sendo definida em seu primeiro conceito como “instrumento ou utensílio empregado numa arte ou ofício”. No sentido figurado, o mesmo dicionário diz que se trata de “meio que se emprega para realizar determinado objetivo; instrumento” (dicionário *Porto Editora*, disponível em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/ferramenta> [acesso em 16/6/2023]).

⁵⁵ *Dicionário Aurélio Digital*, disponível em <https://www.dicio.com.br/ferramenta/> [acesso em 16/6/2023].

⁵⁶ *Ibidem*.

exatamente à amplitude que entendemos estar presente na CNV. No dicionário *Aurélio*, “método” pode ser um modo utilizado para se alcançar alguma coisa, caminho pelo qual se atinge um objetivo, modo de proceder, maneira de agir, meio e, no sentido figurado, prudência, circunspeção, modo judicioso de proceder e ordem^{57/58}. Novamente se incorre no mesmo risco que percebemos no uso da terminologia ferramenta. Se a CNV é um caminho, um meio, uma maneira de agir, igualmente poderia se colocar como opção ou como uma submissão ao crivo de quando poderia ser ou não seguida.

É por esta razão que entendemos que a CNV não é uma ferramenta ou método, e, por isso mesmo, não pode ser utilizada como tal. A CNV é mais um pressuposto básico, um plano de fundo à frente do qual devem ser realizadas as intervenções, especialmente na seara dos conflitos familiares. Enquanto base, não se pode questionar se a construção do trabalho do mediador terá ou não de ser feita sobre este alicerce. O uso das técnicas, das abordagens, independentemente da escola que se pretenda ter por parâmetro, passa por uma comunicação. Um fator complicador desta realidade é a ambiência dos mediados, os quais advêm de estruturas de dominação⁵⁹, cuja dinâmica comunicativa se afasta da pregada pela CNV. Contudo, é possível a construção de uma nova estrutura, desta feita baseada nos princípios da não-violência, os quais, por sua vez, tanto serão utilizados por aqueles que realizarão a mediação, como também deverão ser repassados aos atores do conflito, de modo a formá-los para melhor lidarem com suas futuras contendas.

5. Conclusão

O conflito não pode ser analisado a partir de uma única perspectiva, assim como também não se mostra salutar que o seu tratamento seja embasado no paradigma dominante, o qual se pauta na simplicidade, na objetividade e na estabi-

⁵⁷ *Dicionário Aurélio Digital*, disponível em <https://www.dicio.com.br/metodo/> [acesso em 16/6/2023].

⁵⁸ No dicionário *Porto Editora* são apresentadas sete definições, sendo a que mais se aproxima do sentido aqui utilizado é a que define método como “maneira ordenada de fazer as coisas; ordem. Estratégia; modo de proceder; esforço para atingir um fim”.

⁵⁹ MARSHALL B. ROSENBERG, *Comunicação não-violenta: Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*, cit., p. 30.

lidade. O reconhecimento de que o conflito precisa de uma abordagem sistêmica é um passo a ser dado para que seja possível a sua gestão de forma efetiva, especialmente nos conflitos de origem familiar, cuja intensidade também se relaciona aos graus de comunicação possíveis.

Neste aspecto, a mediação se apresenta como uma das formas de intervenção no conflito, cuja utilização é guiada pelas escolas de mediação, mas sem a análise da posição da comunicação não violenta, se como técnica, ferramenta ou base das intervenções de conflitos familiares. Identificou-se que, enquanto indispensável, não podendo a sua utilização ser vinculada ao desejo do mediador, a Comunicação Não Violenta pode ser entendida como plano de fundo das intervenções de conflito familiares, não podendo delas se desvincular, já que o objetivo principal da mediação não está pautado no acordo, mas sim no restabelecimento dos laços ou na manutenção de um mínimo básico para a convivência dos atores do conflito, o que só poderá ser alcançado por meio da restituição às partes do seu poder de comunicação entre si.

Contributo “cosmopolita” para o estudo das singularidades metodológicas jurídico-administrativas

Ricardo Sousa da Cunha

Professor do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave

Resumo: A vinculação administrativa ao Direito suscita desafios metodológicos particulares colocados a partir do princípio da separação de poderes para o cumprimento administrativo do princípio da legalidade, em especial com referência à definição do Direito aplicável, à fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis, bem como à sua implementação discricionária. Os desafios aqui encontrados são cada vez mais *globais*, comparados entre diferentes sistemas jurídicos, assim como são cada vez mais cosmopolitas com a abertura supraestadual do sistema de fontes de direito administrativo. Interessa aqui enunciar tanto as singularidades da vinculação administrativa ao Direito, como avaliar as novidades mais recentes impostas pela sua abertura *cosmopolita*.

Palavras-chave: Metodologia jurídica / Separação de poderes / Constituição / Direito administrativo / Direito da União Europeia

Abstract: Administrative abidingness to the Law raises particular methodological challenges based on what the principle of separation of powers establishes for administrative compliance with the principle of legality, in particular with reference to the definition of the applicable Law, the administrative control of the constitutionality of the laws, as well as its discretionary implementation. The challenges encountered here are increasingly *global*, compared between different legal systems, just as they are increasingly cosmopolitan with the supra-state opening of the system of sources of administrative law. This paper aims to enunciate both the singularities of administrative binding to the Law as to evaluate the most recent novelties imposed by its *cosmopolitan* openness.

Keywords: Legal methodology / Separation of powers / Constitutional Law / Administrative Law / European Union Law

1. Introdução

As singularidades próprias da *função administrativa* sujeita ao cumprimento do princípio da legalidade – “*subordinados à Constituição e à lei*”, nos termos do n.º 2 do art. 266.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP ou Constituição) – são colocadas entre a “*prossecação do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*”, no n.º 1 do art. 266.º. Aqui se revela uma tensão entre direitos dos cidadãos e interesse público, que LUCAS PIRES havia já remetido para o cumprimento constitucional de “objetivos anteriormente contraditórios, liberdade e segurança, alternatividade e estabilidade, mudança e ordem, soberania individual (cidadania) e soberania estatal”¹.

A revisão do Código do Procedimento Administrativo (CPA), em 2015, não deixou de ter em conta estes desafios em torno da cada vez mais complexa vinculação administrativa ao Direito², em especial, na nova configuração do art. 3.º relativo ao princípio da legalidade administrativa. Esta nova referência do n.º 1 do art. 3.º do novo CPA determina que órgãos da Administração Pública devem obediência, não apenas “*à lei*”, que aqui se presume incluir já a Constituição, como resulta do n.º 2 do art. 266.º do próprio texto constitucional, mas também *as diferentes fontes de Direito vigentes no ordenamento jurídico nacional* – construídas como um cada vez mais complexo e rico bloco de juridicidade. São, por isso, também diversas as referências no novo CPA ao direito da União Europeia e serão inegáveis os desafios suscitados pelo Direito Internacional, como pelo direito comparado, que aqui se referirão. No entanto, esta vinculação, nos termos do referido n.º 1 do art. 3.º, é feita ao “*direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins*”, numa previsão que acrescenta, de forma muito significativa, ao texto constitucional. Esta referência identifica os desafios metodológico colocados aos órgãos administrativos na definição de uma cada vez mais complexa vinculação a um cada vez mais complexo mundo jurídico – que inclui não apenas a, cada vez mais rica, legislação vigente, mas também o “Direito” e que acontece dentro de uma muito particular configuração (constitu-

¹ FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução do Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 5.

² Apesar das críticas formuladas a partir da teoria normativista por DAVID DUARTE, “Alguns problemas de teoria do direito no novo Código do Procedimento Administrativo”, in *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / Lisbon Law Review*, LVIII, 2017/1, pp. 19 a 34.

cional) “dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins”.

Os desafios metodológicos a partir daqui colocados à Administração Pública não são menos relevantes do que aqueles colocados aos demais poderes separados; empiricamente, podem até revelar-se mais decisivos pelo mais fácil trânsito em julgado administrativo, mesmo que venham sendo desigualmente estudados. Na resposta a estes mesmos desafios, os poderes na definição das condições de vinculação administrativa ao Direito são diferentes desde a escolha do Direito aplicável, seguido da solução de antinomias até, finalmente, à sua aplicação discricionária³ – interessa aqui descobrir se contingentes ou não. O *princípio da separação de poderes*, no cerne da revolução constitucional, é, assim, também o ponto de partida para a caracterização das especificidades metodológicas próprias de cada função estadual⁴. A norma pela qual os diferentes poderes são acometidos pela Constituição ao cumprimento de finalidades específicas num particular sistema de equilíbrios é, assim, construída como decisiva *norma de competência*⁵ com variáveis consequências nas condições de cumprimento do princípio da legalidade. A referida ponderação das condições administrativas de vinculação ao Direito, colocada entre o “interesse público” e os “direitos e interesses dos cidadãos”, não é certamente a mesma que orienta os Tribunais, no exercício da função jurisdicional, nos termos do n.º 1 do art. 202.º, como “*órgão de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo*”, nem o legislador, apesar da omissão constitucional de uma norma relativa às condições de vinculação do legislador ao Direito e à Constituição. Não obstante essa falta, as diferentes condições de cumprimento do princípio da legalidade pelos poderes separados intuem-se da CRP, apesar da omissão de uma disposição como aquela que se encontra no n.º 3 do art. 20.º da Constituição Federal Alemã pelo qual o legislador se encontra vinculado ao cumprimento da ordem constitucional, enquanto o poder executivo e o judicial se encontram vinculados à lei e ao Direito, admitindo, pois, diferentes modalidades de controlo da legalidade e da constitucionalidade (*Rechtfindung contra legem intra*

³ O problema do exercício discricionário dos poderes administrativos merece, pela sua relevância, tratamento autónomo.

⁴ Sobre a metodologia jurídica, vide JOSÉ LAMEGO, *Metodologia Jurídica*, Coimbra, Almedina, 2021, *maxime* pp. 237 e segs., e, em especial, sobre a relevância constitucional, pp. 293 e segs.

⁵ PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas: o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos*, Lisboa, AAFDL, 2019, pp. 58 e segs.

ius). O exercício aqui empreendido parte de um “universalizável” princípio constitucional de separação de poderes⁶ que, comparativamente, resulta numa “soma-zero”, variável em função das comparáveis reservas de cada uma das funções estaduais. Mesmo a ambição de qualquer sistema normativo “construir sentido” através de relações normativas de pertinência⁷ não é imune aos argumentos de direito estrangeiro, assim introduzidos pelo direito comparado na “tradução” de uma cada vez mais presente e relevante relação entre sistemas jurídicos comparados⁸.

2. A abertura do sistema de fontes de direito administrativo

A ideia de “legalidade”, a que se encontram vinculados os órgãos administrativos, tem sofrido importantes alterações desde a originária previsão constitucional. O *princípio do primado da lei*, pelo qual a lei enquanto ato legislativo do Parlamento representativo da Nação soberana teria primazia sobre todas as outras manifestações da vontade do Estado, tem-se atualmente convolado num *princípio da precedência de lei* pelo qual não é apenas limite (negativo) à ação do Estado (nomeadamente administrativa) mas seu pressuposto (positivo). Do mesmo modo, o *princípio da reserva de lei*, pelo qual se reservavam também aos Parlamentos representativos do Estado Liberal a disciplina de certas matérias, atualmente, tem-se convertido num *princípio de essencialidade da lei*, pelo qual se exige que apenas o essencial destas matérias conste da previsão legal das matérias fundantes da comunidade política.

Cada vez mais os órgãos executivos assumem funções legislativas à luz das necessidades de eficiência da ação do Estado, bem como outras fontes de Direito vinculam a Administração Pública, com o que se determina a necessidade de observar todo um bloco de normatividade que determina a emergência de um *princípio de juridicidade* que vincula toda a ação administrativa⁹. Esta pluralidade de

⁶ BRUCE ACKERMAN, “The Rise of World Constitutionalism”, in *Va L Rev*, 87 (1997), pp. 773 e segs.

⁷ RICARDO SOUSA DA CUNHA, “A argumentação jurídico-constitucional comparada sobre hierarquia normativa”, in *e-BLJ*, Ano 3 (2020), pp. 178-200.

⁸ RICARDO SOUSA DA CUNHA/FABIANO BASTOS GARCIA TEIXEIRA, “Uma perspectiva jurídico-comparada sobre o princípio da legalidade administrativa”, in Maria Tereza Fonseca Dias (org.), *Direito Administrativo Comparado e Contratualização Pública: transformações contemporâneas e revisão de paradigmas*, Belo Horizonte, Expert Editora, 2022, pp. 91 e segs.

⁹ Para mais desenvolvimentos, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS/FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 26 e segs.

fontes de Direito a que se acha vinculada a Administração Pública, naturalmente, gera antinomias normativas que esta tem de resolver sem ter o instrumentário metodológico disponível aos tribunais. É o principal desafio a uma metódica jurídico-administrativa na resposta ao desafio da *indeterminação normativa*.

A crescente vinculação da Administração Pública à Constituição, e, inclusivamente, aos princípios gerais de Direito¹⁰, coloca importantes desafios à hermenêutica jurídico-administrativa, aqui especialmente relevantes no que se refere à antinomia mais comum pela eventual violação da Constituição por normas de valor infraconstitucional. O *princípio da constitucionalidade* assim formulado, que sujeitaria todos os órgãos de soberania à vigência estrita da Constituição na defesa do Estado de Direito democrático, encontra como limite o *princípio da separação de poderes*, que tem tradicionalmente consagrado o controlo da constitucionalidade das normas à função jurisdicional, obrigando a Administração Pública a uma interpretação mais restritiva da vinculação ao princípio da legalidade, na observância da lei ordinária, tradicionalmente, de fonte parlamentar. Esta é uma interpretação estratégica do princípio da separação de poderes que pretende garantir a certeza e segurança jurídicas pela promoção da previsibilidade da atuação administrativa, mas que não deixa de suscitar estas antinomias que lançam novos desafios metodológicos ao direito administrativo.

2.1. A abertura cosmopolita do sistema de fontes de direito administrativo

Ainda resiste a ambição contemporânea da Constituição (enquanto norma) de reduzir a vigência de um “cosmos normativo” crescentemente complexo, diverso e global, à unidade do ordenamento jurídico-nacional, na tentativa de salvar o seu carácter paramétrico soberano. O desafio mais atual é aqui colocado pela necessidade de receção (automática ou incorporação) de diferentes princípios, normas e atos jurídicos de Direito de origem supranacional (geral ou especial), nesta fase especialmente relevante na colocação dos problemas típicos do direito administrativo à escala global¹¹. A estrita vinculação administrativa à legalidade contava-se entre as originais preocupações do princípio da separação de poderes,

¹⁰ RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 451 e segs.

¹¹ *Ibidem*, pp. 39 e segs. e 371 e segs.

enquanto sua limitação, apesar das diferentes interpretações tradicionalmente referidas às diferentes margens do Canal da Mancha¹². Entre outras conquistas do direito administrativo contemporâneo, a construção do conceito de “ato administrativo”, segundo o modelo da decisão judicial, poderá ser creditada com lançar alguma confusão metodológica por sugerir a vinculação administrativa ao “método jurídico”. A partir da habilitação constitucional no exercício da função administrativa, separada geneticamente pelo Constitucionalismo Moderno, as diferentes relações entre funções estaduais, que desempenham papéis normo-genéticos diferenciados, impõem a consideração das demais funções e órgãos do Estado intervenientes na formulação e aplicação do direito administrativo. Na CRP essa habilitação parte da construção feita a partir da previsão dos atos normativos, no art. 112.º, mas que não deixa de ser também à Constituição, nos termos do art. 3.º, e mesmo ao Direito Internacional e da União Europeia, recebido por força do art. 8.º.

Não são estranhas, por isso, as referências, mesmo que breves, sobre o sentido normativo de uma realidade crescentemente complexa, plural e multinível. Os tradicionais conceitos (que parecem ter tanto de real como de mítico¹³), em torno dos quais o constitucionalismo moderno construiu a legalidade administrativa, também não escapam ao desafio da “globalização”, tanto quanto à sua reconstrução, proposta internamente pela quotidiana “crise da lei” e consequente revalorização metodológica. Estas preocupações intercetam-se precisamente na medida em que a “crise da lei” não é estranha à crescente relevância de uma normatividade (direta ou indiretamente aplicável) de origem supraestadual, em cuja formulação a participação dos seus destinatários últimos (no caso dos indivíduos, um dos alicerces da *legitimação* procedimental constitucional moderna do poder) é largamente disputada. Por isso, o propósito originalmente traçado de explorar uma emergente normatividade administrativa supranacional a uma escala diferente da tradicional e original dimensão do Estado-nação (delimitado subjetiva e territorialmente) implica saber mais detalhadamente das perspetivas para os processos de decisão (gerais e abstratos ou individuais e concretos), dirigidos a tra-

¹² Vide LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *O Direito Administrativo sem Estado – Crise ou Fim de um Paradigma*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 22, apesar da recusa da “contraposição Hauriou-Dicey”, que poderia nem ser tão decisiva.

¹³ PEDRO BACELAR DE VASCONCELOS, *Controlo do Poder – Teoria Geral do Controlo Jurídico do Poder Público*, Lisboa, Edições Cosmos, 1996, p. 88.

dicionais sujeitos de direito internacional (como Estados ou organizações internacionais) ou mais recentes como indivíduos ou empresas transnacionais – numa dimensão que projeta qualquer referência constitucional para esta escala planetária¹⁴. Esta dimensão da abertura do Direito de origem supraestadual¹⁵, especificamente no que se refere ao sistema de fontes de direito administrativo, aponta para a colocação metodológica cada vez mais relevante de uma *indeterminação jurídica (e jurídico-administrativa) crescentemente cosmopolita*. Impõe-se, assim, a necessidade de uma “reconstitucionalização”¹⁶ do direito administrativo que já não acontece à escala estadual, mas antes à escala europeia e mesmo global – uma *Verfassungsverbund*¹⁷ feita *Verwaltungsverbund*¹⁸.

2.2. Breve referência à abertura ao direito civil

A especificidade administrativa no cumprimento do princípio da legalidade é também evidente na vinculação ao direito civil. No exercício da função administrativa, é também aqui, tradicionalmente, considerado que compete aos tribunais, e não à Administração Pública, verificar o respeito pelas situações jurídico-privadas. Desta forma, no âmbito do direito do urbanismo tem sido discutido em que medida a licença de construção possa tomar em consideração os direitos de terceiros, nomeadamente direitos de propriedade, servidões ou outros direitos garantidos pelo direito civil. A doutrina tem, tradicionalmente, considerado que esta licença não é o instrumento adequado para esta ponderação, desde logo porque

¹⁴ RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, op. cit., pp. 197 e segs.

¹⁵ Gomes Canotilho, a partir de uma perspetiva constitucional das Fontes de Direito, aponta inclusivamente a crescente relevância constitucional (mesmo em sede principialista) do direito internacional público, bem como do direito da União Europeia, in J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 1152.

¹⁶ LUCIANO PAREJO, “La idea de reforma de Derecho administrativo General. Su plantiamento en Espana”, in Javier Barnes (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla, Global Law Press – Editorial Derecho Global, 2006, p. 193.

¹⁷ INGOLF PERNICE, “La Rete Europea di Costituzionalità, Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie”, in *ZaöRV* 70 (2010), pp. 51 a 71.

¹⁸ EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts”, in Eberhard Schmidt-Assmann/Bettina Schöndorf-Haubold (Hrsg), *Der Europäische Verwaltungsverbund. Formen und Verfahren der Verwaltungs-zusammenarbeit in der EU*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 1 e segs.

no licenciamento de operações urbanísticas estabelece-se uma relação jurídica entre a Administração e os interessados onde o que se tem em vista é a verificação do cumprimento de regras urbanísticas¹⁹. Daqui, a doutrina e a jurisprudência têm construído, no domínio do direito do urbanismo e da edificação, o denominado “*princípio da independência das legislações*”²⁰, do qual resulta que se um município se depara com um pedido de licenciamento de uma operação urbanística apenas terá de considerar as normas do direito urbanístico, e, uma vez concedido o licenciamento, os direitos privados de terceiros não são afetados. O princípio da separação de poderes é também aqui esgrimido como o argumento decisivo, que cominará com nulidade, por usurpação de poderes, os atos administrativos que se arrogassem o poder para dirimir conflitos entre particulares.

Contudo, “desaplicando” as normas civilistas, a Administração Pública pode, conseqüentemente ao ato de licenciamento, ver-se confrontada com situações que questionam os termos da vinculação administrativa ao Direito, em especial na garantia do princípio da legalidade administrativa, que não se limita ao cumprimento das disposições de direito administrativo. Por isso, mais recentemente, a jurisprudência apontou:

*“No entanto, a circunstância dos atos de gestão urbanística se encontrarem subordinados exclusivamente a normas de direito do urbanismo e da sua emissão ocorrer sob reserva dos direitos de terceiros, não significa que a Administração possa ignorar as regras de direito privado, como efetivamente não pode, sob pena de violar o princípio da unidade do sistema jurídico”*²¹.

Neste caso, o juiz não se absteve de aplicar na jurisdição administrativa o direito civil pertinente para a decisão da causa, nem deixou de impor igual dever à

¹⁹ FERNANDO ALVES CORREIA, *As grandes linhas da recente reforma do Direito do Urbanismo Português*, reimp., Coimbra, Edições Almedina, 1997. PEDRO GONÇALVES/FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “A nulidade dos actos administrativos de gestão urbanística”, in *Revista do CEDOUA*, n.º 3, Ano II, 1.99, pp. 29 e segs.

²⁰ FERNANDA PAULA OLIVEIRA/MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES/DULCE LOPES/FERNANDA MACÃS, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 142 e 143.

²¹ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 9/6/2022, no proc. 00402/20.6BEPNF, no qual ainda se diz que “[a]cresce que o artigo 9.º, n.º 1, do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE), aprovado pelo DL n.º 555/99, de 16/12, e a Portaria n.º 232/2008, de 11/03, exige não só que o requerente ou comunicante invoque, mas também faça prova, aquando da apresentação do pedido, da titularidade de qualquer direito que lhe confira a faculdade de realizar a operação urbanística a que se refere a sua pretensão, de onde decorre recair sobre a Administração o ónus de, na fase de apreciação liminar do processo e antes de apreciar o pedido que lhe é apresentado, verificar da existência efetiva do pressuposto da legitimidade do requerente para requerer e realizar a operação urbanística que pretende lhe seja deferida pela Administração”.

Administração. A consideração judicial dos termos da vinculação administrativa ao Direito parece uma consideração *obiter dicta* que não tem verdadeiras consequências, salvo na apreciação de eventual responsabilidade civil extracontratual do Estado. Já se viu, a propósito da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) acerca da vinculação administrativa ao direito da União Europeia, como, metodologicamente, não cabe aos tribunais definir os termos da vinculação administrativa ao Direito. Esta consideração administrativa, na verdade, remete os termos da definição da legalidade aplicável para uma avaliação probatória, afinal, um dos mais importantes tópicos da definição administrativa da legalidade, aqui também discricionária, que merecerá ulterior atenção. Para já, o que este caso revela para a vinculação administrativa ao Direito são os desafios impostos na consideração administrativa do direito civil para o cumprimento administrativo do princípio da legalidade, em termos que ameaçam a própria unidade do sistema jurídico, aqui acrescentar-se-ia jurídico-administrativo, no caso exemplificado do direito do urbanismo.

2.3. Abertura estrangeira e consuetudinária

O espaço da integração europeia é um caso decisivo da relevância do direito administrativo transnacional, em que normas e atos de direito administrativo estrangeiro são aplicados e controlados pela Administração Pública estadual. NUNO PIÇARRA caracteriza o *ato administrativo transnacional* como 1) praticado por uma autoridade nacional competente, 2) que visa produzir efeitos jurídicos no território dos restantes Estados-Membros, 3) por força do próprio direito da União Europeia²². A inegável centralidade do conceito de ato administrativo transnacional não se esgota no direito da União Europeia, mas aqui assume importância decisiva²³. Com base no princípio do reconhecimento mútuo²⁴, constata-se assim a emergência de um *direito administrativo transnacional*, pela sujeição ao direito da

²² NUNO PIÇARRA, “A eficácia transnacional dos actos administrativos dos Estados-Membros como elemento caracterizador do Direito Administrativo da União Europeia”, in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 604 e segs.

²³ JEAN-BERNARD AUBY/JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit Administratif Européen*, Bruxelas, Bruylant, 2007, pp. 1006 e segs.

²⁴ MIGUEL POLARES MADURO, *A Constituição Plural – Constitucionalismo e União Europeia*, Lisboa, Principia, 2006, pp. 131 e segs.

União Europeia, ainda que também aqui no quadro da administração da União Europeia indireta, pelo qual um Estado-Membro pode ser chamado a controlar decisões materialmente administrativas adotadas pelas autoridades de outro Estado-Membro ao abrigo das mesmas normas de direito da União.

Não é apenas global esta abertura cosmopolita do sistema de fontes jurídico-administrativas – ela é também local, em especial na abertura a sistemas jurídicos consuetudinários. Relativamente à relação entre um sistema jurídico-administrativo estadual e um muito relevante sistema consuetudinário, já se referiu como, em Timor-Leste, a integração dos Sucos na Administração Pública do Estado com a natureza de associações públicas facilita também a manutenção da permanente sensibilidade recíproca entre o pluralismo normativo vigente em Timor-Leste, uma vez que fazem esta feliz ponte, permitindo-se, nomeadamente, aplicar direito estadual nos termos da Lei n.º 9/2016, de 8/7 [Lei dos Sucos], ao mesmo passo que aplicam também normas de raiz consuetudinária, com as quais estão mais familiarizadas do que as demais estruturas do Estado, como sucede com o Tara-Bandu. Naturalmente, aqui podem colocar-se as tradicionais preocupações com o cumprimento de normas administrativas de competência e procedimento, decisivas em matéria sancionatória administrativa, mas que não podem ser esgrimidas no espaço de livre conformação dos cidadãos da sua vida, personalidade e património, reconhecido inclusivamente por uma Constituição de matriz liberal, personalista e plural²⁵. Mesmo Estados com uma muito consolidada organização jurídico-administrativa não são estranhos a estes desafios, como em Portugal sucedeu com a polémica dos “tours de morte de Barrancos”²⁶, num exemplo de uma abertura cosmopolita (Glocal) do sistema de fontes jurídico-administrativas.

²⁵ Para mais desenvolvimentos, *vide* RICARDO SOUSA DA CUNHA, “O pluralismo jurídico na Constituição timorense”, in *e-BLJ*, Ano 2 (2019), n.º 3, pp. 65 a 83.

²⁶ Desde 1928, o Decreto no 15355, de 14 de abril de 1928, proibia as touradas de morte em Portugal. Depois de polémica com violação sucessiva desta lei, o legislador, no art. 3.º da Lei n.º 92/95, de 12/9, admitiu: “3 – São proibidas, salvo os casos excecionais cujo regime se fixa nos números seguintes, as touradas, ou qualquer espetáculo, com touros de morte, bem como o ato de provocar a morte do touro na arena e a sorte de varas. 4 – A realização de qualquer espetáculo com touros de morte é excepcionalmente autorizada no caso em que sejam de atender tradições locais que se tenham mantido de forma ininterrupta, pelo menos, nos 50 anos anteriores à entrada em vigor do presente diploma, como expressão de cultura popular, nos dias em que o evento histórico se realize”.

3. As singularidades da vinculação administrativa ao Direito

Uma metódica jurídica já não procura descrever ou construir um sistema de fontes de Direito, mas procura o “caminho” para uma adequada realização do Direito, neste caso pelos órgãos administrativos. Naturalmente, têm aqui de ser consideradas as especificidades próprias da função administrativa, em especial referidas à prossecução do interesse público, no contexto dos poderes separados na Constituição²⁷. Esta tensão, já referida, entre *legalidade* e *interesse público* é evidente no n.º 1 do art. 266.º da Constituição quando se estabelece que “[a] Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”. A construção de uma metódica administrativa que responda adequadamente aos desafios aqui lançados parte para este exercício, necessariamente, da *indeterminação normativa*, imposta pela crescente complexidade do referido sistema de fontes jurídico-administrativas, necessariamente imprecisas como todas as normas, a que acrescenta a *indeterminação metodológica* imposta pelas assinaladas especificidades da vinculação administrativa ao Direito²⁸. Como se viu já, é muito significativa a nova referência do n.º 1 do art. 3.º do novo CPA, que, relativamente ao princípio da legalidade, determina que é devida obediência pelos órgãos da Administração Pública não apenas “à lei” (incluindo a Constituição e todo o *bloco de juridicidade* vigente), mas também ao “direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins”, numa previsão que acrescenta aos desafios metodológico colocados aos órgãos administrativos na definição de uma cada vez mais complexa vinculação a um cada vez mais complexo mundo jurídico no quadro de uma muito particular configuração (de valor constitucional) dos “poderes que lhes forem conferidos” para cumprimento dos “respetivos fins”.

²⁷ Sobre a metodologia jurídica, vide JOSÉ LAMEGO, *Metodologia Jurídica*, op. cit., pp. 237 e segs., e, em especial, sobre a relevância constitucional, pp. 293 e segs.

²⁸ Numa das mais desafiantes respostas integradas aos diferentes desafios suscitados pela indeterminação jurídica, Brian Leiter identifica uma versão mais plausível da indeterminação jurídica a partir da ideia de que as razões que podem justificar adequadamente uma decisão permitem formular argumentos jurídicos igualmente legítimos para mais do que uma decisão. Vide BRIAN LEITER, “Legal Indeterminacy”, in *Legal Theory*, vol. 1, n.º 3, setembro de 1995, pp. 481 a 492.

3.1. A definição administrativa da legalidade

A tradicional ideia, ainda hoje corrente na doutrina e na prática jus-administrativista, da heterovinculação administrativa (secundária) a uma legalidade definida por um legislador que lhe é estranho porque superiormente legitimado de forma democrático-representativa, tem sofrido importantes mudanças. Um contributo recente ilustra o papel desempenhado pelos órgãos da Administração Pública tanto na 1) *definição do direito aplicável*, considerando a interpretação normativa, como 2) na integração de lacunas, em especial, potenciado a) pelos fenómenos de “*neofeudalização do complexo normativo*” imposto pela emergência de um verdadeiro concurso de fontes normativas; b) de crescente “*flexibilidade normativa e de uma normatividade tendencialmente principialista*”; bem como c) pela “*necessidade de ultrapassar antinomias*” entre normas cujas soluções se revelam incompatíveis²⁹. Aponta-se, pois, a redefinição do papel da Administração face ao Direito, reclamando-lhe um *papel criativo na determinação do Direito aplicável*, que ainda acontece no quadro do princípio da separação de poderes e do princípio democrático, razão pela qual este é um exercício nem sempre pacífico³⁰.

²⁹ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdição*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 639 e segs., *maxime* pp. 699 e segs.

³⁰ Entre as consequências desta vigência constata-se, por exemplo, os limites (democráticos) na utilização do instrumentário hermenêutico do art. 9.º e na integração de lacunas, do art. 10.º, ambos do Código Civil. Por um lado, se a interpretação restritiva pode levar ao incumprimento administrativo de imposições legais, em eventual limitação dos direitos dos cidadãos, a interpretação extensiva pode resultar numa atuação administrativa com, pelo menos, discutível suporte jurídico, em termos semelhantes àqueles enunciados de seguida para a possibilidade de integração de lacunas, nos termos do art. 10.º do Código Civil. Por outro lado, podem enunciar-se alguns dos limites do uso da integração de lacunas, especificamente, suscitadas no direito administrativo. Parece evidente a impossibilidade de, por via da integração de lacunas, derrogar garantias constitucionais como na restrição de direitos, liberdades e garantias, nos termos do n.º 2 do art. 18.º, ou na sua limitação em estado de exceção constitucional, nos termos do art. 19.º, em matéria sancionatória, nos termos do n.º 1 do art. 29.º, ou em matéria tributária, aqui nos termos da reserva absoluta de lei parlamentar. Igualmente difícil será admitir, em termos orgânicos, a invocação de uma competência por qualquer uma das soluções do art. 10.º do Código Civil para a integração de lacunas, em contradição com o disposto no art. 36.º do CPA, em especial se também não existir qualquer outra referência constitucional, designadamente no que se refere à possibilidade de invocar o exercício de poderes discricionários sem expressa previsão legal. A possibilidade de, pela integração de lacunas, os órgãos administrativos se habilitarem a uma competência regulamentar não prevista expressamente na lei, não deixará também de suscitar evidentes problemas face ao disposto no art. 112.º da Constituição e no art. 136.º do CPA, relativamente à habilitação, mesmo no caso dos regulamentos independentes. Mereceria também melhor atenção a possibilidade de distinguir a integração de lacunas de legislação adotada

A Administração Pública não se limita à prossecução do interesse público sujeita a uma legalidade que lhe é estranha e heterodeterminada pelo legislador, apenas limitado constitucionalmente. Paralelamente a esta tradicional atribuição genérica das entidades administrativas, cabe-lhe um papel decisivo no processo de determinação do Direito aplicável. Um papel que é prévio à intervenção judicial e que pode, na falta de controlo jurisdicional, transitar em julgado (administrativamente) de forma definitiva. Cabe, portanto, aos órgãos administrativos mediar a determinação do Direito aplicável nas relações jurídico-administrativas. A definição desta “*auto-tutela declarativa da normatividade*”³¹ parece revolucionar o sentido tradicional da vinculação administrativa a uma legalidade que lhe era estranha. Esta posição nem carece de suporte juspositivo, uma vez que se pode ler nas transformações produzidas no entendimento liberal de vinculação administrativa à legalidade. Na revalorização da metódica jurídico-administrativa interessaria, assim, saber quais as ferramentas, ou qual o “caminho” (método), usado pela Administração no desempenho deste papel que pode revelar-se parte do processo normo-genético de determinação da legalidade aplicável a um caso concreto.

A declaração administrativa do Direito é especialmente relevante face à crescente complexidade do ordenamento jurídico-administrativo, no que aqui interessa mais, pela “abertura externa dos sistemas nacionais”³². Por isso, no estudo da vinculação administrativa à legalidade, PAULO OTERO conclui que, salvo o que respeita ao *ius cogens* administrativo, a vontade da Administração nunca é alheia ao “conteúdo configurativo dessa mesma legalidade”, o que faz da “ideia de uma genérica natureza hetero-vinculativa da legalidade face ao poder executivo um mito”³³. Aos

na reserva legislativa exclusiva da Assembleia da República daquela do Governo, como, aliás, estabelece o n.º 4 do art. 11.º da Lei Geral Tributária. A excecionalidade do critério hierárquico na desaplicação de normas legais, administrativamente consideradas inconstitucionais, parece aqui inverter-se em decisivo padrão, constitucional, europeu e cosmopolita, de integração de lacunas, possivelmente, também referência para qualquer resultado da interpretação jurídica levada a cabo por órgãos administrativos.

³¹ Também referida autotutela declarativa de segundo grau, ou autotutela declarativa da normatividade aplicável à autotutela declarativa de primeiro grau, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit., p. 701 e segs.

³² PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit., p. 203, juntamente com a “heterogeneidade normativa do sistema”, “a dimensionalidade oculta do sistema” e “a permeabilidade factual ou informal do sistema”, que sendo matéria de decisiva importância, infelizmente, não cabem no objeto do presente estudo.

³³ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit., p. 1101.

órgãos administrativos cabe “(i) a identificação das normas a aplicar, (ii) a definição interpretativa do respetivo sentido, (iii) a concretização dos equilíbrios ponderativos em aberto, (iv) a resolução de antinomias, e (v) um juízo global sobre os resultados finais da sua aplicação”³⁴. Esta competência (criativa) na definição do Direito a aplicar não deixa, no entanto, de suscitar diversos problemas, em especial na solução de conflitos e antinomias legais, considerando a falta de instrumentos ao dispor dos órgãos administrativos para desaplicar normas ilegais.

3.1.1. A excecionalidade da vinculação hierárquica

Na solução das antinomias assim criadas, a Administração Pública encontra-se tendencialmente vinculada ao uso dos critérios *cronológico* ou de *especialidade*³⁵, nos quais se revela uma *excepcional vinculação ao critério hierárquico*. O fundamento desta preferência pela certeza e segurança jurídicas encontra acolhimento no art. 282.º da CRP. Esta solução apresenta-se como decorrência necessária da própria separação de poderes constitucional que reserva aos tribunais a definição, em última instância, do Direito aplicável e sujeita a Administração Pública a uma legalidade em cuja determinação desempenha um papel criativo, mas nunca definitivo. A preferência pela certeza da atuação administrativa é uma das garantias de previsibilidade da atuação estadual, já vista como um dos fundamentos da revolução constitucional, aqui prevalecente em detrimento do potencial de “anarquia” que resultaria da possibilidade de cada órgão administrativo determinar a “sua” legalidade aplicável. No limite, podem, assim, encontrar-se situações em que a Administração identifique a ilegalidade na aplicação de uma determinada norma, mas, por falta de adequados instrumentos, processuais ou procedimentais, não a possa desaplicar – vendo-se, portanto, vinculada a uma atuação ferida também de ilegalidade. Os órgãos administrativos poderão, por isso, ser chamados a praticar atos que sabem ilegais, precisamente por carecerem dos mecanismos adequados para controlar a legalidade habilitante.

A constatação da debilidade da natureza imperativa do “bloco de juridicidade” a que se encontra sujeita a Administração e da disponibilidade de controlo da própria Administração, ameaçadora da tradicional construção da própria uni-

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*, p. 696.

dade do sistema jurídico, revela, para PAULO OTERO, como a “*Constituição está ainda por cumprir e a unidade do sistema jurídico por realizar*”³⁶. O que naturalmente não deixa de apresentar uma “quebra do sistema”³⁷, com prejuízo para a observância do princípio da legalidade e da constitucionalidade – como evidência, suficientemente, o exemplo de um órgão administrativo confrontado com a vinculação a uma lei que considera inconstitucional, mas sem meios para a sua desaplicação. Esta excecional posição administrativa perante o Direito, marcada geneticamente no princípio da separação de poderes, não é, aliás, sem paralelo – afinal, são as pistas prosseguidas há muito pelo subjetivismo processual administrativo com posições confrontadas com os particulares. Por isso, em sentido semelhante, não se propõe a previsão expressa do alargamento da competência administrativa de desaplicação da legalidade, mesmo que apenas pela previsão de uma mais alargada legitimidade processual ativa³⁸.

3.2. O paradoxo da vinculação administrativa aos direitos fundamentais

A crescente centralidade do indivíduo perante a Administração Pública é mesmo o fundamento para a superação do paradigma *autoritário* do direito administrativo para a sua compreensão “*paritária*”³⁹. Uma ordem jurídica que define “o estatuto jurídico do Estado como o do cidadão, reconhecendo-lhes direitos e deveres recíprocos” constrói-se, pois, a partir de uma “relação jurídica [administrativa] geral” que ultrapassa a tradicional “relação geral de poder”⁴⁰.

A Constituição inclui, no seu art. 268.º, um catálogo de *direitos e garantias dos administrados*: o direito à informação (n.º 1) e o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos (n.º 2), num prazo definido por lei (n.º 6), a *fundamentação expressa e acessível* dos atos administrativo (incluindo discricionários) quando afetem direitos ou interesses legalmente protegidos (n.º 3), bem como a *tutela juris-*

³⁶ *Ibidem*, p. 1102.

³⁷ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, *op. cit.*, p. 714, valendo-se da expressão de CANARIS.

³⁸ *Ibidem*, p. 715.

³⁹ PEDRO MACHETE, “A subordinação da Administração Pública ao Direito e a Dogmática do Direito Administrativo no âmbito do Estado de Direito Democrático”, in Augusto Athayde/João Cauers/Maria da Glória F. P. D. Garcia, *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 191 e segs.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 222 e 223.

dicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos (n.º 4), incluindo o *direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos* (n.º 5). Dificilmente o texto da Constituição admitiria uma exceção *imane*nte a estes direitos e garantias, alguns dos quais, inclusivamente, discutidos entre os direitos, liberdades e garantias, nos termos do art. 17.º – mesmo a tutela do interesse público, prevista no art. 266.º, será sempre um poder/dever.

A vinculação administrativa à lei apresenta-se com especial gravidade quando se faz com sacrifício do regime constitucional de garantia de direitos fundamentais. A sua desconsideração apenas poderia ter como fundamento a distinção entre a *aplicabilidade direta* das disposições relativas a direitos, liberdades e garantias e a *vinculação das entidades públicas*, em partes diferentes do n.º 1 do art. 18.º da CRP. Nesta perspetiva, a aplicabilidade direta das disposições relativas à proteção de direitos fundamentais operaria independentemente da previsão legal, nada se podendo, por isso, extrair quanto à competência administrativa de desaplicação legal⁴¹. No entanto, a partir da vinculação das autoridades administrativas ao regime de direitos fundamentais, nos termos da 2.ª parte do n.º 1 do art. 18.º, sempre se pode, mesmo que numa leitura principialista, retirar uma competência negativa de sujeição (direta) da Administração ao regime de direitos fundamentais.

A distinção entre as duas partes do n.º 1 do art. 18.º da CRP não parece impor necessariamente uma consideração autónoma e estanque dos termos da mesma equação, não se vendo como a vinculação dos poderes públicos (legislativo, administrativo e judicial) não vai implicada na aplicabilidade direta. Esta será certamente mais ampla nos casos de ausência de lei, mas imposta também na preferência pela Constituição face à lei⁴². Parece, aliás, resultar da construção do regime de proteção de direitos, liberdades e garantias (diretamente aplicáveis sem lei, vinculantes contra lei) como o espaço privilegiado de fiscalização administrativa da constitucionalidade. São paradigmáticos os argumentos aduzidos por GOMES CANOTILHO na defesa de uma fiscalização administrativa da constitucionalidade excecional (mas sem esconder os bons argumentos de uma posição mais

⁴¹ ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 306 e segs.

⁴² J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., pp. 1178 e segs.

ampla) e de VIEIRA DE ANDRADE, concluindo pela fiscalização administrativa da constitucionalidade limitada, uma vez que partem, em matéria de proteção de direitos fundamentais, de duas cláusulas diferentes: o primeiro, da *vinculação administrativa ao regime de direitos, liberdades e garantias*, o segundo, da *aplicabilidade direta deste regime*.

Em qualquer dos casos, da consideração autónoma dos dois termos da equação poderão gerar-se situações de difícil resolução, a partir da vinculação administrativa ao regime dos direitos fundamentais, nos termos da segunda parte do n.º 1 do art. 18.º, confrontado com a previsão, nos termos do n.º 2 do artigo, da exclusiva restrição por lei, vinculativa da Administração em primeiro grau. Assim, o eventual juízo administrativo de fiscalização da constitucionalidade (imposto pelo princípio da constitucionalidade, na defesa dos direitos fundamentais vinculativos à atuação administrativa, nos termos da segunda parte do n.º 1 do art. 18.º) sobre a ponderação legislativa restritiva (a título exclusivo) de direitos, liberdades e garantias (nos termos do n.º 2 do art. 18.º, pelo qual o princípio da legalidade vincula a atuação da Administração) parece poder gerar um paradoxo na vinculação administrativa ao bloco da juridicidade de difícil solução.

A vinculação administrativa ao regime de direitos fundamentais poderá encontrar os órgãos da Administração incapazes de o aplicar adequadamente. Por um lado, porquanto se poderá confrontar com um juízo legal [reservado, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º *ex vi* alínea *b*) do n.º 1 do art. 165.º, ambos da CRP] de restrição que dificilmente poderá desaplicar por inconstitucionalidade, face ao excecional recurso ao critério hierárquico. Por outro lado, a mesma Administração não pode efetuar sobre esse regime qualquer juízo restritivo, reservado ao legislador e sujeito ao controlo judicial, nos termos do referido princípio da separação de poderes. Esta situação será tanto mais complicada quanto aqui se integrar a *interjusefundamentalidade* resultante da proteção de direitos fundamentais a nível internacional e europeu (na União Europeia e na aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem), que merece ainda melhor atenção.

3.3. A fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis

A revelação de uma vinculação administrativa à legalidade menos intensa do que a tradicionalmente pensada demonstra uma (nova) posição metodológica – criativa, mas limitada em termos de ferramentas para a declaração do Direito apli-

cável. Interessa, por isso, indagar sobre os termos da possível *fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis*, que, segundo o princípio da legalidade, vinculam, em primeira instância, a Administração Pública. A questão do poder/dever de rejeição, não aplicação ou suspensão administrativa da lei inconstitucional é particularmente relevante em ordenamentos jurídicos que admitam sistemas concentrados de fiscalização da constitucionalidade, em especial em órgãos jurisdicionais como o nosso Tribunal Constitucional. A questão colocou-se, em termos comparados, em Itália⁴³ ou na República Federal da Alemanha⁴⁴. Em Portugal, a complexidade da questão tem suscitado, designadamente no regime constitucional vigente desde a 1976, diferentes interpretações da doutrina, as mais das vezes parcelares⁴⁵, em especial, suscitadas a propósito da aplicabilidade direta ou

⁴³ Desde a alteração constitucional de 1947, dando-se conta de uma preponderância doutrinal da obrigação de desaplicação administrativa de leis inconstitucionais, mais pacífica no caso de inconstitucionalidade superveniente, mesmo que concentrada nos órgãos de topo da Administração Pública, como dá conta RUI DE MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, UCP, 1999, pp. 150 e segs.

⁴⁴ No regime instituído pela *Grundgesetz*, com especial popularidade na doutrina a partir da decisão do *BVerfG* de 21/2/1961 e durante toda a década de 1960. A conhecida síntese, mais recente, de OTTO BACHOF tem colocado o problema na natureza competencial (discricionária ou vinculada) deste poder/dever. A riqueza do debate doutrinal permite a referência às diferentes respostas possíveis: 1) entre aqueles que recusam a competência administrativa de rejeição de leis inconstitucionais, com base no monopólio judicial do Tribunal Constitucional, até à publicação de decisão segundo a qual uma lei se presume constitucional, ainda se distingue 1.1) uma mera competência administrativa de apreciação (OSSENBÜHL) de uma competência de suspensão nos casos em que o tribunal nada disponha, em especial, a título cautelar (IPSEN); 2) a doutrina que aceita a recusa administrativa de leis inconstitucionais admite 2.1) competência de rejeição em geral (MAURER), 2.2) competência de rejeição limitada, em especial, nos casos de “evidente inconstitucionalidade”, ainda que esta competência se deva entender concentrada no órgão máximo da Administração Pública, uma vez que o governo goza de legitimidade processual ativa para requerer a sua declaração judicial (BACHOF), apesar de uma corrente minoritária na doutrina admitir a possibilidade de o subalterno desempenhar essa competência (ABLEIN). Neste sentido, vide RUI DE MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, op. cit., pp. 154 e segs.

⁴⁵ O Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º P000322017, publicado na II.ª Série do *Diário da República*, n.º 76, de 18/4/2018, pp. 11080 e segs., apenas admite a possibilidade de desaplicação administrativa da lei quando estiver “perante desconformidade com norma constitucional cujo valor jurídico negativo autoriza a desaplicação administrativa, como seria o caso da preterição de requisitos de qualificação, cominada pela inexistência jurídica. Ou ainda ‘(...) se se tratar de normas constitucionais diretamente aplicáveis e vinculativas, caso dos direitos, liberdades e garantias, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, da Constituição da República (...)’”. No Parecer complementar n.º 20/2010, de 17/1/2013, in *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 53, de 15/3/2013, é impressiva-

da vinculação administrativa ao regime de direitos, liberdades e garantias. A questão foi, mais recentemente, perspetivada a partir da definição *competencial de exame*, de *interpretação conforme à Constituição* e de *desaplicação administrativa de lei* considerada inconstitucional⁴⁶.

3.3.1. A competência de exame e interpretação

A doutrina dominante parece, sem grande dificuldade, aceitar um *poder administrativo de exame da constitucionalidade da lei*, na esteira da paradigmática formulação de VIEIRA DE ANDRADE quando refere que “o que está em causa não é, em si, a constitucionalidade da lei, mas o juízo que sobre essa constitucionalidade possam fazer os órgãos administrativos”⁴⁷. Em sentido contrário, parecem apenas militar CARLOS BLANCO MORAIS⁴⁸ e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA⁴⁹. Mais discutidas serão as consequências deste poder de exame, em especial colocadas entre a *competência administrativa de desaplicação* da lei e o *poder/dever de interpretação administrativa conforme à Constituição*, tal como parece reconhecido pela maioria da doutrina e é ilustrado, na anotação ao art. 266.º da CRP, por VITAL MOREIRA e GOMES CANOTILHO, ainda que, neste caso, reportada aos superiores hierárquicos.

3.3.2. A competência de não aplicação

A questão da possibilidade de *desaplicação administrativa da lei inconstitucional*, bem como da respetiva *competência administrativa*, tem sido especialmente discutida na doutrina nacional. Uma posição generalizada parece “adversa ao reconhecimento aos órgãos da Administração de qualquer poder de fiscalização da

mente afirmado, de forma com a qual não se pode concordar, como abundantemente referido, que “[o] vício de inconstitucionalidade de que sofre o Decreto-Lei n.º 206/2001 não impede a sua aplicação pela Administração, enquanto tal inconstitucionalidade não for declarada, com força obrigatória geral, pelo Tribunal Constitucional”.

⁴⁶ Por todos, ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, op. cit., pp. 153 e segs.

⁴⁷ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2010, [2.ª ed., 2001], p. 208.

⁴⁸ CARLOS BLANCO MORAIS, *As Leis Reforçadas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 232.

⁴⁹ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1984, p. 85.

constitucionalidade”⁵⁰, considerando, com JORGE MIRANDA, a especialidade da função jurisdicional, imposta pela separação de poderes, bem como a vinculação administrativa à legalidade, garantia da previsibilidade da sua atuação. A intermediação legal obrigatória na atuação administrativa, segundo MARCELO REBELO DE SOUSA, não permite que “um órgão da Administração Pública se substitua aos órgãos de fiscalização da constitucionalidade”⁵¹. Posições mais radicais, na recusa de qualquer possibilidade de desaplicação administrativa da legalidade com fundamento na sua inconstitucionalidade, são afirmadas por JORGE REIS NOVAIS⁵², CARLOS BLANCO MORAIS⁵³ e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, para os quais esta seria uma solução “absurda, perigosa e absolutamente inconstitucional”⁵⁴. Também não se encontra posição diametralmente oposta que aceite uma *ilimitada fiscalização administrativa de constitucionalidade das leis*⁵⁵. Ainda assim, a doutrina nacional maioritária parece aceitar uma moderada fiscalização administrativa de constitucionalidade das leis, dividida entre a aceitação de uma competência de fiscalização administrativa da constitucionalidade *excecional* ou *limitada*.

A *excecionalidade da desaplicação administrativa da legalidade com fundamento em inconstitucionalidade* parece suficientemente ilustrada no pensamento de JORGE MIRANDA quando se trate de normas violadoras de direitos, liberdades e garantias insuscetíveis de suspensão, de normas pré-constitucionais totalmente estranhas à ideia de Direito, bem como de normas declaradas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, sem que tenha havido posterior revisão constitucional⁵⁶. GOMES

⁵⁰ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, pp. 431 e segs., e tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 281 e segs.

⁵¹ MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, Lisboa, Dom Quixote, 2009, p. 157. Apesar de se pretender, de forma algo contraditória, no pensamento destes Autores, admitir uma competência limitada de fiscalização administrativa da constitucionalidade, em especial, dirigida às leis inexistentes, considerando o alargamento do conceito de “lei inexistente”, como em ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, op. cit., p. 156, nota de rodapé 557, e MARCELO REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico do acto inconstitucional*, Lisboa, Gráfica Portuguesa, 1988, p. 179.

⁵² JORGE REIS NOVAIS, *Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República*, Lisboa, Lex, 1997, pp. 27 e 28.

⁵³ CARLOS BLANCO MORAIS, *As Leis Reforçadas*, op. cit., pp. 231 e 232.

⁵⁴ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, vol. I, op. cit., p. 85.

⁵⁵ ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, op. cit., p. 157.

⁵⁶ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, op. cit., pp. 181 e 182.

CANOTILHO refere-se a semelhante competência excecional de desaplicação no caso de leis inexistentes, violadoras de direitos fundamentais, quando o seu cumprimento constitua a prática de um crime, à qual acrescenta, com VITAL MOREIRA, quando legitimadora do exercício do direito de resistência⁵⁷.

Uma *fiscalização administrativa da constitucionalidade limitada* (que necessariamente postula a definição da sua competência orgânica nem sempre adequadamente resolvida) parece refletida no pensamento de VIEIRA DE ANDRADE, quando admite, na esteira de BACHOF, a desaplicação administrativa irrestrita nos casos de *evidente inconstitucionalidade* e nos de *inconstitucionalidade material*⁵⁸ quando tal resultar da ponderação principialista⁵⁹ dos interesses em confronto, apesar da presunção de constitucionalidade nos casos de dúvida e da necessária intervenção dos órgãos superiores da Administração Pública, conducente, se necessário, à suspensão da lei inconstitucional⁶⁰. Apenas esta solução “corresponde ao princípio da unidade da Constituição (...) mais adequada à nova imagem de uma Administração democrática, com maior legitimidade, responsável e, afinal de contas, sempre sujeita à responsabilidade pelos prejuízos causados e ao controle judicial da validade dos seus atos”⁶¹.

Em sentido aproximado, PAULO OTERO admite este controlo⁶² quando se trate de “leis injustas”, enquanto negação de um Estado de Direito material baseado na dignidade da pessoa humana”; de uma violação “ostensiva de preceitos constitucionais dotados de aplicabilidade direta”, em especial aqueles relativos aos direitos, liberdades e garantias, e “sempre que a Constituição sancione a inconstitucionalidade”, como no caso da falta de publicação, cominada com a ineficácia ou a inexistência decorrente da falta de promulgação. O Autor identifica ainda

⁵⁷ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., pp. 443 e 444, e J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 379 e segs., em anotação ao art. 18.º.

⁵⁸ Vide JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op. cit., 2.ª ed., 2001, p. 210, em sentido mais restritivamente interpretado do que posição anterior da 1.ª ed., de 1987.

⁵⁹ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op. cit., 2.ª ed., 2001, p. 208.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 210 e 211.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit., p. 671, maxime p. 668, nota de rodapé 1017.

instâncias de vinculação administrativa ao juízo de (in)constitucionalidade do Tribunal Constitucional (preventivo ou sucessivo), ao juízo político (da Assembleia da República e do Presidente da República) que supera esse voto de inconstitucionalidade, sem prejuízo dos casos de reedição de norma julgada inconstitucional com força obrigatória geral, bem como à inconstitucionalidade superveniente⁶³. Esta solução apresenta-se como decorrência da separação de poderes constitucional que reserva ainda aos tribunais a definição, em última instância, do Direito aplicável e sujeita a Administração Pública a uma legalidade, em cuja determinação desempenha um papel criativo, mas nunca definitivo. Sem prejuízo de, numa formulação mitigada, ainda procurar assegurar instâncias de garantia do Estado de Direito material, aponta-se aqui a preferência pela certeza e segurança jurídicas, garantidas inclusivamente pela Constituição, no seu art. 282.º, já vistas como um dos fundamentos da revolução constitucional, aqui prevalecente em detrimento da eventual “anarquia” aberta pela possibilidade de cada órgão administrativo determinar a “sua” legalidade aplicável.

A fiscalização administrativa limitada da constitucionalidade é mais amplamente defendida por RUI MEDEIROS, que admite uma competência declarativa da normatividade constitucional 1) *irrestrita quanto ao objeto*, à luz da vinculação administrativa à Constituição e, em especial, ao regime de direitos, liberdades e garantias, num tempo de “comunidade aberta de intérpretes da Constituição”⁶⁴, não valendo aqui os argumentos *ad terrorem* aduzidos quanto à potencial anarquia administrativa, mas 2) *limitada subjetivamente ao Governo*⁶⁵. Esta posição tem a virtude de distinguir a questão substantiva da eventual ilegalidade da competência administrativa para a determinar⁶⁶, em termos que, metodologicamente, mais adequadamente questionam a vinculação administrativa ao Direito. A solução dada

⁶³ Esta última extensão do controlo administrativo da constitucionalidade aos casos de caducidade por revisão constitucional superveniente poderá parecer contraditória. No entanto, a falta da presunção de constitucionalidade da atuação do legislador não confronta o aplicador administrativo com a disposição constitucional determinante da inconstitucionalidade.

⁶⁴ PETER HÄBERLE, “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten”, in *Juristen Zeitung*, 1975, p. 297.

⁶⁵ RUI DE MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, op. cit., pp. 167 e segs.

⁶⁶ Que também é seguida por ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez*, Coimbra, Almedina, 2012, respetivamente pp. 605 e segs. e 699 e segs.

a esta questão é, no entanto, recusada por PAULO OTERO⁶⁷ por enfermar de um defeito de perspectiva que coloca o executivo numa posição de quase-omnipotência face aos demais poderes soberanos. Além das competências executivas típicas no topo da Administração Pública, o governo tem tomado um papel central na realização do Estado de Direito Social ao assumir também novas funções legislativas na resposta a uma realidade crescentemente mutável e exigente, pelo que se recusa que possa também determinar o conteúdo constitucional da legalidade a que se vincula a Administração. Esta posição de independência incondicionada não seria, para esta posição, conforme ao *princípio constitucional da separação, enquanto equilíbrio, de poderes*.

ANDRÉ SALGADO MATOS problematiza os termos de uma eventual competência de “desaplicação de normas inconstitucionais” a partir do paradoxo que o carácter paramétrico da Constituição parece determinar para uma Administração vinculada à lei, mesmo que inconstitucional. Daqui extrai uma *irrestrita competência de exame e de interpretação conforme* à Constituição por parte dos órgãos administrativos, que, no entanto, desemboca numa *limitada legitimidade processual ativa* para suscitar a constitucionalidade das normas que aplicam e a impossibilidade de suspender a sua aplicação. Na análise da complexidade e centralidade da questão da desaplicação de normas inconstitucionais (“uma verdadeira brecha no princípio da constitucionalidade”⁶⁸), sistematiza os argumentos a favor e contra cada uma das posições⁶⁹. A solução para este aparente paradoxo coloca-a no plano do *conflito de princípios*, entre o *princípio da constitucionalidade* e o *princípio da separação de poderes*, que apenas admitiria solução casuística. Aponta, no entanto, a necessidade de observar “condições de preferência”⁷⁰ entre cada um dos princípios a submeter a adequadas “regras de conflito”^{71/72} para a solução do conflito entre os princípios

⁶⁷ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit., pp. 669 e 670; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, op. cit., p. 180.

⁶⁸ ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, op. cit., p. 105.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 215 e segs.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 334 e segs.

⁷¹ Sobre as condições de preferência por cada um dos princípios, vide ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, op. cit., pp. 334 e segs.

⁷² Recusam-se, como “pretensas condições de preferência”, critérios tradicionalmente definidos pela doutrina. Assim, seriam desconsiderados como condições de preferência do princípio da consti-

da constitucionalidade e da separação de poderes^{73/74}. As condições de preferência pelo princípio da constitucionalidade distinguem-se como de primeiro ou de segundo grau. As condições de preferência de primeiro grau seriam referidas à adoção da posição que comina com a inexistência jurídica da lei inconstitucional, aos casos de “inconstitucionalidade evidente” (em especial, referido a ininteligibilidade e contraditoriedade intrínsecas ou por razões de identidade, sinonímia, antinomia ou negação), a prévia desaplicação jurisdicional no mesmo contexto procedimental, a aplicação do Direito por órgãos administrativos independentes de garantia, bem como a aplicação do Direito por órgãos da administração no exercício de competências judicativas. Por outro lado, seriam condições de preferência pelo princípio da constitucionalidade, de segundo grau a criminalidade da aplicação de normas legais inconstitucionais, a violação de normas constitucionais com pretensão absoluta de aplicação, a aplicação de normas contidas em leis in-

tucionalidade: a inconstitucionalidade por violação de normas de direitos, liberdades e garantias ou de normas de direitos, liberdades e garantias insuscetíveis de suspensão em estado de exceção (JORGE MIRANDA), pela violação de normas constitucionais de aplicabilidade direta, pelo exercício concreto do direito de resistência (GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA), pela inconstitucionalidade superveniente de normas pré e pós constitucionais (PAULO OTERO), bem como pelo exercício de competências administrativas discricionárias. Em sentido inverso, seriam desconsideradas como “pretensas condições de preferência do princípio da separação de poderes”: a não sujeição de decreto a fiscalização preventiva da constitucionalidade, bem como a inconstitucionalidade por violação de disposições orgânicas e formais. Vide ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, op. cit., pp. 380 e segs.

⁷³ Interessante é a formulação da referida cláusula residual, pela qual ANDRÉ SALGADO MATOS entende não existirem espaços a descoberto de qualquer regra de colisão, identificada como (R-c), pela qual, na falta de qualquer regra positiva de colisão, não será de admitir a desaplicação administrativa de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade. Na verdade, como muitas vezes sucede, parece também aqui ser cláusula residual a identificação da verdadeira regra, que apenas cederá quando confrontada com casos especiais – vide *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, op. cit., p. 394.

⁷⁴ Também na aplicação das regras de conflito às condições de preferência podem surgir conflitos positivos ou negativos de aplicação das próprias regras de conflitos. Neste caso, aponta-se para a opção pelo princípio da constitucionalidade, permitindo à Administração Pública desaplicar lei com fundamento na sua inconstitucionalidade nos casos de colisão de regras positivas de primeiro grau como colisão negativa. No entanto, nos casos em que esse conflito se dá entre regras positivas de segundo grau e regras negativas, a potencial ameaça à certeza e segurança jurídicas leva a preferir o princípio da separação de poderes. Para mais desenvolvimentos, ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, op. cit., pp. 392 e segs.

constitucionais confirmadas pela Assembleia da República, normas antecedentes ou conseqüentemente inconstitucionais assim não declaradas pelo Tribunal Constitucional, a existência de jurisprudência constitucional consolidada no sentido da inconstitucionalidade, bem como um juízo, ainda que virtual, de proporcionalidade na desaplicação. A preferência pelo princípio da separação de poderes seria apontada nos casos em que se constatasse a existência de jurisprudência fraturada ou consolidada no sentido da inconstitucionalidade, a possibilidade de obter decisão atempada do Tribunal Constitucional acerca da inconstitucionalidade da norma legal aplicada, bem como, a título residual, a não verificação de qualquer condição de preferência a favor do princípio da constitucionalidade.

Um exercício limitado à possibilidade de recusa de aplicação de regulamentos pela Administração, com fundamento na sua invalidade, é também remetido por ANA RAQUEL MONIZ para a aferição da existência de condições *objetivas e subjetivas*. Substantivamente (entre o que refere como “condições objetivas”), a solução para a possibilidade de a Administração Pública portuguesa recusar a aplicação de regulamentos com fundamento na sua invalidade é encontrada na ponderação de valores, segundo critérios de *proporcionalidade* e de *adequação prática*. No que se refere à competência administrativa para o controlo administrativo da legalidade, e eventual recusa de aplicação regulamentar (que trata como “condições subjetivas”), esta é problematizada em torno da organização administrativa, tipologia e competência do órgão decisor⁷⁵.

A partir da ideia de *derrotabilidade* de qualquer norma, PEDRO MONIZ LOPES distingue as normas de competência das normas sobre a competência que dispõe um órgão administrativo “*para*” criar Direito num determinado caso e não “*sobre*” a criação do Direito num caso concreto pelo órgão administrativo⁷⁶. A partir da tradicional distinção entre poder de exame e de desaplicação, a competência material para a decisão de um caso segundo o Direito aplicável não é, nesta perspectiva, um direito ou norma constitutiva, nem uma competência administrativa, mas, antes, corresponde ao normal exercício de competências administrativas materiais, que nem se encontra reservado aos Tribunais pela reserva constitucional

⁷⁵ Vide ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez*, *op. cit.*, pp. 605 e segs. e 699 e segs.

⁷⁶ PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas: o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos*, *op. cit.*, pp. 709 e segs.

de jurisdição. A tendência “securitária” (como se viu já, receosa da autonomia administrativa na definição do Direito aplicável, em especial nos casos de conflito normativo) que sustenta uma teoria sobre a excepcional desaplicação administrativa dos conflitos revela-se, assim, equívoca por várias razões, a mais relevante das quais, a própria derrotabilidade das invocadas normas de *conflitos*. Aliás, as soluções, construídas pela doutrina tradicional, de normas de conflito que admitem a desaplicação administrativa da norma, como *a)* a evidência do conflito, *b)* os precedentes decisórios administrativos e jurisdicionais, *c)* as eventuais relações hierárquicas melhor legitimadas democraticamente possíveis para essa desaplicação, entre outras, são, aqui, invertidas como *condições negativas de recurso às regras de conflito* que, em geral, habilitam a (normal) desaplicação administrativa de qualquer norma na criação de Direito num caso concreto⁷⁷. Esta vinculação administrativa às regras gerais de solução de conflitos normativos significa, pois, que, nos casos tradicionalmente identificados como condições de desaplicação das normas, o órgão administrativo se encontra limitado ou constrangido no uso dessas mesmas regras gerais de solução de conflitos. Mesmo que daqui não resultem consequências práticas muito diversas, assume a libertação da atividade administrativa do anátema de uma *incompetência* para a desaplicação administrativa da legalidade que reconhece a atividade administrativa criativa na definição do Direito aplicável e, em especial, na solução de conflitos normativos⁷⁸.

A solução aqui afirmada a partir de diferentes posições na doutrina procura valorizar as condições de definição administrativa da legalidade pela consideração das condições (jurídicas) de preferência na fundamentação de cada uma das soluções possíveis. Outros elementos a ter em conta impõem também a consideração de soluções jurídicas comparadas relevantes, principalmente em tempos de abertura e globalização socioeconômica e jurídica⁷⁹. Na resposta a algumas das perplexidades aqui suscitadas, PAULO OTERO acentua como a realização do princípio da legalidade se impõe no quadro constitucional da separação de poderes, pelo que remete a questão em torno da competência de desaplicação administra-

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 720.

⁷⁹ Sobre a relevância do direito comparado, mesmo para a definição administrativa do Direito aplicável, *vide* RICARDO SOUSA DA CUNHA, “O Argumento Jurídico Comparado para o Direito Plural”, *op. cit.*, pp. 1 e segs.

tiva da legalidade para a previsão da legitimidade processual ativa de todos ou de alguns órgãos da Administração Pública, que não apenas do Primeiro-Ministro, nos termos previstos na alínea c) do n.º 2 do art. 281.º da CRP. A Administração encontra-se dependente da atuação processual do Ministério Público, que lhe é autónomo e independente, para o esclarecimento das potenciais antinomias identificadas na determinação do Direito aplicável no caso concreto. Ora, a “defesa objetiva da juridicidade”⁸⁰ em juízo por parte dos órgãos da Administração Pública sempre poderia impor uma leitura sistemática da sua legitimidade processual ativa. De momento, no entanto, esta é uma possibilidade que parece esquecida em homenagem a “tempos de efervescência exacerbada de concepções subjetivistas do contencioso administrativo”⁸¹.

3.3.3. A vinculação administrativa ao direito da União Europeia

O recorte dos limites da fiscalização da constitucionalidade de norma definidora da atuação administrativa não pode deixar de ser considerada numa paralela limitada desaplicação de norma habilitadora de origem supranacional. Na definição do Direito aplicável, impõe-se à Administração Pública nacional a necessidade de resolver o eventual conflito causado pela aplicação do direito da União Europeia, entre a preferência a dar ao *princípio da legalidade*, marca genética da separação constitucional de poderes, na CRP assegurado pelo art. 268.º, e a *vinculação ao direito da União Europeia*, expressão da participação europeia prevista no n.º 5 do art. 7.º e assegurada pelo n.º 4 do art. 8.º da Constituição, em especial, para os atos normativos que gozem de aplicabilidade direta nas condições previstas pelo próprio direito da União Europeia.

A solução deste paradoxo não é fácil, mimetizando um outro de igual grau de dificuldade sobre a fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis, em especial considerando a vinculação administrativa ao regime de direitos fundamentais previsto no n.º 2 do art. 18.º da Constituição. Tradicionalmente, como já referido, na solução de antinomias, a Administração Pública encontra-se tendencialmente vinculada ao uso dos critérios cronológico ou de especialidade ape-

⁸⁰ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit., p. 710.

⁸¹ *Ibidem*, p. 713.

nas excecionalmente se admitindo a vinculação ao critério hierárquico⁸². Esta solução revela a preferência constitucional pela certeza e segurança jurídicas decorrentes da própria separação de poderes constitucional, que reserva aos tribunais a definição em última instância do Direito aplicável e sujeita a Administração Pública a uma legalidade superiormente legitimada democraticamente⁸³. No entanto, mesmo neste espaço, a função administrativa desempenha uma função criativa na definição do Direito aplicável a cada caso concreto⁸⁴ com igual potencial para transitar em julgado sem outro meio de controlo. Exemplo deste desafio criativo coloca-se na fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis construída como um conflito principialista entre o princípio da constitucionalidade e o princípio separação de poderes, numa interpretação que promove da certeza e segurança jurídicas por ANDRÉ SALGADO MATOS, que não admite uma solução apriorista, mas tem sempre de ponderar os diferentes tópicos em confronto que num caso concreto podem fazer pender para uma maior restrição qualquer um dos princípios⁸⁵. Este é um exercício cada vez mais colocado a nível supraestadual, considerando a crescente abertura cosmopolita do sistema de fontes a que se encontra vinculada a Administração Pública, não apenas doméstica, mas também europeia e até global⁸⁶.

Este desafio é especialmente sentido na vinculação administrativa ao direito da União Europeia, criado desde cedo numa “atmosfera administrativa”⁸⁷. Não foi fácil para a Administração Pública dos Estados-Membros lidar com esse novo nível de juridicidade, que se afirma hierarquicamente superior àquele que estabeleceu a pró-

⁸² Vide PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit., p. 696; e RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, op. cit., pp. 445 e segs.

⁸³ Na verdade, sempre se poderia questionar se esta posição não limita à Administração Pública a aplicação de certos resultados hermenêuticos, como seja a interpretação revogatória, mas não parece que se possa, à partida, recusar-lhe qualquer dos recursos da paleta hermenêutica, sejam os elementos da interpretação ou seus resultados hermenêuticos.

⁸⁴ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit., pp. 19 e segs.

⁸⁵ ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, op. cit., pp. 215 e segs.

⁸⁶ RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, op. cit., pp. 431 e segs.

⁸⁷ CARL FRIEDRICH OPHULS, “Les Règlements et les directives dans les Traités de Rome”, in C.D.E. 3, 10 (1966), apud MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito Administrativo da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 20, nota de rodapé 21.

pria Administração Pública doméstica e que tem sido a medida de todas as atividades administrativas. Entre as diferentes obrigações do primado do direito da União Europeia, algumas são impostas à Administração Pública dos Estados-Membros. A jurisprudência do TJUE geralmente aponta para a obediência administrativa nacional ao direito da União Europeia em termos semelhantes aos dos tribunais. No caso *Fratelli Costanzo*⁸⁸, o TJUE declarou que “[a]ssim como os tribunais nacionais, as administrações, incluindo as comunidades, têm o dever de cumprir o § (5) da diretiva e de não aplicar as regras do direito nacional que são contrárias a ela”. Nesse caso, estaria a aplicação de uma Diretiva, uma vez decorrido o prazo de transposição, omitido ou incorreto, “quando as disposições de uma diretiva, com o devido respeito ao seu conteúdo, forem incondicionais e suficientemente precisas, (existe) o direito de invocá-las perante os tribunais nacionais contra o Estado (...)”. Da mesma forma, “se as condições estabelecidas para a invocação das disposições de uma diretiva por indivíduos perante os tribunais nacionais forem cumpridas, todos os órgãos administrativos, incluindo entidades descentralizadas como as comunas, têm o dever de aplicá-las”. O argumento é que “também seria contraditório afirmar que os indivíduos têm o direito de recorrer perante os tribunais nacionais às disposições de uma diretiva que preenche as condições acima mencionadas para que a administração condene, não terá o dever de aplicá-las, derrogando as do direito nacional que as violem” (§ 31).

A questão colocada na vinculação administrativa às Diretivas, em especial quando confrontada com as suas medidas de transposição⁸⁹, não é necessariamente a mesma da antinomia resultante da aplicação de regulamentos da União Europeia e da legislação nacional subsequente. Aqui, o verdadeiro desafio reside no intérprete administrativo, colocado entre a obediência à lei imposta pela Constituição e ao regulamento determinado pelo próprio direito da União Europeia. Em Portugal, PAULO OTERO resolve a antinomia em favor do padrão europeu, com base no mesmo uso excecional dos critérios hierárquicos pelos órgãos da Administração Pública e à luz da cláusula constitucional de compromisso com a construção europeia da

⁸⁸ Acórdão de 22/6/1989, no proc. C-103/88, *Fratelli Costanzo Spa v. Município de Milão*, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:6a21529c-3958-4edc-9753-5d262e846a15.0009.03/DOC1&format=PDF> [consultado pela última vez em 27/5/2022].

⁸⁹ RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, op. cit., pp. 483 e segs. Não é fácil neste exercício aceitar o poder de desaplicação administrativa da legislação nacional que expressamente transpõe uma Diretiva, em homenagem ao princípio da certeza e segurança jurídicas, sem prejuízo para o dever de interpretação conforme que resulta do primado do direito da União Europeia.

Constituição Portuguesa (n.ºs 5 e 6 do art. 7.º) que funcionaria como critério automático para a solução dessas antinomias⁹⁰. A solução favorável à aplicação do direito da União Europeia não pareceria suficientemente alicerçada com referência à cláusula de compromisso europeu, mas seria sempre melhor referida ao *princípio de primado do direito da União Europeia* e dos seus corolários, construídos para os Estados-Membros, incluindo a sua Administração Pública, como *princípio de cooperação leal* pelo art. 4.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Os estudos comparativos do direito da União Europeia também adotaram a mesma posição, com STEFFEN DETTERBECK referindo-se à “impraticabilidade” de uma solução contrária⁹¹. No entanto, esta posição merece mais cuidada consideração.

À partida, metodologicamente, não cabe ao TJUE pronunciar-se sobre as modalidades de vinculação ao direito da União Europeia, mais ainda no que se refere à vinculação das Administrações Públicas dos Estados-Membros⁹². Esta ideia parte da histórica constatação dos excessos da ambição do legislador ordinário em determinar as modalidades de vinculação judicial ao Direito, no Código Civil, não sem ironia apropriando-se ilegitimamente do ideário hermenêutico da Escola Histórica do Direito que recusava a codificação, mais ainda a codificação de soluções hermenêuticas para os juízes⁹³.

Além disso, algo “profundamente perturbador”⁹⁴ pode extrair-se da jurisprudência do caso *Fratelli Costanzo*, no que se refere à sujeição administrativa ao direito da União Europeia preconizada pelo TJUE, em termos que parecem contrariar a sua própria jurisprudência no que se refere ao reconhecimento do princípio da autonomia institucional e processual⁹⁵ com referência mais recente

⁹⁰ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit., p. 680.

⁹¹ STEFFEN DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit verwaltungsprozessrecht*, Beck, Munique, 7. Auflage, 2009, pp. 42 e 50.

⁹² RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, op. cit., p. 485.

⁹³ JOANA AGUIAR E SILVA, *Para uma teoria hermenêutica da justiça – Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 304.

⁹⁴ MICHAL BOBEK, “Thou Shalt Have Two Masters; The Application of European Law by Administrative Authorities in the New Member Status”, in *Review of European Administrative Law*, vol. 1, n.º 1, 2008, pp. 51 e segs., maxime pp. 62 e 63.

⁹⁵ MAARTJE J. M. VERHOEVEN, “The ‘Costanzo Obligation’ and the Principle of National Institutional Autonomy: Supervision as a Bridge to Close the Gap?”, in *Review of European and Administrative Law*, vol. 3, n.º 1, 2010, pp. 23 a 64.

ao caso *Klaus Konle*⁹⁶, entre outra⁹⁷. A imposição à implementação administrativa doméstica do direito da União Europeia de um sistema originalmente elaborado para ser usado pelos tribunais, que podem ser ou são obrigados ao “reenvio prejudicial” do art. 267.º do TFUE, foi, aliás, criticada como “desigual” em termos que levaram o advogado-geral Colomer a sugerir a necessidade de restringir a sujeição administrativa ao direito da União Europeia precisamente aos órgãos com poderes para formular o reenvio prejudicial ao TJUE. O *princípio de autonomia institucional* impõe também a consideração das especificidades orgânicas nacionais, particularmente as que determinam o acesso da Administração aos tribunais habilitados a efetuar o reenvio prejudicial e aquelas que implicam a caracterização dos processos administrativos europeus diretos, de coadministração ou de administração indireta⁹⁸. Estas especificidades podem-se revelar insuficientes para acomodar as soluções da jurisprudência do já referido caso *Fratelli Costanzo* e que o Tribunal de Justiça não parece capaz de alterar unilateralmente.

É, portanto, difícil aceitar uma extensão liminar às Administrações Públicas dos Estados-Membros da vinculação jurisdicional ao direito da União Europeia. A vinculação administrativa excecional ao critério hierárquico na definição do Direito aplicável sempre determinaria uma possibilidade muito limitada de recusa administrativa da implementação de uma norma do direito da União Europeia que goza de aplicabilidade direta e supremacia com base em inconstitucionalidade ou mesmo ilegalidade por violação das regras da União Europeia de valor hierárquico superior. Nestes casos, a sujeição administrativa à legalidade e, excecionalmente, à constitucionalidade significa que a Administração Pública carece dos instrumentos adequados para controlar a conformidade constitucional de qualquer um desses

⁹⁶ Acórdão de 1/6/1999, proc. C-302/97, *Klaus Konle v. Áustria*, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0302&from=HR> [consultado pela última vez em 27/5/2022].

⁹⁷ Acórdãos de 9/9/2003, proc. C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v. Autorità Garante della Concorrenza e del Merato*, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0198&from=EN>, e de 29/4/1999, proc. C-224/97, *Erich Ciola v. Land Vorarlberg*, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0224&from=en> [consultados pela última vez em 27/5/2022].

⁹⁸ RICARDO SOUSA DA CUNHA, “A vinculação administrativa ao Direito da União Europeia – da jurisprudência europeia ao Código do Procedimento Administrativo”, in *Estudos em Homenagem do Professor Doutor Wladimir Brito*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 1403 e segs.

atos pelas razões acima mencionadas de segurança jurídica, evitando o risco de anarquia legal, aqui levantada mais seriamente a nível europeu.

Uma tão estrita vinculação administrativa não é também imposta pela sistemática do direito da União Europeia. Na solução administrativa de qualquer antinomia do Direito nacional com o direito da União Europeia, a ponderação entre primado e autonomia institucional tem sempre de ponderar o teste do *princípio da especialidade* na base da transferência de competências dos Estados-Membros para a União Europeia e ao abrigo do qual a vinculação administrativa ao direito da União Europeia se dá, antes, inclusivamente de qualquer tentação de resolver qualquer antinomia através do (como já se viu, muito limitado) controlo administrativo hierárquico⁹⁹. Mesmo o *princípio do primado* impõe entre as suas obrigações a interpretação de todo o Direito nacional de acordo com o direito da União Europeia, num diálogo complexo entre o direito da União Europeia e o direito dos Estados-Membros que é o resultado de muitos anos de trabalho conjunto na construção do ordenamento jurídico europeu. Por conseguinte, não é possível reter a aplicação administrativa do direito da União Europeia para uma prevalência acrítica de qualquer norma europeia sobre qualquer norma nacional. A solução preferida impõe o *princípio da interpretação conforme do Direito nacional ao Direito da União Europeia*¹⁰⁰ que deve garantir a efetividade do direito da União Europeia ao mesmo tempo que respeita a autonomia soberana dos Estados-Membros. Este esforço hermenêutico não é proibido à Administração, antes é-lhe imposto, mesmo no contexto da sujeição especial à lei excecionalmente permitida pelo poder de rever a constitucionalidade ou a legalidade da União Europeia das normas que aplica. Esta obrigação não pode, no entanto, ser estendida aos limites projetados para a implementação judicial interna do direito da União Europeia, nem pode pôr em causa as competências das instituições da União Europeia na garantia do cumprimento direito da União, *maxime* da Comissão e do Tribunal de Justiça, através do mecanismo da ação por incumprimento prevista nos arts. 258.º e segs. do TFUE.

Na definição desta diferente vinculação administrativa ao direito da União Europeia não se podem deixar de considerar as circunstâncias de cada caso entre

⁹⁹ RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, op. cit., pp. 384 e segs.

¹⁰⁰ RICARDO SOUSA DA CUNHA, “A proibição de abuso na contratação laboral sujeita a termo pelo empregador público – conforme ao direito da UE é à margem da Constituição?”, in *Questões Laborais*, n.º 44, julho 2014, Coimbra Editora, pp. 15 a 40.

as referidas “condições de preferência” na solução do conflito principialista entre certeza e segurança jurídicas e (inter)constitucionalidade, nacional e europeia.

A partir da excecional utilização do critério hierárquico pela Administração Pública, a solução administrativa de um conflito entre Direito nacional e o direito da União Europeia deverá tomar em consideração os atos jurídicos em conflito para definir condições de preferência entre os princípios da legalidade administrativa e do primado do direito da União Europeia. A preferência administrativa pelo recurso, na solução de conflitos normativos, ao critério cronológico ao invés do critério hierárquico, como visto, torna mais difícil de resolver o conflito entre uma norma legal posterior a uma de valor hierárquico superior. Assim sendo, naturalmente, será mais fácil aceitar uma mais estrita vinculação administrativa ao direito da União Europeia que goza de aplicabilidade direta, como os Tratados e os Regulamentos, do que às Diretivas, em especial às Diretivas já transpostas¹⁰¹. Será também mais difícil aceitar a desaplicação de uma norma legislativa que, expressamente, pretende transpor uma Diretiva, que não goza de aplicabilidade direta, mas apenas de efeito direto vertical e indireto horizontal. Não será, mesmo, linear a solução de conflito entre norma posterior e ato jurídico da União Europeia que goze de aplicabilidade direta. Neste, como noutros casos, é necessário considerar a natureza dos órgãos administrativos, bem como a natureza do procedimento administrativo de administração europeia coadministração, direta ou indireta¹⁰². A integração dos órgãos das Administrações Públicas dos Estados-Membros nos procedimentos de coadministração ou de administração europeia direta facilita a sua vinculação ao direito da União Europeia, face àqueles de administração europeia indireta, mesmo que nestes últimos, na verdade, o mais fácil acesso à Comissão permita também um mais fácil uso da ação por incumprimento, previsto nos arts. 258.º e segs. do TFUE, afinal o mecanismo criado para fazer face ao incumprimento do direito da União Europeia pelos Estados-Membros, no exercício de qualquer uma das suas funções¹⁰³.

¹⁰¹ RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, op. cit., pp. 384 e segs.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 184 e segs.

¹⁰³ Sobre esta questão, vide RICARDO SOUSA DA CUNHA, “A vinculação administrativa ao Direito da União Europeia – a propósito da desaplicação da Lei n.º 58/2019, de 8/8, pela CNPD com fundamento na violação do RGPD”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 142, Julho/Agosto 2020, pp. 3 e segs.

Finalmente, pelo que vai referido, dificilmente este exercício hermenêutico admite uma desaplicação administrativa com ambição de eficácia *erga omnes* que não se encontra tipificada entre as suas competências, sem prejuízo para os efeitos de publicidade assim conseguidos. Não parece que a desaplicação administrativa do Direito, neste caso da União Europeia, tivesse sido pensada pela doutrina para atos genéricos de desaplicação suscetíveis de encontrar desafios importantes no cumprimento do princípio da separação de poderes¹⁰⁴, mas antes para a desaplicação administrativa quando chamada a desempenhar as suas competências através dos seus atos típicos, em termos que pudessem ser argumentativamente desafiadores junto dos competentes sistemas de garantia jurisdicional¹⁰⁵.

Por tudo o que vai referido, ao contrário do que o Tribunal indica no caso *Costanzo*, não seria de excluir uma diferente sujeição ao direito da União Europeia pelos diferentes poderes funcionalmente separados pela Constituição – essa é a sua natureza e o seu papel na estrutura de poder constitucionalmente controlada, em especial, considerando a referida excecional vinculação administrativa ao critério hierárquico na solução de conflitos normativos. Esta solução pode incluir casos em que a Administração Pública pode ter de recusar a aplicação de uma norma com base na violação do direito da União Europeia, por exemplo, em casos de incumprimento repetido do direito da União pelo legislador por falta ou erro na transposição, adjudicada pelo TJUE em caso de não conformidade com o di-

¹⁰⁴ A este propósito, não é despidiendo recordar que a Comissão Nacional de Proteção de Dados participou no procedimento legislativo que conduziu à aprovação da Lei n.º 58/2019, de 8/8, conforme se documenta em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e686279396a5a57593359544d794f4330325a44526c4c54526c4e546b74596a41304e4331694e54426d4f5449314d6a64684d7a45756347526d&fich=cef7a328-6d4e-4e59-b044-b50f92527a31.pdf&Inline=true>.

¹⁰⁵ Uma desaplicação genérica de normas nacionais unilateral pelos órgãos administrativos pode levar a que fiquem por cumprir deveres administrativos definidos pelo legislador, como pode ter sido o caso com a desaplicação administrativa pela Comissão Nacional de Proteção de Dados da legislação nacional em matéria de recolha de metadados, mas que se manteve em vigor e cumprida pelos restantes destinatários na recolha, conservação e acesso aos respetivos dados. Sobre esta matéria, vide o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220268.html> [consultado pela última vez em 17/5/2022], e Acórdão do TJUE de 21/12/2016, procs. apensos C-203/15 e C-698/15, *Tele 2*, disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=71B41E9D9014ADBA11B96CDF71CBC79B?text=&docid=186492&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=256136??> [consultado pela última vez em 19/4/2022].

reito da União (nos termos dos arts. 260.º e segs. do TFUE) ou de uma decisão dos tribunais nacionais (prevista no art. 267.º do TFUE). Porém, mais relevante do que admitir a subversão dos termos de sujeição administrativa à lei, essa é a construção a ser feita com referência à participação e ao controlo, também pelas Administrações Públicas dos Estados-Membros, na vinculação externa ao Estado, conforme construído pelo “direito constitucional externo” (*Außenverfassungsrecht*), em termos comparáveis aos adotados pelo TFUE no reforço da participação dos Parlamentos Nacionais na adoção da legislação da União Europeia¹⁰⁶. Esta é a melhor forma de garantir a unidade da ação estadual, envolvendo, sempre que relevante, a Administração Pública e recusando reduzir o autocontrolo legislativo do Direito aplicado pela Administração Pública a uma fase interna do procedimento legislativo ou de logística.

4. “Poderes” e “fins” da definição administrativa da legalidade

A crescente abertura cosmopolita do sistema de fontes de direito administrativo vem confirmar a debilidade da natureza imperativa do “bloco de juridicidade” a que, tradicionalmente, se considerava, metodologicamente, sujeita a Administração Pública portuguesa com a possibilidade de um controlo muito limitado ou excecional. O conflito de princípios anunciado na fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis é mais claramente evidenciado, e exacerbado, pela consideração hierárquica do direito da União Europeia pelas Administrações Públicas dos Estados-Membros. A partir deste mesmo diagnóstico, PAULO OTERO vislumbra uma ameaça para a tradicional construção da própria unidade do sistema jurídico para concluir como a “*Constituição está ainda por cumprir e a unidade do sistema jurídico por realizar*”¹⁰⁷.

Os exemplos acrescentados ao longo deste texto podem, no entanto, indiciar que, mais do que saber se está por cumprir integralmente a Constituição e o princípio constitucional da legalidade administrativa, interessa procurar saber se este diagnóstico não é revelador de uma marca genética da separação constitucional

¹⁰⁶ VOLKER RÖBEN, *Außenverfassungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, *passim*, e RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, *op. cit.*, pp. 507 e segs.

¹⁰⁷ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, *op. cit.*, p. 1102.

de poderes que ameaça antes a percepção de (mais) um mito constitucional consuetudinário a propósito daquele princípio, cujo entendimento tradicional da nossa doutrina se encontra definitivamente posto em causa. Na resolução destes conflitos, não há soluções unilaterais apriorísticas que resolvam esta questão, colocada no cerne do próprio projeto constitucional liberal, mas revelam as *singularidades* de uma metódica jurídica administrativa em construção no quadro do princípio da separação de poderes que interessa continuar a prosseguir num contexto cada vez mais cosmopolita, complexo e muitas vezes multidirecional. Já se viu como mesmo o argumento em torno da eventual responsabilidade administrativa não é aqui decisivo, uma vez que os juristas, enquanto construtores de sentido, devem sempre preferir soluções de coerência jurídica primária em detrimento de soluções secundárias de responsabilidade esgrimidas *ad terrorem*¹⁰⁸.

A definição administrativa do Direito aplicável não se pode converter num exercício dirigido a adivinhar as soluções dos tribunais, mesmo considerando o peso da jurisprudência na definição do Direito aplicável pela Administração Pública, como, por exemplo, se viu na solução do conflito de princípios entre a certeza e a segurança jurídicas e a constitucionalidade, na fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis – que nunca pode pretender definir as condições de vinculação administrativa ao Direito, como também se viu a propósito da crítica formulada ao referido acórdão *Fratelli Constanzo*.

A ilustração da consideração dos “poderes” e “fins” enumerados pelo n.º 1 do art. 3.º do novo CPA na vinculação administrativa à legalidade é também referida à questão que parece (erroneamente) identificada como dirigida à vinculação administrativa ao direito civil, mas que considera, precisamente, os limites da posição administrativa na vinculação ao Direito.

As pistas aqui prosseguidas implicam a adequada consideração dos desafios jurídicos metodológicos próprios do exercício da função administrativa no quadro do diálogo dos poderes separados pela Constituição. As propostas de reforma afirmadas, entre outras, alargando a legitimidade processual ativa da Administração ou, inclusivamente, aquelas avançadas sobre a participação administrativa na vinculação externa do Estado, procuram “apenas” uma mais perfeita determinação administrativa do Direito aplicável, em especial, na solução de conflitos e

¹⁰⁸ RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, op. cit., p. 287.

antinomias. A “navegação de um cosmos normativo” cada vez mais complexo – de origem nacional, europeia e internacional, administrativa e civil – ilustra aqui os complexos poderes de vinculação administrativa à legalidade, na prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos fundamentais, em especial do direito de propriedade dos terceiros afetados. Naturalmente, a complexificação das funções do Estado Social de Direito, mais ainda na sua permanente reinvenção, evidencia, cada vez mais, esta muito particular vinculação administrativa ao Direito. As soluções, por vezes contraditórias, encontradas revelam os desafios em geral deixados à metodologia jurídica *plural* em tempos de *indeterminação jurídica cosmopolita* a que também se sujeita a Administração Pública. Aliás, a consideração de muitos dos instrumentos hermenêuticos aqui afirmados, por exemplo, na solução administrativa de conflitos e antinomias normativas, nomeadamente na fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis, aponta para a integração de elementos novos, alguns “meramente” *de facto*, na argumentação jurídica, com consequências que ultrapassam este espaço.

5. Conclusão

As pistas aqui lançadas procuram não abandonar a função administrativa na interceção com a crescente abertura, complexidade e indeterminação do sistema de fontes de Direito, ao cuidado de um *niilismo* hermenêutico que converta o exercício do poder público administrativo em mero *decisionismo*. Se, como se afirmou, o *princípio da separação de poderes* é o ponto de partida para a caracterização das especificidades metodológicas próprias de cada função estadual, é o particular sistema de equilíbrios criado que se constituiu como decisiva *norma de competência* a partir da qual se podem construir as condições, mesmo que variáveis, de cumprimento do princípio da sujeição da atividade administrativa ao Direito.

Esta vinculação, nos termos do n.º 1 do art. 3.º do novo CPA, feita ao “*direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins*”, integra já as especificidades metodológicas colocadas aos órgãos administrativos na definição de uma cada vez mais complexa vinculação a um cada vez mais complexo mundo jurídico. A abertura do sistema de fontes de direito administrativo junta, necessariamente, à cada vez mais rica normatividade também o “Direito” cada vez mais complexo e sofisticado. Na verdade, a Constituição nunca escondeu as especificidades da atividade administrativa, metodologica-

mente significativas, naturalmente – o n.º 1 do art. 266.º inaugura a referência constitucional à “Administração Pública” com a previsão de que esta “*visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*”. Esta dicotomia entre *interesse público* e *direitos dos cidadãos* revela uma tensão no exercício da atividade administrativa entre legalidade e interesse público que se viu ter sido remetida para o cumprimento do projeto constitucional liberal, e que não é decisiva na realização constitucional do Direito do *caminho* (método) do Direito pela função administrativa.

As consequências extraídas da reafirmação quotidiana das especificidades metodológicas da vinculação administrativa ao Direito estendem daqui às demais funções do Estado. Para a construção administrativa do direito administrativo, a evidência dos limites do *princípio da legalidade administrativa* face a uma perspectiva que orientou larga parte da construção do direito administrativo contemporâneo não pode deixar de ter consequências, desde a formação procedimental da vontade administrativa, passando pela posição processual afirmada na resolução de conflitos, bem como a intensidade de controlo, nomeadamente face ao exercício dos poderes discricionários. Em todos estes casos, apenas mais e melhor atenção às especificidades metodológicas da função administrativa permitem construir um diálogo jurídico politicamente significativo sob a Constituição. As consequências serão ainda mais interessantes para a construção da vinculação jurídica das demais funções do Estado, separadas pela Constituição, assim revalorizada como critério decisivo para a metodologia jurídica a partir, também aqui, dos respetivos “poderes” e “fins”, exemplo quotidiano da quebra hermenêutica da tradicional distinção metodológica “norma” e “facto”.