

Compêndio de **Direitos** **Humanos**

Comissão dos Direitos Humanos
da Ordem dos Advogados
2020-2022



ORDEM DOS
ADVOGADOS

Ficha-técnica

Autoria: Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados

Edição: Departamento Editorial e Comunicação da Ordem dos Advogados

Fotografia da capa: “O fracasso da gravata” por Mário Rocha

Paginação: Finepaper

Revisão: Elsa Mariano

Novembro 2022

Compêndio de **Direitos** **Humanos**

Comissão dos Direitos Humanos
da Ordem dos Advogados
2020-2022

ÍNDICE GERAL

LUÍS MENEZES LEITÃO

INTRÓITO.....6

PREFÁCIO.....9

COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA ORDEM DOS
ADVOGADOS.....13

ANA RITA GIL

Os Direitos Humanos nos fluxos migratórios
“massivos”: da crise migratória de 2015 à crise de deslocados
da Ucrânia de 2022.....14

ANA SOFIA GOMES

Direito à identidade genética no ordenamento jurídico
português: Quo Vadis?.....30

ANTÓNIO GARCIA PEREIRA

O Direito do Trabalho na primeira linha de combate
pelos Direitos Humanos.....42

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

A Constituição e o Código Civil em diálogo sobre a tutela dos
direitos da pessoa.....51

ANTÓNIO TAVARES E FRANCISCO CASTELO BRANCO

Direitos Humanos e Saúde Mental: Novos desafios para
o século XXI.....60

CARLOS MELO ALVES

A Justiça Penal, a Verdade e a Guerra no Contexto dos
Direitos Fundamentais do Cidadão.....69

CONSTANÇA URBANO DE SOUSA

Direito fundamental ao respeito pela vida familiar
do imigrante: Direito ao reagrupamento familiar e limites
à expulsão.....81

EMELLIN DE OLIVEIRA

A detenção de migrantes e o direito à liberdade e à
segurança — faces opostas de uma mesma moeda?.....98

FERNANDA PAULA OLIVEIRA

Direitos humanos e urbanismo/ordenamento do
território.....113

FERNANDO JOSÉ SILVA

Protecção das Crianças Refugiadas.....126

GERMANO MARQUES DA SILVA

Direito Penal e Direitos Humanos: Confronto,
Contenção, Simbiose dos Sistemas e os desafios dos fluxos
migratórios.....140

RICARDO SÁ FERNANDES

A Tutela dos Valores Constitucionais, um Sistema
Agrilhado.....153

TERESA PIZARRO BELEZA

Breve Reflexão sobre Direito da Igualdade, definições de
Alteridade e Subordinação: a Discriminação não é
Sinalagmática”.....171

ÍNDICE DE AUTORES.....179

INTRÓITO

O triénio 2020-2022 foi especialmente gravoso no que exigiu à Ordem dos Advogados para cumprimento da sua principal atribuição, constante do art. 3º a) do seu Estatuto: "Defender o Estado de Direito, os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e colaborar na administração da Justiça".

Efectivamente, a partir de 11 de Março de 2020 a Covid-19 foi declarada pandemia mundial e a sua repercussão em Portugal levou a que o nosso país tivesse assistido a situações que nunca tínhamos presenciado nas mais de quatro décadas de vigência do nosso regime constitucional. Os direitos constitucionais dos cidadãos foram suspensos através de estados de emergência decretados por quinze vezes mas, mesmo depois de levantado o estado de emergência, esses direitos continuaram suspensos com base em resoluções do Conselho de Ministros, meros regulamentos do Governo, que nunca poderiam restringir, quanto mais suspender direitos fundamentais. Mas, com base nessas resoluções do Conselho de Ministros, foram instituídas no nosso país imposições de recolher obrigatório, proibições de circulação de cidadãos no território nacional e colocação de pessoas em quarentena domiciliária por ordem administrativa, sem controlo judicial, e sem que as mesmas apresentassem qualquer infecção ou doença. Apenas por acção dos Advogados, através da sucessiva instauração de providências de "habeas corpus", foram defendidos os direitos dos cidadãos, já tendo o Tribunal Constitucional

proferido 23 acórdãos a declarar a inconstitucionalidade das medidas tomadas durante a pandemia.

A Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados acompanhou desde o início o primeiro "habeas corpus" que foi instaurado pelo Colega Pedro Bettencourt Gomes contra as quarentenas nos Açores, tendo-lhe atribuído o Prémio Ângelo d'Almeida Ribeiro pela coragem que teve na defesa dos direitos humanos contra os actos ilegais de privação da liberdade.

A Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados teve igualmente uma acção decisiva no caso dos lares de idosos, em que pessoas de idade foram abandonadas em lares, onde ocorreram graves surtos de Sars-Cov-2, com inúmeras vítimas mortais, sem que as famílias soubessem se os seus entes queridos estavam vivos ou mortos. Apenas após esta sua intervenção foram tomadas medidas pelo Governo para proteger os utentes dos lares de idosos.

A Comissão de Direitos Humanos actuou ainda, juntamente com o Instituto do Acesso ao Direito, no apoio aos refugiados da guerra da Ucrânia, tendo sido montada uma complexa operação que reuniu mais de 1400 advogados para assistência "pro bono" aos cidadãos ucranianos. A Embaixada da Ucrânia agradeceu expressamente este trabalho dos Advogados em apoio dos seus cidadãos vítimas de uma guerra de agressão, ilegal e injusta.

Para a defesa dos direitos humanos, a Comissão de Direitos Humanos elaborou agora este Compêndio de Direitos Humanos, que irá constituir um verdadeiro manual para aprendizagem das lições que devemos retirar depois de termos atravessado o período mais difícil das últimas décadas. Mas os membros da Comissão de Direitos Humanos souberam dar o exemplo de nunca desistir, por muitas dificuldades que tivessem surgido, em ordem a realizar a mais importante missão da Ordem dos Advogados.

Felicitó assim o Presidente da Comissão de Direitos Humanos, Dr. João Lobo do Amaral, a Vice-Presidente Dra. Márcia Martinho da Rosa e os seus Vogais Drs. José Mendes de Moraes, Leonor Valente Monteiro, J. G.

Normanha Salles Jr., Mariana Ferreira Macedo, Ricardo Serrano Vieira e Sancha Campanella por todo o trabalho que desenvolveram neste triénio e que este Compêndio de Direitos Humanos bem espelha. A Ordem dos Advogados está muito grata pelo valioso trabalho da sua Comissão de Direitos Humanos.

Lisboa, 5 de Dezembro de 2022

Bastonário da Ordem dos Advogados

Luís Menezes Leitão

PREFÁCIO

Este Compêndio constitui um culminar de um triénio de actividade desta Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados (CDHOA) e que se pautou por enormes desafios no âmbito dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana.

De facto, logo no início do ano de 2020, com o eclodir da pandemia em virtude da COVID-19, a nossa sociedade enfrentou variadas situações adversas no seu quotidiano, e que mereceram uma tutela efectiva por parte do Estado, nomeadamente no que concerne a diversos conflitos de direitos fundamentais, que exigiram sempre um equilíbrio entre os mesmos, e para que, uns e outros, não ficassem totalmente esvaziados do respetivo núcleo essencial. Enfrentámos uma realidade que nunca havíamos vivenciado, e que nos deixa um alerta muito firme para o Futuro, quer do ponto de vista da Saúde Pública, quer do necessário enquadramento jurídico que aquela pode exigir em diversas realidades da nossa Vida.

Os Direitos Humanos universais e indivisíveis, foram postos à prova perante o direito à saúde pública, com sucessivas restrições dos mesmos, impondo à CDHOA e à Ordem dos Advogados uma atuação constante e atenta na garantia e na defesa dos direitos humanos e na compatibilização com a situação pandémica e de emergência.

Portugal (e o Mundo) tem enfrentado um acentuado fluxo migratório, resultante de alguns conflitos políticos e bélicos em curso, e ainda, de miseráveis condições humanas que infelizmente assolam

muitos países do Mundo, onde imperam a fome, a doença, os desastres ambientais e a falta de recursos, que permitam fazer face àquelas duras realidades. Portugal tem sido um país de acolhimento destes migrantes, contudo, por vezes, estes não têm sido respeitados nos seus mais elementares Direitos Humanos, ocorrendo várias situações de exploração humana (especialmente no âmbito laboral) e de deficiente acomodação habitacional e com vergonhosas condições sanitárias, as quais não são compatíveis com a dignidade da pessoa humana.

Relativamente à questão da migração, e de muitas queixas e casos públicos e notórios que nos chegaram a esta Comissão de Direitos Humanos, entendemos que o Estado deve repensar toda a política migratória nacional por forma a assegurar todos os direitos constitucionalmente garantidos, a estes migrantes, em termos de dignidade da pessoa humana e que a Comissão de Direitos Humanos, pretendeu e pretende sempre assegurar no âmbito das suas competências zelar pelo respeito dos direitos fundamentais dos cidadãos, nos termos consagrados na Constituição da República Portuguesa e nas diversas convenções internacionais que versam sobre esta matéria, assim bem como promover por todos os meios ao seu alcance a defesa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, colaborando ativamente com organizações cívicas e institucionais congéneres, nacionais e internacionais, assim bem como denunciar situações violadoras dos princípios universalmente aceites em defesa dos direitos humanos.

A ofensiva militar russa na Ucrânia criou o maior fluxo migratório na Europa desde a Segunda Guerra Mundial, o que tornou urgente diversos procedimentos no acolhimento dos migrantes em Portugal, uma vez que cidadãos que viviam na Ucrânia tiveram de se refugiar em toda a Europa, tendo esta Comissão apoiado tais cidadãos.

A Comissão de Direitos Humanos esteve na linha da frente na proteção de todos os cidadãos, também com especial enfoque na população mais vulnerável, com a realização de uma proposta de Estratégia Nacional de Proteção aos Idosos na Pandemia, intervenção no âmbito das pessoas em situação de sem-abrigo, respostas a inúmeros casos que visam a saúde mental, migrantes, com uma ampla abordagem sobre o direito laboral em Portugal, analisado nas diferentes perspetivas, apoio especial (assistência jurídica gratuita) aos cidadãos ucranianos, sem esquecer também aqueles que estão privados da liberdade, com visitas e reuniões de norte a sul a Estabelecimentos Prisionais.

A presente Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados

atravessou uma pandemia mundial que transformou, brutalmente, as rotinas da população prisional com a aplicação de restrições nas visitas, nas deslocações para diligências para audiências de julgamento, com limitações nos contactos com os defensores.

Perante esta nova realidade a Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados, teve um papel ativo na articulação com os advogados que, diariamente nos faziam chegar várias situações, como dificuldades de comunicação com os detidos, os problemas sanitários existentes nas cadeias portuguesas (com falta de equipamentos de proteção individual) entre outras.

Semanalmente recebemos e respondemos a pedidos de ajuda de advogados, reclusos e seus familiares, que fizemos chegar às entidades respetivas, para o respetivo tratamento, fazendo o acompanhamento sempre até à resolução final.

Entre as comunicações recebidas, destacamos a os pedidos de necessidade de reforçar as medidas sanitárias, para salvaguarda dos reclusos e dos advogados que os visitavam. A introdução dos acrílicos por forma a permitir as reuniões e a realização de videoconferências entre causídicos e clientes permitiu, com a colaboração e esforço de todos, que muitos julgamentos se fizessem.

Para conhecer a realidade prisional e condição a que os reclusos estão sujeitos, de norte a sul, e nas ilhas, todos os membros da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados, se deslocaram aos vários estabelecimentos prisionais.

O flagelo da violência doméstica, que se intensificou no período pandémico, exigiu uma atitude concertada desta Comissão com outras Organizações de modo a colmatar as falhas do sistema judicial, como por exemplo, a falha que existe no tempo de espera entre a apresentação da queixa crime e a nomeação de advogado oficioso através do sistema de acesso ao direito, permitindo que as vítimas tenham desde a primeira hora acompanhamento de advogado/a, através da celebração de um protocolo com a Plataforma Portuguesa para os Direitos das Mulheres, que congrega 28 Associações de todo o país, tendo nesse âmbito sido criada a bolsa de advogados/as que conta com mais de 500 inscritos e que se encontram atualmente disponíveis para dar apoio às vítimas de violência doméstica, enquanto não lhes for nomeado um advogado oficioso.

Não esqueçamos que a tutela e a defesa da dignidade da pessoa humana, nos mais variados âmbitos, constitui infinito desafio para todos

os Estados Democráticos de Direito, com reflexo no equilíbrio da Ordem Mundial.

O presente compêndio pretende proceder a uma reflexão sobre diversas áreas dos direitos humanos afetadas no ciclo pandémico, como o direito à liberdade, igualdade e segurança, proteção das crianças, migrantes e família, identidade genética e urbanismo.

O combate às desigualdades e a concretização dos direitos humanos em todas as esferas da vida, será sempre uma luta constante e contínua, uma vez que não há direitos perpetuamente adquiridos e não podemos acreditar na imutabilidade civilizacional e política, pelo que todos os direitos podem ser reversíveis.

Temos de permanecer vigilantes e ativos contra qualquer forma de violência contra os direitos humanos e de retrocesso civilizacional.

O nosso agradecimento a todos os autores que contribuíram para a produção do presente compêndio sobre Direitos Humanos, a saber: Prof.^a Doutora Ana Rita Gil; Prof.^a Doutora Ana Sofia Gomes; Prof. Doutor António Garcia Pereira; Prof. Doutor António Pinto Monteiro; Prof. António Tavares e Prof. Francisco Castelo Branco; Dr. Carlos Melo Alves; Prof.^a. Doutora Constança Urbano de Sousa; Dra. Emellin de Oliveira; Prof.^a. Doutora Fernanda Paula Oliveira; Prof. Doutor Fernando José Silva; Prof. Doutor Germano Marques da Silva; Dr. Ricardo Sá Fernandes e Prof.^a Doutora Teresa Pizarro Beleza

Lisboa, Novembro de 2022

A Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados

João Lobo do Amaral
Márcia Martinho da Rosa
J C Normanha Salles Jr
José Mendes de Moraes
Leonor Valente Monteiro
Mariana Ferreira Macedo
Ricardo Serrano Vieira
Sancha de Campanella

COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS



João Lobo
do Amaral

PRESIDENTE



Márcia
Martinho
da Rosa

VICE-PRESIDENTE



José Mendes
de Moraes

VOGAL



Leonor
Valente
Monteiro

VOGAL



J C Normanha
Salles Jr

VOGAL



Mariana
Ferreira
Macedo

VOGAL



Ricardo
Serrano Vieira

VOGAL



Sancha
Campanella

VOGAL

OS DIREITOS HUMANOS NOS FLUXOS MIGRATÓRIOS “MASSIVOS”: DA CRISE MIGRATÓRIA DE 2015 À CRISE DE DESLOCADOS DA UCRÂNIA DE 2022

*Pela Prof.ª Doutora Ana Rita Gil**

1. Introdução: do surgimento do controlo das migrações ao sistema europeu de asilo

O fenómeno das migrações em massa não é um fenómeno novo. Ao longo da História, as grandes guerras, incluindo os conflitos internos, provocaram sempre deslocações massivas, compostas por milhares de pessoas desesperadas por salvar as suas vidas e integridade pessoal. Se nos inícios da História os Estados não combatiam estas deslocações, a partir da I^a Guerra Mundial, os Estados Europeus, bem como os Estados Unidos da América, começam a afirmar um poder soberano de admissão dos estrangeiros nos seus territórios¹. Já no pós II^a Guerra surgia outro

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa. Investigadora do Centro de Investigação em Direito Público.

¹ Sobre esta evolução, v. o nosso *Imigração e Direitos Humanos*, Petrony, 2021, p. 48 e ss.

dado: a Declaração Universal dos Direitos Humanos veio garantir que “toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países”. Passados dois anos, foi adotada Convenção de Genebra de 1951 sobre o Estatuto do Refugiado. Esta Convenção é ainda considerada o instrumento central no Direito Internacional dos Refugiados, por ser aquele que define quem pode ter esse estatuto, através de uma formulação genérica e universal, independentemente da pertença a um grupo pré-determinado. Nos termos do seu art. 1.º, é considerado refugiado o nacional de um país terceiro que, receando com razão ser perseguido em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, convicções políticas ou pertença a um determinado grupo social, se encontre fora do país de que é nacional e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção desse país. Este instrumento consagrou também o princípio do *non refoulement*, que constitui o direito humano basilar e nuclear em matéria de migrações, e que proíbe o afastamento de refugiados para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas (art. 33.º, n.º1).

Surgia assim o início daquilo que viria a ser a *summa divisio* que caracteriza o Direito das Migrações: a separação entre aqueles que abandonam os seus países devido a perseguições, e os demais — os imigrantes —, categoria heterogénea que abrangeria um conjunto muito vasto de pessoas, que saíam dos seus países por motivos económicos, familiares, profissionais, escolares, *inter alia*. Contrariamente aos primeiros, estes últimos não poderiam invocar qualquer direito a residir em outros países, estando dependentes da total discricionariedade dos Estados de acolhimento para o efeito.

A partir da década de 90, a União Europeia começou a desenvolver o embrião de uma política comum de asilo e imigração, destinada a harmonizar as normas dos Estados-Membros nas duas matérias². Foi nessa década que os Estados-Membros foram confrontados com o primeiro fluxo massivo de deslocados, provenientes da Guerra da Jugoslávia, cujo número chegou a atingir os dois milhões³. Esta experiência levou os

² As matérias em causa constituem hoje matéria de competência partilhada entre a União Europeia e os Estados-Membros, nos termos do art. 4.º, n.º2, j) do TFUE.

³ GUIDO AMBROSO, *The Balkans at a crossroads: Progress and challenges in finding durable solutions for refugees and displaced persons from the wars in the former Yugoslavia*, UNHCR, Policy Development and Evaluation Service, 2006.

Estados-Membros a adotar uma Diretiva destinada a dar uma resposta eficaz a futuras situações de migrações em massa. Criou-se então um mecanismo destinado a conceder proteção temporária em caso de afluxo massivo de pessoas à União Europeia (UE) — a “Diretiva da Proteção Temporária”⁴. Esta foi a primeira Diretiva adotada no âmbito da política europeia de asilo.

Nos anos que se seguiram, a União Europeia desenvolveu o “Sistema Europeu comum de Asilo”, composto por um conjunto de atos legislativos destinados a harmonizar as normas dos Estados-Membros em matéria de proteção internacional de refugiados. A Convenção de Genebra de 1951, bem como o direito fundamental ao asilo, expressamente consagrado no art. 18.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), são as bases fundamentantes deste sistema. Os principais atos legislativos correspondem, hoje, a três Diretivas e um Regulamento: uma Diretiva destinada a regular os procedimentos de asilo nos Estados-Membros⁵, uma Diretiva que regula as normas de acolhimento dos requerentes de asilo⁶ e, mais importante para a nossa análise, a Diretiva que determina quem pode beneficiar de um estatuto de proteção internacional. São dois os estatutos previsto neste ato: o estatuto de refugiado (cuja noção é igual ao da Convenção de Genebra), e o estatuto de proteção subsidiária, destinado a proteger aqueles que, não cumprindo as condições para poderem ser considerados refugiados, invoquem que, caso volte para o seu país de origem, ficarão sujeitos a penas ou tratamentos desumanos e degradantes ou a perigo para a vida e integridade pessoal (nomeadamente devido à existência de conflito armado)⁷. Nos dois casos,

⁴ Diretiva n.º 2001/55/CE de 20 de julho, relativa a normas mínimas em matéria de concessão de proteção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e a medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento. Sobre o regime desta Diretiva v., inter alia, K. KERBER, “The Temporary Protection Directive”, *European Journal of Migration Law*, issue 4, 2002, p. 193 e ss., A. SKORDAS, “Temporary Protection Directive 2001/55”, in *EU Immigration and Asylum Law — A Commentary*, K. HAILBRONEER & D. THYM (eds.), Nomos, 2016, 1054 e ss., MELTEM İNELİ CİĞER, *Temporary Protection in Law and Practice*, Brill Nijhoff, 2018.

⁵ Diretiva 2013/32/UE, que estabelece procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional.

⁶ Diretiva 2013/33/UE, que estabelece normas mínimas comuns em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional.

⁷ Diretiva 2011/95/UE, sobre condições a preencher para beneficiar de proteção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária.

o imigrante “forçado” beneficia também de um direito de asilo — *i.e.*, de residir no Estado-Membro de acolhimento⁸.

Por fim, importa ainda referir o chamado “Regulamento Dublin”, que estabelece qual o Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado no espaço europeu⁹. Este ato destina-se a assegurar que um pedido seja analisado apenas por *um* Estado-Membro. Ora, a “alocação” de um requerente de asilo a um Estado concreto é feita através de uma hierarquia de critérios objetivos. Na prática, o critério mais aplicado acaba por ser aquele que atribui responsabilidade aos Estados por cujos territórios os requerentes entraram na União Europeia.

2. Direitos Humanos dos Migrantes em Geral

Apesar de inicialmente se considerar que apenas os refugiados — ou, de forma mais lata — os *requerentes de proteção internacional* — beneficiariam de direitos humanos, em especial o direito de asilo, a jurisprudência de diversos organismos internacionais — em particular os Tribunais Europeus — desenvolveu o entendimento de que todos os migrantes gozam de direitos humanos durante o processo migratório¹⁰. Esta jurisprudência tem, aliás, afirmado que eventuais fluxos massivos de migrantes não diminuem as exigências de respeito pelos direitos fundamentais. Vejamos que direitos poderão estar em causa.

Em primeiro lugar, conta-se a proibição de afastamento de *qualquer migrante* para um país onde possa incorrer em tortura ou tratamentos desumanos e degradantes. Trata-se aqui não só do respeito pelo princípio do *non refoulement*, consagrado na Convenção de Genebra, mas ainda de uma proibição de afastamento mais vasta, que engloba *qualquer outro migrante*. Esta proibição é hoje garantida expressamente pelo art.

⁸ Os titulares do estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária beneficiarão ainda de um conjunto de direitos nesse Estado, nos termos dos arts. 23.º e ss., como o direito ao reagrupamento familiar, à autorização de residência (com a duração de três anos, no mínimo para os refugiados, e de um ano para os titulares de proteção subsidiária), documentos de viagem, acesso ao emprego e educação, reconhecimento das qualificações, segurança social, acesso à saúde e alojamento, entre outros.

⁹ Regulamento (UE) n.º 604/2013, que estabelece critérios e mecanismos para a determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros.

¹⁰ Para um estudo detalhado desta matéria, v. o nosso *Imigração e Direitos Humanos*, cit., p. 294 e ss.

19.º, n.º 1 da CDFUE, que de certa forma “codificou” a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). De acordo com este órgão, o art. 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), que proíbe a sujeição a tortura ou tratamentos desumanos e degradantes, abrange também a proibição de afastamento de *quaisquer pessoas* para países onde possam vir a sofrer tais tratos¹¹. A jurisprudência mais recente veio incluir na proibição ínsita ao art. 3.º os casos de devolução de pessoas para um país em que, devido a uma situação de violência generalizada, corram risco de vida ou de ofensa à sua integridade pessoal¹².

Intimamente ligada às proibições de devolução acabadas de expor, está a proibição de afastamentos coletivos ou de “*push backs*”. Trata-se de ações que, infelizmente, são recorrentes em contextos de fluxos migratórios massivos, através das quais as autoridades afastam um conjunto de migrantes do seu território — ou que estejam a tentar entrar no mesmo — sem proceder a uma análise individualizada da situação pessoal de cada indivíduo. O referido grupo de migrantes pode ser formado por pessoas que partilham determinadas características (nacionalidade, etnia ou religião)¹³, ou por pessoas que apenas partilham o mesmo meio de transporte ou se encontrem simplesmente a tentar entrar no mesmo território ao mesmo tempo¹⁴. Quer o art. 4.º do Protocolo n.º 4 anexo à CEDH, quer o art. 19.º, n.º 1 da CDFUE proíbem expressamente as expulsões coletivas — proibição que se estende aos afastamentos coletivos ou “*push backs*”.

Também o direito à vida é posto em perigo, não raras vezes, nos “grandes movimentos migratórios”. Isso pode suceder, desde logo, por força das referidas ações de repulsão, quando estas se tornem especialmente violentas, como a defesa de fronteiras com recurso a armas de fogo. Por outro lado, a proteção do direito à vida exige ainda obrigações

¹¹ Sobre a proteção “derivada” de um direito ao asilo através do art. 3.º da CEDH, v. MARC BOSSUYT, “The Court of Strasbourg Acting as an Asylum Court”, *European Constitutional Law Review*, 2012, vol. 8, issue 2, p. 203 e ss.

¹² Assim, no que toca ao caso da Síria, o Ac. de 15/10/2015, *L.M. e outros v. Rússia*, (queixas n.º 40081/14, 40088/14 e 0127/14).

¹³ Assim, as várias condenações sofridas pela Rússia no ano de 2014 pela expulsão coletiva de nacionais da Geórgia, ocorridas entre 2006 e 2007. V., *inter alia*, a Ac. de 03/07/2014, *Georgia c. Rússia*, queixa n.º 13255/07.

¹⁴ V., *inter alia*, a Ac. de 25/06/2020, *Moustahi c. França*, queixa n.º 9347/14.

positivas por parte das autoridades, como seja o resgate de migrantes que se encontrem em risco de vida no mar¹⁵.

Outro direito fundamental que importa sublinhar, pela sua especial relevância no percurso migratório, é o direito à liberdade. Note-se que a detenção de migrantes não é proibida, como tal, pelo Direito Internacional. A própria Convenção de Genebra prevê, no art. 31.º, n.º 2, a possibilidade de detenção de requerentes de asilo quando os mesmos entrarem irregularmente no território, e até terem o seu estatuto regularizado. Aceita-se ainda a possibilidade de detenção para efeitos de identificação. No âmbito do Direito da UE, a Diretiva sobre condições de receção dos requerentes de asilo estabelece que a detenção deve ser “necessária”, *i.e.*, apenas deve ser usada “se não for possível aplicar de forma eficaz outras medidas alternativas menos coercivas” e deve ser sempre precedida de uma análise individual¹⁶. Os Tribunais Europeus têm sido particularmente exigentes no que toca a controlar se a detenção se processa em condições desumanas e degradantes. Assim, por exemplo, no caso *Amuur c. França*¹⁷, o TEDH condenou a França pela detenção de vinte e dois estrangeiros — de entre os quais, onze crianças —, durante vinte dias na zona internacional de um aeroporto.

No que toca às *condições de receção* de requerentes de asilo, a Convenção de Genebra prevê um conjunto mínimo de direitos para as pessoas que se encontrem fisicamente presentes no território de um Estado, a partir do momento em que deduzem um pedido de proteção internacional (v. art. 15.º e ss.). Como se viu, o Direito da UE emanou uma Diretiva específica na matéria (Diretiva Acolhimento), que prevê direitos básicos para os requerentes de asilo, no que toca a residência e liberdade de circulação, assistência

¹⁵ Sobre este ponto, v. THOMAS SPIJKERBOER, “Wasted Lives: Borders and the Right to Life of People Crossing Them. 2017, *Nordic Journal of International Law*, vol. 86, 2017, p. 1-29. No que toca ao dever positivo de salvamento no mar, v. a Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar de 1974, Convenção Internacional sobre Busca e Salvamento Marítimo de 1979 e a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982.

¹⁶ De acordo com o art. 8.º, n.º3 dessa Diretiva, a detenção só pode ocorrer para se determinar ou verificar a identidade ou nacionalidade do requerente, para obter os elementos em que se baseia o pedido e que não se poderiam obter sem essa detenção (designadamente se houver risco de fuga do requerente), para determinar, no âmbito de um procedimento, o direito de o requerente entrar no território, bem como para preparar o processo de afastamento, e, ainda, por motivos de salvaguarda da segurança nacional e da ordem pública. As “exceções” ao princípio da não detenção assentam, pois, em hipóteses bastante abertas.

¹⁷ Ac. de 25/06/1996, *Amuur c. França*, queixa n.º 19776/92. V. no mesmo sentido, o Ac. de 21/11/2019, *Z.A. e outros c. Rússia*, queixas n.º 61411/15, 61420/15, 61427/15 e 3028/16.

médica, escolaridade e educação de menores, acesso ao emprego e formação profissional, condições materiais de acolhimento, e prevê ainda normas especiais no que toca à proteção de pessoas especialmente vulneráveis.

Por fim, uma das mais importantes garantias de respeito pelos direitos dos migrantes diz respeito ao acesso a um procedimento justo, com as garantias de registo de um pedido de asilo, audiência prévia, tradutor, representante legal, e fundamentação adequada das decisões. Esta garantia é essencial para se poder exercer o direito a pedir proteção internacional¹⁸.

Expostas brevemente as principais normas em matéria de direitos humanos dos migrantes, importa agora ver de que forma conseguiram os Estados europeus dar resposta às mesmas durante os principais casos de “afluxo massivo de migrantes” com que foram confrontados mais recentemente.

3. A “Crise Migratória” de 2015

O ano de 2015 foi marcado por uma crise migratória na União Europeia com precedentes equivalentes às crises de refugiados do pós II^a Grande Guerra e da Guerra da Jugoslávia¹⁹. Nesse ano, estima-se que chegaram à UE cerca de 1.3 milhões de migrantes. A maior parte provinha da Síria (43%), logo seguida do Afeganistão (26%). Tratava-se de pessoas fugidas de conjunturas de instabilidade política e violência generalizada, de redes terroristas e de regimes tirânicos, como o vivido na Eritreia. A estas pessoas juntavam-se ainda muitas outras que pretendiam fugir da pobreza e procurar melhores condições de vida. Esta crise consistiu, pois, numa afluência de “fluxos mistos”, que abarcavam não só requerentes de asilo, mas também outros imigrantes. Ela caracterizou-se ainda pela significativa atividade das redes de tráfico de pessoas e de auxílio à imigração ilegal, que não raras vezes foram responsáveis pela insegurança

¹⁸ Ver, *inter alia*, a decisão emanada no contexto da crise migratória de 2015, em que o TEDH condenou a Polónia por recusar o acesso a tal procedimento: Ac. de 23/07/2021, *M.K. e outros c. Polónia*, queixas n.º 40503/17, 42902/17 e 43643/17.

¹⁹ Para uma breve análise da evolução histórica do número de pedidos de asilo na Europa antes desta crise, v. JEAN GAEREMYNCK, “L’Arrivée et la Demande d’Asile”, *Pouvoirs*, n.º 144, 2013, p. 62 e ss. Para um estudo mais detalhado da crise de 2015, v. o nosso “A Crise Migratória de 2015 e os Direitos Humanos das Pessoas carecidas de proteção internacional: O Direito Europeu Posto à Prova”, *Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo*, Petrony, 2021, p. 334 e ss.

de embarcações e consequentes milhares de mortes devido aos naufrágios no Mar Mediterrâneo²⁰.

A UE deparou-se, assim, com uma pressão migratória ímpar, que representou o maior desafio para a política europeia comum de asilo desde o seu surgimento²¹. No entanto, os Estados-Membros preferiram não ativar a Diretiva da Proteção Temporária — que, como se viu, foi adotada na sequência da Guerra da ex-Jugoslávia e pretendia lidar com “fluxos massivos de migrantes” —, e continuaram aplicar as três Diretivas do sistema comum de asilo, bem como o Regulamento Dublin, que haviam sido pensados para conjunturas de normalidade. O resultado, pode dizer-se, foi desastroso da perspectiva do respeito pelos direitos humanos dos migrantes. O Parlamento Europeu deu conta desta situação, sublinhando que, desde a saída dos migrantes no país de origem, até ao acolhimento no país de destino, os mesmos, desesperados por encontrar segurança, estavam sujeitos aos mais diversos abusos: exploração e maus-tratos pelas redes de auxílio à imigração ilegal, afastamentos coletivos no espaço europeu — muitas vezes através de operações levadas a cabo por oficiais dos Estados-Membros ou mesmo da FRONTEX²². Mas, uma vez chegados aos territórios da UE, eram ainda deparados com recusas do registo de pedidos de asilo, detenções em massa e falta de condições adequadas de receção. Sobrecarregadas com milhares de chegadas de migrantes por dia, a Itália e a Grécia pura e simplesmente não conseguiam respeitar as Diretivas sobre Procedimentos ou Condições de Receção. Ao mesmo tempo, os países vizinhos fechavam as fronteiras com estes Estados, ou, invocando o Regulamento Dublin, devolviam-lhes sistematicamente os requerentes de asilo que haviam conseguido escapar para os seus territórios. As promissoras normas do Sistema Europeu Comum de Asilo foram, em consequência, impossíveis de aplicar. A União Europeia era

²⁰ De acordo com um estudo do Parlamento Europeu, o Mar Mediterrâneo é atualmente a rota de imigração mais perigosa do mundo. Até 16/10/2015, só no ano de 2015, 3.117 tinham morrido na travessia. Cf. DIRECTORATE GENERAL FOR EXTERNAL POLICIES OF THE EUROPEAN PARLIAMENT, *Migrants in the Mediterranean: Protecting Human Rights*, 2015.

²¹ Importa referir, ainda assim, que o número de pessoas que procurou refúgio na UE apenas representou uma pequena percentagem da dimensão real do problema. Estima-se, de facto, que apenas cerca de 5% dos nacionais ou residentes da Síria pediram asilo na UE. A esmagadora maioria dos deslocados estabeleceram-se em países vizinhos, como o Líbano, a Jordânia ou a Turquia.

²² DIRECTORATE GENERAL FOR EXTERNAL POLICIES OF THE EUROPEAN PARLIAMENT, op. cit.

um exemplo perfeito da grande distância entre a “law in books” e a “law in action”.

Vários indivíduos afetados recorreram para o TEDH, que reafirmou claramente que proteção dos direitos humanos das pessoas não diminuía em situações “de fluxos massivos de migrantes”²³. No caso *Hirsi Jamaa e outros c. Itália*²⁴, o TEDH condenou a Itália por violação da proibição de expulsões coletivas, na sequência da interceção, a 35 milhas a sul de Lampedusa, de um grupo de cerca de 200 imigrantes que viajava a bordo de embarcações provenientes da Líbia, os quais foram reconduzidos ao país de proveniência. Este caso foi importante por sublinhar que a atividade das forças policiais dos Estados-Parte da CEDH em alto-mar acarretava a responsabilidade dos mesmos. Esta jurisprudência foi depois aplicada a procedimentos tramitados em zonas de trânsito, tecnicamente ainda fora do território estadual²⁵. Em suma, ações coletivas de repulsão de migrantes deveriam ser sempre condenadas, independentemente do local onde tinham lugar.

Face a esta situação, a União procurou uma “solução” para crise por duas vias. Em primeiro lugar, em maio de 2015, a Comissão propôs *medidas de recolocação*, destinadas a redistribuir os requerentes de asilo que se encontravam em Itália ou na Grécia pelos demais Estados-Membros²⁶. Note-se que esta medida não tinha em consideração a vontade dos requerentes de asilo, que assim eram distribuídos pelos Estados de acordo

²³ Ac. de 01/09/2015, *Khlaifia e outros c. Itália*, queixa n.º 16483/12.

²⁴ Ac. de 23/02/2012, *Hirsi Jamaa e outros c. Itália*, queixa n.º 27765/09.

²⁵ Sobre a tramitação de pedidos de proteção internacional em zonas de trânsito nas fronteiras externas da Hungria, v. BOLDIZSÁR NAGY, “Parallel realities: refugees seeking asylum in Europe and Hungary’s reaction”, in <http://eumigrationlawblog.eu/>, 04/11/2015. V. ainda o Ac. do TEDH de 08/07/2021, *Shahzad c. Hungria*, queixa n.º 12625/17.

²⁶ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Agenda Europeia da Migração, COM (2015) 240 final, de 13/05/2015.

com “quotas” pré-fixadas para cada um²⁷. Este facto levou a que muitos requerentes de asilo abandonassem o Estado-Membro que lhes tinha sido “atribuído”, para procurar outros que ofereciam melhores condições de vida ou onde se encontravam já estabelecidas diásporas.

A segunda medida encontrada para responder à crise foi um polémico acordo, celebrado entre os Estados-Membros e a Turquia, em que, *inter alia*, esta ficaria responsável pelo “patrulhamento” do mar Egeu, evitando que embarcações de migrantes em situação irregular saíssem do seu território para se dirigirem às ilhas gregas²⁸. A Turquia passou a funcionar, assim, como um “Estado tampão” que teve como efeito diminuir drasticamente o número de requerentes de asilo, sobretudo provenientes do Médio Oriente, que chegaram à UE.

4. A crise dos deslocados de guerra da Ucrânia de 2022

Em 2022, a UE foi confrontada com um novo fluxo massivo de migrantes, na sequência das ofensivas russas contra a Ucrânia, iniciadas em 24 de fevereiro de 2022. Numa semana, o número de deslocados ascendeu a um milhão. Passados seis meses, já existiam mais de seis milhões de pessoas fugidas da Guerra. Com os homens adultos ucranianos sujeitos à Lei Marcial, os primeiros grupos de deslocados eram compostos maioritariamente por mulheres, crianças, idosos e estrangeiros que residiam na Ucrânia — de entre os quais, se contavam, pelo menos, 5.000 refugiados de países como o Afeganistão e a Síria.

²⁷ O critério de repartição era calculado com base em fatores objetivos, como a população, o PIB total, o número médio de pedidos de asilo nos últimos anos e a taxa de desemprego. No entanto, esta medida não mereceu o acordo da Eslováquia e da Hungria, que chegaram a mover uma ação de anulação da decisão do Conselho que adotou a proposta da Comissão junto do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) (Proc. n.º C-643/15 e C-647/15). Por Ac. de 06/09/2017, o TJUE afastou os argumentos destes Estados. Para um comentário a este aresto, v. HENRI LABAYLE, “La solidarité n’est pas une valeur: la validation de la relocalisation temporaire des demandeurs d’asile par la Cour de justice, in *eumigrationlawblog.eu*. Posteriormente, no Ac. de 02/04/2020, o TJUE condenou a Polónia, a Hungria e a República Checa por não terem cumprido as obrigações de recolocação que lhe incumbiam. Cf. o Ac. de 02/04/2020, *Comissão c. República da Polónia, Hungria e República Checa*, proc. apensos C-715/17, C-718/17 e C-719/17. Sobre este caso, v. JONAS BORNEMANN, “Coming to terms with relocation: the infringement case against Poland, Hungary and the Czech Republic”, in *eumigrationlawblog.eu*.

²⁸ Declaração UE-Turquia de 16 de março de 2016.

A escalada rápida e massiva do número de deslocados clamava, pois, por soluções rápidas a larga escala. Não admira, assim, que desta vez os Estados-Membros tenham optado por outros instrumentos de resposta que não os “ordinários”, que se haviam mostrado totalmente inoperantes na crise anterior. Assim, decidiu-se ativar, em 4 de março de 2022²⁹, e pela primeira vez em vinte anos, a Diretiva Proteção Temporária. Todos os Estados-Membros foram instados a providenciar proteção temporária imediata aos deslocados da guerra da Ucrânia³⁰, o que incluía quatro categorias de pessoas que residiam nesse país a 24 de fevereiro de 2022 (1) os cidadãos ucranianos; (2) os refugiados ou apátridas que aí haviam recebido proteção internacional; (3) os membros da família das duas categorias acima referidas (independentemente da nacionalidade ou local de residência), e, por último (4) os nacionais de países terceiros ou apátridas com estatuto de residência permanente na Ucrânia atribuída antes de 24 de fevereiro³¹. A estas pessoas deviam todos os Estados-Membros atribuir, de forma automática, o estatuto de “proteção temporária”³². Este automatismo providenciou uma solução urgente de proteção, assim se distinguindo do sistema ordinário de asilo, assente em longos procedimentos formais para atribuição de um estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária.

²⁹ Através da decisão de execução n.º 2022/382, o Conselho da União Europeia.

³⁰ V., sobre a ativação da Diretiva neste contexto, STEVE PEERS, “Temporary Protection for Ukrainians in the EU? Q and A”, *EU Law Analysis — Expert insight into EU law developments*, in <http://eulawanalysis.blogspot.com/> e FRANCESCA ROMANA PARTIPILO, Op-Ed: “The War in Ukraine and the Temporary Protection Directive: tackling a short-lived conflict or a protracted humanitarian disaster?”, *EU Law Live*, 16 março 2022, in <https://eulawlive.com>.

³¹ Neste último caso, porém, para poderem beneficiar da proteção temporária, tais cidadãos teriam de demonstrar não poderem regressar “em condições seguras e duráveis ao seu país ou região de origem”. Por outro lado, os Estados-Membros decidiram manter alguma discricionariedade sobre a aplicação a estes últimos da Proteção Temporária ou de uma “proteção adequada nos termos da sua legislação nacional”. Já os nacionais de países terceiros e os apátridas com autorizações de residência temporárias na Ucrânia — como o caso dos estudantes internacionais ou dos trabalhadores temporários, foi dada aos Estados-Membros a possibilidade de aplicar a Diretiva, ficando tal decisão na inteira discricionariedade destes.

³² Nos termos quer da Diretiva, quer da Decisão do Conselho que a ativou, os Estados apenas podem negar a proteção temporária a uma dessas pessoas, se se concluisse que a mesma constituiria uma ameaça à ordem pública e segurança nacional. Trata-se aqui de uma cláusula de exceção habitual presente em todos os instrumentos de política de imigração e asilo da UE, e que visa constituir uma “válvula de escape” para que o cumprimento das obrigações europeias e internacionais em matéria de asilo não ponha em causa a coesão e sobrevivência do Estado de acolhimento.

Por outro lado, contrariamente ao que se verificou na crise de 2015, determinou-se que os deslocados da Ucrânia podiam “escolher o Estado-Membro em que pretendem beneficiar dos direitos associados à proteção temporária e juntar-se à sua família e amigos através das importantes redes da diáspora que existem atualmente em toda a União”. Esta solução não deixa de assentar numa perspetiva realista face à da crise de 2015: compreendeu-se que alocar pessoas a Estados, não atendendo às suas preferências, como se de peças de xadrez se tratasse, pura e simplesmente *não funcionava*. Por outro lado, respeitava-se a autonomia da vontade das pessoas deslocadas, que é sem dúvida, a solução que mais vai ao encontro do princípio da autodeterminação da vida privada de cada um.

Apesar das vantagens de rapidez, urgência e certeza jurídicas que o regime da proteção temporária confere aos deslocados, ele não lhes atribui o estatuto de refugiado nem de proteção subsidiária. Contrariamente a estes dois, os beneficiários de proteção temporária têm apenas uma autorização de residência válida por um ano, prorrogável por mais seis meses e eventualmente outros seis meses. Em casos excecionais, pode ocorrer mais uma prorrogação por um ano. Em cada um dos períodos mencionados há reapreciação da situação no país de origem, destinada a verificar se as condições que determinaram a concessão da proteção ainda se mantêm. No entanto, importa sublinhar que a Diretiva da Proteção Temporária permite fazer a ponte com a “Diretiva Qualificação” (art. 17.º e ss.). De facto, durante a proteção temporária, os deslocados da Ucrânia podem requerer a atribuição de um dos estatutos mais estáveis de proteção internacional — o de refugiado ou o de proteção subsidiária —, sendo que um eventual indeferimento do pedido em nada afetará a manutenção da proteção temporária. Para além disso, os beneficiários têm direitos equiparáveis aos titulares dos estatutos de refugiado e de proteção subsidiária, como o direito ao reagrupamento familiar (podendo pedir que a eles se juntem os cônjuges e parceiros de facto — em países onde estes são tratados da mesma forma como os parceiros casados —, os filhos menores, e ainda outros parentes próximos que faziam parte da unidade familiar). No que diz respeito aos direitos económicos e sociais, os beneficiários têm o direito de trabalhar, direito ao ensino nas mesmas condições que os nacionais, a alojamento adequado, a cuidados mínimos de saúde de emergência e tratamento essencial para doenças, para além de apoio público que lhes garanta um nível de subsistência

adequado, e cuidados especiais para as pessoas especialmente vulneráveis, como os menores não acompanhados e as vítimas de tortura, violação e outras formas de violência grave.

5. As soluções dos dois afluxos maciços de pessoas em confronto

Chegados a este ponto, é inevitável perguntarmo-nos porque é que só na crise migratória de 2022 se decidiu aplicar o regime da proteção temporária³³. Se alguns autores se dedicam a esmiuçar as diferenças entre os dois fenómenos, outros consideram que, pura e simplesmente não houve vontade política para ativar a Diretiva na crise de 2015. STEVE PEERS, por exemplo, acusa a UE de ter usado “dois pesos e duas medidas” em função da proveniência dos migrantes³⁴.

Já outros autores usam uma abordagem mais complexa, apresentando várias razões para justificar a ora tardia aplicação desta forma de proteção³⁵. Avançam-se, desde logo, motivos respeitantes às características específicas do desenrolar desta última crise, que tomou proporções nunca antes vistas. Invoca-se que as chegadas em 2015 foram paulatinas, e talvez por isso se tenha acreditado que as normas “ordinárias” do sistema europeu de asilo seriam adequadas. Este facto estava relacionado, naturalmente, com a distância geográfica do ponto de “charneira” dos conflitos — sobretudo localizados no Médio Oriente —, quando a crise de 2022 tinha como origem um conflito num país que faz fronteira direta com Estados-Membros da UE. Em segundo lugar, tem-se invocado o facto de os cidadãos ucranianos não necessitarem de visto para entrar no território dos Estados-Membros da União³⁶. Esse não era o caso dos migrantes que chegavam às costas da UE na crise de 2015. Para entrarem

³³ Note-se, aliás, que no ano de 2015, os governos italiano e maltês haviam pedido a ativação desta Diretiva, mas o Conselho recusou, alegando que as condições não estavam reunidas.

³⁴ Cfr. op. cit.

³⁵ V., em particular o estudo de MELTEM İNELİ CİĞER, “5 Reasons Why: Understanding the reasons behind the activation of the Temporary Protection Directive in 2022”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, in <https://eumigrationlawblog.eu/>.

³⁶ Note-se, porém, que este argumento da desnecessidade de visto na atual “crise” não abarca os nacionais de países terceiros — como os refugiados que viviam na Ucrânia — agora também beneficiários da proteção temporária.

via Itália, Grécia ou Hungria, necessitavam de recorrer às redes de auxílio à imigração ilegal. Ora, temia-se que a ativação da Diretiva da Proteção Temporária pudesse levar a um “efeito chamada” de mais atividade das redes criminosas.

Por fim, a crise de 2022 foi vista como o resultado de uma ameaça à estabilidade da Europa. Assim, justificar-se-ia que a UE tivesse um interesse direto na proteção das vítimas do conflito³⁷. Pelo contrário, em 2015, eram os próprios migrantes a ser objeto preocupações securitárias, muitas vezes inflamadas por discursos populistas anti-muçulmanos, que ligavam os mesmos ao terrorismo jihadista³⁸.

6. Que soluções para as futuras “migrações em massa”?

As duas últimas “migrações em massa” com que a Europa se confrontou não são fenómenos “anormais”. cremos, aliás, que tais situações tenderão a agravar-se no futuro, com vários desafios que já se antecipam. Um deles prende-se com as tão faladas alterações climáticas, que levarão a que milhões de pessoas por todo o mundo abandonem os seus países. Neste contexto, tem-se falado de *refugiados ambientais ou climáticos* — categoria que ainda não é reconhecida nem pelo Direito Internacional nem pelo Direito da UE³⁹. De acordo com dados da *International Displacement Monitoring Centre*, as pessoas que se poderiam qualificar como tal ascendem a 22.5 milhões de pessoas por ano, e constituirão, no futuro, o maior grupo de migrantes forçados⁴⁰. Nesse caso estarão ainda as pessoas que pedem proteção por carecerem, nos seus países, dos bens essenciais para a sobrevivência em condições condignas — vindo a referir-se, neste contexto, a “refugiados económicos” — termo que também não é reconhecido oficialmente, e que é ainda muito controverso na doutrina.

³⁷ MELTEM İNELİ ÇİĞER, op. ult. cit.

³⁸ Assim, também JESSICA SCHULTZ, “Collective protection as a short-term solution: European responses to the protection needs of refugees from the war in Ukraine”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, in <https://eumigrationlawblog.eu/>

³⁹ Note-se que, até agora, a proteção destas pessoas tem sido negociada com os países vizinhos, numa base temporária, e com os apoios do ACNUR. O estatuto e acesso a direitos no país de acolhimento é incerto e definido numa base *ad hoc* e discricionária.

⁴⁰ Cfr. <http://www.unhcr.org/climate-change-and-disasters.html>.

Não cremos que a solução para estes desafios passará a ser a concessão sistemática de proteção temporária a deslocados em massa no contexto da União Europeia. De facto, há alguns sinais para considerar que a solução virá a ser decidida caso a caso. Da crise de 2022, a Comissão Europeia havia proposto um “Pacto de Imigração e Asilo”, precisamente sobre a gestão das migrações⁴¹. Entre as soluções avançadas, contava-se a opção de processar os pedidos de asilo em “hotspots”, ainda fora do território de Estados-Membros, destinados a filtrar, à partida, quem beneficiaria de um dos estatutos de proteção internacional previstos no regime ordinário. Depois, os Estados-Membros poderiam escolher entre receber os migrantes nos seus territórios ou contribuir de outra forma para a gestão destas migrações — nomeadamente através de apoio ao retorno dos cidadãos inadmissíveis⁴². Apesar de uma tendência crescente dos fluxos migratórios massivos, assiste-se ainda à persistência da vontade dos Estados em manter os velhos poderes de soberania de controlo unilateral da imigração, da proteção do mercado de trabalho, da segurança pública e da cultura tradicional.

O futuro, julgamos nós, avizinha-se complexo. Alguns autores referem já que “o presente século bem pode ser designado como o das “deslocações forçadas em massa”⁴³. Defende-se, assim, a necessidade de mudança de um paradigma, que passe da perspetiva tradicional do controlo estadual dos movimentos migratórios para uma verdadeira “governança global das migrações”⁴⁴. Esta nova vertente reclamaria um “Direito Global das Migrações”, que ultrapassaria os limites das soberanias nacionais e do próprio Direito Internacional dos Refugiados, como é hoje ainda entendido.

⁴¹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões COM (2020) 609 final, sobre um novo Pacto em matéria de Migração e Asilo, Bruxelas, 23.9.2020.

⁴² No sentido de que a aprovação do Pacto Europeu havia, aliás, dado um sinal de que a Diretiva da Proteção Temporária não voltaria a ser aplicada, v. CHIARA SCISSA, “La protezione temporanea per le persone in fuga dall’Ucraina in UE e in Italia: alcuni profili critici”, *Questione Giustizia*, in <https://www.questionegiustizia.it/>.

⁴³ ALFREDO DOS SANTOS SOARES, “Governança e Direito perante as Migrações Forçadas. O Papel da União Europeia”, *Themis*, ano XVIII, n.º 33, 2017, p. 7.

⁴⁴ Para desenvolvimentos sobre este tema em geral, v. ALEXANDER BETTS & LENA KAINZ, *The History of Global Migration Governance*, *Refugee Studies Centre*, University of Oxford, Working Paper n.º 122 e CATHERINE WITHOL DE WENDEN, op. cit., p. 157 e ss.

O Pacto Global para as Migrações Seguras, Ordenadas e Regulares, aprovado a 19 de dezembro de 2018 pela Assembleia Geral das Nações Unidas⁴⁵, reconhece a necessidade de cooperação entre todos os Estados no que toca aos movimentos migratórios. Apesar de o instrumento não ser vinculativo, os Estados comprometem-se a “garantir o respeito, a proteção e o cumprimento efetivos dos direitos humanos de todos os imigrantes, independentemente de seu estatuto legal, em todas as fases do ciclo migratório”. Reconhece-se ainda que “refugiados e imigrantes têm os mesmos direitos universais e liberdades fundamentais”, “enfrentam muitos desafios comuns e têm vulnerabilidades semelhantes”, nomeadamente no contexto de “grandes movimentos”.

Apesar da falta de vinculatividade, esta declaração solene pode dar pistas para uma “governança global” das futuras crises de fluxos massivos de migrantes, que muito ganhariam em ser geridas a nível supranacional, idealmente através das Nações Unidas, para permitir a participação e partilha de responsabilidades, na base da solidariedade entre todos os Estados do mundo considerados seguros e com capacidades de acolhimento.

⁴⁵ A/RES/73/195. O Pacto foi aprovado com 152 votos a favor, 12 abstenções e os votos contra dos Estados Unidos, Hungria, Israel, República Checa e Polónia. Sobre o Pacto, v. AA.VV., *The relevance of migration for the 2030 Agenda for Sustainable Development: The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, Constança Urbano de Sousa (org.), 2019.

DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: *QUO VADIS?**

*Pela Prof. Doutora Ana Sofia Gomes***

1. Introdução

A partilha de vida, de experiências e de afetos com os progenitores, familiares e amigos, constitui parte importante de um ambiente protetor e gratificante para a criança.¹ O conhecimento dos progenitores, não é, contudo, relevante apenas para as crianças, interessando também a adultos, mantendo-se, na legislação em vigor, a tutela do direito ao conhecimento da identidade pessoal pelo prazo de dez anos, após o alcance da maioridade.

* O presente artigo tem por base o artigo no prelo em obra coletiva intitulada *Ampliación de Derechos por los Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas*, Giovanni Figueroa (Director), Universidad Iberoamericana (México), com o título “Novas perspectivas de consagração do direito à identidade genética em Portugal: prazo para propositura de ação de investigação de paternidade e a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional português”.

** Advogada e professora auxiliar na Universidade Lusíada de Lisboa.

¹ Neste sentido, reconhece-lhe a Convenção sobre os Direitos da Criança, “[...] sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles” (art. 7/1).

Constitui objeto do presente artigo, a análise dos recentes desenvolvimentos no ordenamento jurídico português, respeitantes ao direito à identidade pessoal/genética *versus* direito à reserva da vida privada do suposto progenitor, no âmbito do prazo de caducidade do direito à instauração da ação de investigação da filiação. Nesta ótica, reveste particular interesse a recente jurisprudência do tribunal constitucional português, especialmente os acórdãos números 488/18, de 4-10² e 394/2019, de 3-07,³ este último proferido em sede de recurso instaurado do acórdão anterior e pelo pleno daquele tribunal.

2. Identidade pessoal. Aspetos gerais

Entende-se, em geral, por direito à identidade pessoal, o “direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da paternidade e da maternidade”.⁴ Trata-se de um direito fundamental (art. 26/1 Constituição da República Portuguesa (CRP)),⁵ tal como o direito ao enquadramento jurídico das relações de filiação natural, com a correspondente produção

² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Acórdão do Tribunal Constitucional de 4-10-2018, processo n.º 471/17, 2.ª Secção. Acórdãos TC [Em linha]. Relator Maria Clara Sottomayor. Lisboa : TC. [consult. 27 dez. 2021] Disponível em WWW:URL: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180488.html>.

³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Acórdão do Tribunal Constitucional de 3-07-2019, processo n.º 394/2019, Pleno. Acórdãos TC [Em linha]. Relator João Pedro Caupers (Maria Clara Sottomayor). Lisboa : TC. [consult. 27 dez. 2021] Disponível em WWW:URL: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190394.html>.

⁴ Assim, MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora: Coimbra, 2005, p. 285. Sobre o direito à identidade genética, BALAU, Alexandra Abrantes — Venha a mim o teu nome: a procriação medicamente assistida e o direito ao conhecimento das origens genéticas, Coimbra 2020, disponível em <http://hdl.handle.net/10316/92736>; PENCHACZADEH, Victor B. — Genetic testing to restore the human right to identity in post-dictatorship Argentina: Ethical, legal and social issues, 2021, p. 326-336, disponível em: wileyon-linlibrary.com/journal/almgc; LIAW, Ying-Qi/TURKMENDAG, Ilke/HOLLINGSWORTH — Reinterpreting “genetic identity” in the regulatory and ethical contexto of heritable genome editing, in New Genetics and Society, 40:4, 406-424, DOI:10.1080/14636778.20211941829; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles — O acesso à informação genética e a conformação dos novos direitos de personalidade: o alcance da proteção à identidade genética sob a perspectiva do direito civil contemporâneo, Revista Brasileira de Direito Civil em Perspetiva, Maranhão, v. 3, n.º 2, p. 138-157, jul/dez. 2017. Sobre a relação entre a identidade genética e a relação afetiva, SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afetiva”, in AAVV, Volume comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Proteção de menores — Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2008, pp. 23-60.

⁵ O direito à identidade pessoal encontra-se, também, consagrado enquanto uma dimensão do direito à reserva da vida privada. Este último encontra-se consagrado no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

de efeitos, através do estabelecimento das relações de maternidade e de paternidade (art. 26/2).⁶ Tal direito, assenta no princípio da verdade biológica, consagrado no art. 1796 Código Civil (CC).⁷ Deste resulta que a filiação estabelecida, ou a estabelecer, deve corresponder à filiação real, que corresponde ao património genético dos progenitores.^{8 9}

A recente jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC) português, no processo n.º 471/17, Acórdão n.º 488/2018, considerou o prazo para a instauração da ação de investigação, inconstitucional, por violação do direito à identidade pessoal, na medida em que limita a possibilidade da sua instauração.

3. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 488/2018

O ordenamento jurídico português garante o direito a uma justiça constitucional, mediante a consagração do direito à invocação da inconstitucionalidade de qualquer norma ou da ilegalidade de atos normativos, nos pleitos submetidos à apreciação de um tribunal e em que sejam partes os interessados.¹⁰ Trata-se de uma garantia de funcionamento do sistema de controlo da constitucionalidade e da ilegalidade, numa

⁶ COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme, Curso de Direito da Família — Volume II — Direito da Filiação — Tomo I, Coimbra Editora: Coimbra, 2006, p. 86-87.

⁷ Introduzido na ordem jurídica portuguesa, através da reforma operada pelo Decreto-Lei n.º 486/77, de 25-11, que consagrou presunções de paternidade, ou índices de verdade biológica, como defende OLIVEIRA, Guilherme, Critério Jurídico de Paternidade, Almedina: Coimbra, 1998, nota 20, p. 296.

⁸ Assim LENTI, Leonardo, La procreazione artificiali. Genoma della persona e attribuzione della paternità, Cedam: Padova, 1993.

⁹ Sobre a vulnerabilidade da determinação da pessoa da mãe, em face das novas técnicas de fertilização e de possibilidade de recurso à maternidade de substituição, GONZÁLEZ, José Alberto, Código Civil Anotado, Vol. V, 2.ª Edição, Quid Iuris: Lisboa, 2021, p. 266 e ss; PINHEIRO, Jorge Duarte, Direito da Família Contemporâneo, Reimpress. 3.ª Edição, aafdl: Lisboa, 2011, p. 233 e ss, CORTE-REAL, Carlos Pamplona/ PEREIRA, José da Silva, Direito da Família, Tópicos para uma reflexão crítica, aafdl: Lisboa, 2008, p. 133 e ss, PINHEIRO, Jorge Duarte; “Mãe portadora — A problemática da maternidade de substituição”, in José de Oliveira Ascensão (Coord.), Estudos de Direito da Bioética, Vol. II, Almedina: Coimbra, 2008, pp. 323-344.

¹⁰ Outra via possível seria a da apresentação de uma queixa constitucional, cuja finalidade precípua é garantir aos cidadãos, um meio de fazer valer os seus direitos, liberdades e garantias fundamentais, através do recurso direto ao tribunal constitucional. Uma Verfassungsbeschwerde, staatrechtliche Beschwerde, prevista, entre outros, no ordenamento jurídico alemão, que também pode ser identificada como um recurso de amparo. Neste sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes, in Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.ª Ed., 3.ª Reimp., Almedina: Coimbra, 2003, p. 507.

perspetiva de controlo subjetivo.¹¹ O direito de recurso para o tribunal constitucional é facultativo, ou obrigatório. O acórdão objeto da nossa análise, resulta da interposição obrigatória pelo Ministério Público de recurso de um anterior acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães¹² que julgou a norma do artigo 1817/1 CC, inconstitucional por violar o disposto nos artigos 18/2, 26/1 e 36/1, todos do texto fundamental.

Antecedentes

O Acórdão *sub iudice* é proferido na sequência da instauração de uma ação de investigação de paternidade por A, em 2016, já com 48 anos.

Resulta da factualidade carreada para os autos, não contestados pelo suposto progenitor, um reconhecimento pessoal e social do réu relativamente à paternidade da autora. Invoca a A. que o direito à identidade pessoal é inalienável, um direito pessoalíssimo e, como tal, imprescritível, e, de cuja natureza resulta que o prazo legal para propositura da ação de investigação de paternidade é inconstitucional,¹³ por se traduzir numa restrição desproporcionada ao direito à identidade pessoal, ao direito à integridade moral e ao direito a constituir família.

Em primeira instância, foi proferido despacho saneador sentença, que julgou procedente a exceção de caducidade do direito a instaurar a ação pela autora e absolveu o Réu do pedido. A autora recorreu para o Tribunal da Relação (TR) de Guimarães, invocando a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 1817/1 CC *ex vi* do artigo 1973.º do mesmo normativo. O TR de Guimarães, por acórdão de 2017, considerou aquela norma inconstitucional por entender que a mesma constitui uma restrição injustificada do direito ao conhecimento das origens genéticas (artigos 18/2, 26/1 e 36/1 da CRP). Deste aresto, foi interposto recurso obrigatório pelo

¹¹ Assim, CANOTILHO, J. J. Gomes, *in* Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.ª Ed., 3.ª Reimp., Almedina: Coimbra, 2003, p. 507.

¹² RELACÃO DE GUIMARÃES — Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 202-2017, processo n.º 1600/16.6T8VCT.GI. Acórdãos RG [Em linha] Relator Helena Gomes de Melo, Guimarães : DGSJ. [Consult. 29 jan. 2022]. Disponível em WWW:URL:<http://dgsi.pt/jtrg.nsf/-/8FD7704BC55CA3D8802580DFO05910A7?OpenDocument>.

¹³ Fundamentando a sua pretensão na posição da seguinte doutrina: Jorge Duarte Pinheiro, *in* “Inconstitucionalidade do artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil”, Cadernos de Direito Privado, n.º 15 Julho/Setembro 2006, págs. 32 a 52, *Guilherme Oliveira*, *in* “Caducidade das Ações de Investigação”, revista Lex Familiae, n.º 1, 2004, pp. 7 a 13 e Menezes Leitão, *in* “Anotação ao Acórdão do STJ de 19/04/2013”, Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, Vol. I, Janeiro/Março, págs. 396 a 399).

Ministério Público (MP) para o TC. Notificado o MP junto do tribunal *ad quem*, veio o mesmo pugnar pela não inconstitucionalidade do preceito, invocando a abundante, uniforme, mas não unânime jurisprudência.¹⁴

A norma questionada e o parâmetro de apreciação de constitucionalidade

O acórdão *sub iudice*, seguiu a metodologia adotada no acórdão n.º 401/2011,¹⁵ de 22-09, proferido em plenário, desdobrando a sua análise em dois momentos. Num primeiro, versa o mesmo, sobre a decisão quanto à compatibilidade com a lei fundamental, da previsão de um prazo de caducidade. Num segundo, sobre a decisão quanto à questão de saber se, com a fixação de um prazo de dez anos, com o alcance da maioria ou da emancipação do investigante, o legislador “respeitou o limite da suficiência em face ao peso do direito à identidade pessoal perante outros valores tuteláveis”.

A questão *sub iudice* é enquadrada por uma doutrina unânime no sentido da incompatibilidade do prazo de caducidade com a CRP, por

¹⁴ Mencionando, para além do acórdão n.º 401/2011, proferido pelo plenário do Tribunal Constitucional, também, os acórdãos n.ºs 704/2014, 302/2015, 549/2015, 626/2016, 424/2016 e 151/2017.

¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Acórdão do Tribunal Constitucional de 22-09-2011, processo n.º 497/10, Pleno. Acórdãos TC [Em linha]. Relator João Cura Mariano. Lisboa : TC. [consult. 27 dez. 2021] Disponível em WWW:URL: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110401.html>

violação do direito à identidade pessoal, como se salienta no acórdão.^{16 17} Do ponto de vista jurisdicional, a invocação da desconformidade constitucional do prazo legal de dez anos, continua a ser fonte de dissonância, quer nos tribunais civis, quer no TC.¹⁸ Se a prolação pelo TC do acórdão n.º 486/2004, de 7 de julho,¹⁹ constituiu uma abertura de caminho, o acórdão n.º 23/2006,²⁰ alterou, decisivamente, o enquadramento da matéria. Ao sublinhar que “[o] parâmetro constitucional mais significativo para

¹⁶ Apesar da existência de “divergências doutrinárias no que respeita à aplicabilidade do abuso de direito e da possibilidade de cisão do estado das pessoas”

¹⁷ Ao constatar que “[a] doutrina tem adotado o entendimento, segundo o qual o prazo de dez anos após a maioridade ou emancipação, consagrado pela Lei n.º 14/2009, continua a ser inconstitucional, por violação dos direitos a conhecer a identidade genética e a estabelecer os correspondentes vínculos jurídicos de filiação, defendendo também que a tutela adequada destes direitos exige a abolição absoluta dos prazos de caducidade para o filho investigar esses vínculos (vide Joaquim de Sousa Ribeiro, «A inconstitucionalidade da limitação temporal ao exercício do direito à investigação da paternidade», ob. cit., 2018; Guilherme de Oliveira, Estabelecimento da Filiação, Coimbra, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2017, pp. 152-156; Jorge Duarte Pinheiro, O Direito da Família Contemporâneo, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 134 e ss; Rafael Vale e Reis, O direito ao conhecimento das origens genéticas, Coimbra, pp. 206-216, Idem, «Filho depois dos 20...! Notas ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/2004, de 7 de Julho», Lex Familiae, n.º 3, 2005, pp.127-134); Paula Távora Vitor, «A propósito da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril: Breves considerações», Lex Familiae, n.º 11, 2009, pp. 87-91). É de assinalar, contudo, que alguma doutrina admite, em sede de direito infraconstitucional, a aplicabilidade do instituto do abuso do direito (artigo 334.º do Código Civil)... No plano do direito vigente, Jorge Duarte Pinheiro defende que uma interpretação conforme à Constituição exige que a ação de investigação da paternidade possa ser intentada a todo o tempo para definir o estatuto pessoal do filho, vigorando o prazo de dez anos apenas para uma ação de investigação da paternidade com efeitos sucessórios (cf. Jorge Duarte Pinheiro, ob. cit., pp. 140-141). Para a generalidade dos autores, a solução do abuso do direito, já discutida na jurisprudência dos tribunais comuns, é apenas defensável num quadro de imprescritibilidade da ação e em casos extremos, que não se identificam com o mero decurso do tempo... Pronuncia-se contra a aplicação do abuso do direito e contra a divisibilidade do estatuto da filiação, a propósito da ação de investigação da paternidade, Luís Menezes Leitão («Anotação ao Acórdão do STJ de 19/04/2013», Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, Vol. I, Janeiro/Março, pp. 396 a 399, disponível para consulta in www.oa.pt), que entende ser constitucionalmente imposta a sua imprescritibilidade para todos os efeitos.”

¹⁸ Questão identificada no aresto em análise ao constatar que “[...] este regime de prazos já foi, por diversas vezes, julgado inconstitucional pelos TR e pelo STJ (cf., entre outros, os acórdãos, de 08-06-2010 (proc. n.º 1847/08.5TVLSB-A.L.SI), de 06-09-2011 (proc. n.º 1167/10.5TBPTL.SI), e 14-01-2014 (proc. 155/12.ITBVLC-A.P1.SI), de 16-01-2014 (proc. n.º 905/08.OTBALB.P1.SI), de 31-01-2017 (proc. n.º 440/12.2TBCL.G1.SI), de 15-02-2018 (proc. n.º 2344/15.8TBCL.G1.S2), por se entender a fixação de prazos de caducidade para a propositura da ação de investigação da paternidade como uma restrição desproporcionada e excessiva de direitos fundamentais, defendendo-se que a Constituição impõe a “imprescritibilidade” das ações de investigação da paternidade quando propostas pelo filho ou por quem o represente.”

¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Acórdão do Tribunal Constitucional de 7-07-2004, processo n.º 885/05, Plenário. Acórdãos TC [Em linha]. Relator Carlos Mota Pinto. Lisboa : TC. [consult. 26 nov. 2021] Disponível em WWW:URL: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060023.html#_ftn1.

²⁰ Publicado no *Diário da República* n.º 28/06, Série I-A de 8 de fevereiro.

aferição da legitimidade das limitações ao direito de investigar a paternidade, encontra-se, porém, no “direito à identidade pessoal”, com que abre logo o n.º 1 do artigo 26.º da Constituição.”, o acórdão afirma a existência de um direito fundamental ao conhecimento da paternidade biológica, identificando-o como uma dimensão daquele direito fundamental. Ao declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do do artigo 1817.º/1 do CC, aplicável por força do artigo 1873.º do mesmo Código, enquanto previa o prazo de dois anos, após o alcance da maioridade, para o investigador instaurar a ação de investigação de paternidade, o decisor lançou as bases de um enquadramento legal mais amplo, ainda em vigor.

A CEDH e a Jurisprudência do TEDH

A jurisprudência do TEDH reconhece o direito de conhecer a ascendência biológica através de um processo de investigação judicial da paternidade, como uma das dimensões do direito à vida privada, consagrado no artigo 8.º da CEDH. Fá-lo com recurso a um método de ponderação de interesses em conflito e aceitando uma certa margem de apreciação dos Estados, com reflexos na legislação que os mesmos adotam. Essa margem de apreciação, significa a impossibilidade de invocação de potenciais direitos reconhecidos pela CEDH, na medida em que a sua jurisprudência os reconhece, para os casos individuais e sem atender às concretas disposições jurídicas em crise do ordenamento respetivo. Efetivamente, e apesar da expressa consagração do direito à vida privada no artigo 8.º da CEDH e do direito à identidade biológica como uma das suas dimensões, não causa estranheza a afirmação produzida no aresto no sentido de ser “[...] o índice de proteção do direito a conhecer as origens, na sua dimensão pessoal, potencialmente mais elevado na ordem-jurídico constitucional nacional do que na Convenção Europeia dos Direitos Humanos.” Tal resulta do facto de inexistir, por via convencional, uma uniformização dos direitos humanos consagrados, em todas as suas dimensões. De uma análise contrastada da sua jurisprudência, resulta que o TEDH decide com respeito pela margem de apreciação quanto aos procedimentos tendentes ao reconhecimento judicial da paternidade, verificando se a interferência dos Estados, através das suas administrações, se enquadra em parâmetros de legalidade.

Por esses motivos, apesar de o TEDH reconhecer o direito à identidade genética, e a sua prevalência sobre o direito à reserva da vida privada

do investigado, como sucedeu no caso *Mifsud c. Malta*,²¹ de 29-01,²² tal resultado só é concretizável desde que a legislação interna dos Estados consagre os respetivos direitos de forma absoluta. O que não sucede quanto existe a previsão de um prazo de caducidade²³ ou outra limitação legal, como a que pode decorrer de limitações da legislação interna de um Estado-Membro à realização de testes de ADN, e se entenda que tais previsões são conformes à margem de apreciação dos Estados²⁴ e, como tal, não sindicáveis por essa instância.

²¹ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 29-01-2019, processo n.º 62257/15, 3.ª Secção. Acórdãos TEDH [Em linha]. Relator Branko Lubarda. Estrasburgo : TEDH. [consult. 20 jul. 2021] Disponível em WWW:URL: [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{\"itemid\":\[\"001-](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{\)

²² Trata-se de um caso em que a investigante, cidadã maltesa, com cerca de 55 anos à data da apresentação da ação em Malta, solicitou ao tribunal que declarasse o requerido como seu pai biológico e que ordenasse a inscrição da paternidade no seu registo de nascimento. O Requerido negou qualquer intervenção na conceção da Requerente. A Requerente solicitou ao tribunal que ordenasse a realização de testes genéticos. O Requerido recorreu para todas as instâncias internas, sem sucesso. Em 2015, o Tribunal Civil ordenou ao Requerente que fizesse o teste, o qual veio a ser realizado em 2017, com um resultado de 99,99%. O Requerido invocou, então, perante o TEDH que a lei maltesa impõe a colheita de uma amostra genética e que a ordem que lhe foi dada, contrária à sua vontade, constitui uma violação do artigo 8.º da CEDH. O Tribunal considerou que a ordem emitida no sentido de fazer o teste de paternidade, teve em consideração os interesses em presença no processo judicial no qual o Requerido participou, com defesa por si escolhida, sendo os seus direitos de defesa respeitados, tal como os da parte adversária. Aquele órgão jurisdicional considerou que os tribunais nacionais encontraram um equilíbrio justo entre os interesses das partes.

²³ Como é o caso do ordenamento jurídico português e que conduziu a que em duas queixas apresentadas por cidadãos portugueses com os números 72105/14 e 20415/15, o desfecho tenha, necessariamente, sido diferente. Cfr. Ac. Silva e Mondim Correia c. Portugal TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 3-10-2017, processo n.º 72105/14 e 20415/15, 4.ª Secção, Acórdãos TEDH [Em linha]. Relator Ganna Yudkivska Estrasburgo : TEDH. [consult. 20 jul. 2021] Disponível em WWW:URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177229>. Neste acórdão o TEDH relembrou que o objeto essencial do artigo 8.º é a proteção do indivíduo contra ações arbitrárias das autoridades públicas (N.º 53). O Tribunal salienta que nos processos judiciais que antecederam as respetivas queixas, os requerentes invocavam que a existência de uma previsão de prazo no artigo 1817/1 CC os impediu de obter o reconhecimento judicial da paternidade, perante os tribunais nacionais, invocando que essa disposição viola o disposto no artigo 8.º da CEDH... (N.º 60). Neste acórdão, o Tribunal esclarece que a previsão concreta de direitos pela CEDH, não implica a sua prevalência em face das disposições de direito interno dos Estados-Membros. Não existe uma hierarquia entre instrumentos jurídicos, antes o respeito pelas disposições do direito material interno dos Estados-Membros, destinando-se as previsões da Convenção, *maxime* o seu artigo 8.º, “apenas a proteger os indivíduos contra ações arbitrárias das autoridades públicas” (N.º 54). O Tribunal considerou que a interferência das autoridades portuguesas no que respeita à pretensão dos requerentes, ocorreu de acordo com a lei.

²⁴ O que não aconteceu no Acórdão proferido no caso *CASE OF BOLJEVIĆ v. SERBIA* TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 16-06-2020, processo n.º 47443/14, 4.ª Secção. Acórdãos TEDH [Em linha]. Relator Jon Fridrik Kjølbro. Estrasburgo : TEDH. [consult. 20 set. 2021] Disponível em WWW:URL: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-203052\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\).

Princípio da proporcionalidade e os conflitos de direitos fundamentais nas relações interprivadas

No que respeita ao princípio da proporcionalidade e aos conflitos de direitos fundamentais nas relações interprivadas, considerou o acórdão em análise que “... este princípio, na sua aplicação aos juízos de ponderação dirigidos à resolução do conflito entre direitos fundamentais ou valores tutelados constitucionalmente, tem em conta dados empíricos, a realidade social e especificidades do caso concreto, conforme tem entendido a jurisprudência do tribunal constitucional. Neste ponto, considera a jurisprudência em apreço, que não relevam considerações de experiência de vida ou de maturidade de uma pessoa de vinte e oito anos, para tomar a decisão de instaurar uma ação de investigação de paternidade, concluindo que o Acórdão 401/2011 assenta numa ponderação desajustada, na medida em que sobrevaloriza excessivamente as razões de natureza jurídica, atribuindo-lhes um peso constitucional que elas não têm.”

Afigura-se que o devir dos tempos, o conteúdo dos valores e a sua adequação aos novos paradigmas da vida, pode conduzir a que a parametrização concreta daqueles, deve relevar da sua adequada ponderação, num dado momento, em face do sentimento de justiça prevalecente. Os argumentos tradicionais, no sentido de impedir uma ação destinada a legitimar pretensões que podiam ser consideradas ilegítimas outrora, podem não relevar no momento presente. Tal parece ser o caso no que respeita ao argumento caça-fortunas que não se esgota na justificação de uma dependência de prazos, que suscita a possibilidade, na perspetiva de alguma doutrina, de invocação do abuso de direito, na medida em que o direito à identidade pessoal seja exercido com o intuito de obtenção de benefícios económicos injustificados.²⁵ Assistiu-se à defesa de que, em face da total limitação resultante do instituto do abuso de direito, em tais casos, se deveriam produzir efeitos exclusivamente pessoais.²⁶ No entanto, a defesa desta possibilidade, contende com o princípio da indivisibilidade do estado, melhor se afigurando a solução que encontra

²⁵ Assim, OLIVEIRA, Guilherme, Caducidade das Ações de Investigação, revista LexFamiliae, n.º 1, 2004, pp. 57; MOREIRA, Sónia, Direito à Identidade Genética versus Direito à Reserva Sobre a Vida Privada no Direito Português, Revista do CEJ, 1.º Semestre 2018 — Num. 1, pp. 197-213, 206.

²⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte, “Inconstitucionalidade do artigo 1817.º, n.º 1 do Código Civil — Ac. do TC n.º 23/2006, de 10.01.2006, Proc. 885/05”, in Cadernos de Direito Privado, n.º 15, p. 48.

precedente legislativo no direito comparado próximo do nosso, que não atribui relevo ao argumento em apreço.

A ponderação relativa à segurança jurídica do investigado e dos seus herdeiros, e o reconhecimento do direito à privacidade e à paz familiar, ao pretensão pai e à sua família, constituirá, ainda, um reflexo de um ordenamento jurídico que tratou desigualmente os filhos nascidos na constância do matrimónio e fora dela, dando guarida ao que deve ser considerada uma omissão censurável. Em alguns processos de investigação de paternidade, conclui-se que o progenitor, conhecendo a existência de outros filhos, se escuda na caducidade do prazo para a propositura da ação, como forma de salvaguarda patrimonial.²⁷

Afigurando-se que a parte considerada mais fraca, não deve ficar desprotegida, não devendo, em consequência, recair sobre a mesma o ónus da decisão de instauração de uma ação judicial, em tempo oportuno, na ótica do legislador — que pode não coincidir com o momento da vida do interessado em que o mesmo reúne condições psicológicas para ponderar o assunto — . A possível desresponsabilização do progenitor, que pode resultar do efeito da caducidade do direito em análise, é apta a provocar um tratamento desigual relativo a situações idênticas,²⁸ fundadas na verdade biológica, sem correspondência jurídica, que pode conduzir a desigualdade de tratamento entre filhos, que a atual lei fundamental quis arredar.

Um sistema que limite a possibilidade de restabelecimento da verdade biológica, pode encerrar em si a aplicação de uma consequência negativa à parte mais débil. Sendo os direitos dos filhos de natureza pessoalíssima, o que decorre da própria dignidade da pessoa humana,

²⁷ Aparentemente, em sentido convergente, no sentido de que “[...] mesmo no puro plano patrimonial [...] não se vê porque é que merecem melhor tutela os interesses “defensivos”, de proteção de uma herança expectável ou, mesmo já adquirida, por parte dos herdeiros já estabelecidos, do que uma fundada pretensão aquisitiva de um título de chamamento que conferirá idêntico direito.”, RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “A Inconstitucionalidade da limitação temporal ao exercício do direito de investigação da paternidade de paternidade”, in RLJ; ANO 147, Março-Abril de 2018, pp. 214-238, 222.

²⁸ Por isso, entende AMARAL, Graça, que “[a] razoabilidade da limitação temporal, assentando num princípio de proporcionalidade de direitos e interesses conflituantes, encarada sobre o prisma do investigador, faz desmerecer a natureza do seu direito e põe em causa o equilíbrio que pretende instituir, pois coloca em patamar equivalente interesses/valores que, sem poderem ser desprezados, não poderão ser equacionados e tutelados de igual forma.”, O Direito (Fundamental?) ao (Re)conhecimento da paternidade: o tempo na ação de investigação da paternidade”, In revista do Cej, 1.º semestre 2016, número 1, 133-175, 173.

valor primordial consagrado no artigo 1.º da CRP, não devem os mesmos ser hierarquizados em prejuízo dessa dignidade. A previsão de um prazo para a interposição da ação de investigação da filiação, restringe o direito fundamental à identidade pessoal, que na ponderação de interesses em presença, se afigura dever prevalecer sobre outros.

Considerando que os argumentos que sugerem a manutenção do prazo de caducidade, devem merecer uma ponderação consentânea com a atualidade, e que no âmbito do enquadramento que os mesmos devem ter, não cabe a limitação temporal do exercício do direito à identidade pessoal, o tribunal julgou inconstitucional a norma do artigo 1817.º/1 CC, por constituir uma restrição ao direito à identidade pessoal. Em face do acórdão n.º 394/2019, que decidiu o recurso interposto do acórdão *sub iudice* para o pleno do TC, ficou este vencido e, conseqüentemente, mantido o juízo de não inconstitucionalidade, com força obrigatória geral. Contudo, avançou-se um pouco mais no sentido da consagração do direito à identidade pessoal plena no nosso ordenamento jurídico.

Salienta-se que, em termos legislativos, a matéria foi já objeto de apresentação de um projeto de lei,²⁹ que visava revogar o prazo de caducidade nestas ações. Com estes acórdãos do TC, ficou patente a dissonância existente. Essa via de alteração do paradigma em análise, fica, assim, dependente de jurisprudência vinculativa futura; ou, do recurso à via legislativa.

Bibliografia

- ACÓRDÃO N.º 401/2011. Tribunal Constitucional. Diário da República, n.º 211/2011, Série II de 2011–II–03
- AMARAL, Graça, O Direito (Fundamental?) ao (Re)conhecimento da paternidade: o tempo na ação de investigação da paternidade”, In revista do Cej, 1.º semestre 2016, número 1, 133–175, 173
- ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles — O acesso à informação genética e a conformação dos novos direitos de personalidade: o alcance da proteção à identidade genética sob a perspectiva do direito civil contemporâneo, Revista Brasileira de Direito Civil em Perspetiva, Maranhão, v. 3, n.º 2, p. 138–157, jul/dez. 2017
- BALAU, Alexandra Abrantes — Venha a mim o teu nome: a procriação medicamente assistida e o direito ao conhecimento das origens genéticas, Coimbra, 2020, disponível em <http://hdl.handle.net/10316/92736>, [consultado em 12 de maio de 2022]
- CANOTILHO, J. J. Gomes, in Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.ª Ed., 3.ª Reimp., Almedina: Coimbra, 2003

²⁹ Projeto de Lei 125/XIV/1.ª, apresentado em 26.11.2019, pelo BE, publicado no Diário da Assembleia da República II série A n.º 20, 2019.11.27, da 1.ª SL da XIV Leg (pág. 14–16)], [consult. 13 dez. 2021] Disponível em <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/14/01/020/2019–11–27/14?pgs=14–16&org=PLCD>.

- COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme, Curso de Direito da Família — Volume II — Direito da Filiação — Tomo I, Coimbra Editora: Coimbra, 2006
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona/ PEREIRA, José da Silva, Direito da Família, Tópicos para uma reflexão crítica, aafdl: Lisboa, 2008
- GONZÁLEZ, José Alberto, Código Civil Anotado, Vol. V, Quid Iuris: 2014
- LEITÃO, Menezes, “Anotação ao Acórdão do STJ de 19/04/2013”, Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, Vol. I, Janeiro/Março, págs. 396 a 399
- LENTI, Leonardo, La procreazione artificiali. Genoma della persona e atribuzione della paternità, Cedam: Padova, 1993
- LIU, Ying-Qi/TURKMENDAG, Ilke/HOLLINGSWORTH — Reinterpreting “genetic identity” in the regulatory and ethical context of heritable genome editing, in *New Genetics and Society*, 40:4, 406–424, DOI:10.1080/14636778.20211941829
- LÚCIO, Álvaro Laborinho — A genética e a pessoa: O direito à identidade. Revista do Ministério Público, ano 22, n.º 88 (out/dez 2001)
- MELO, Helena Gomes, O direito ao conhecimento da origem genética, in Revista do Ministério Público 142 : Abril : junho 2015, pp. 35–57
- MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora: Coimbra, 2005
- MOREIRA, Sónia, Direito à Identidade Genética versus Direito à Reserva Sobre a Vida Privada no Direito Português, Revista do CEJ, 1.º Semestre 2018 — Num. 1, pp. 197–213, 206
- OLIVEIRA, Guilherme, Caducidade das Ações de Investigação, revista *LexFamiliae*, n.º 1, 2004
- OLIVEIRA, Guilherme, Critério Jurídico de Paternidade, Almedina: Coimbra, 1998
- OLIVEIRA, Guilherme, Estabelecimento da Filiação, Livraria Almedina: Coimbra, 1995
- PENCHACZADEH, Victor B. — Genetic testing to restore the human right to identity in post-dictatorship Argentina: Ethical, legal and social issues, 2021, p. 326–336, disponível em: wileyonlinelibrary.com/journal/almgc
- PINHEIRO, Jorge Duarte, Direito da Família Contemporâneo, Reimpress. 3.ª Edição, aafdl: Lisboa, 2011
- PINHEIRO, Jorge Duarte; “Mãe portadora — A problemática da maternidade de substituição”, in José de Oliveira Ascensão (Coord.), Estudos de Direito da Bioética, Vol. II, Almedina: Coimbra, 2008, pp. 323–344
- PINHEIRO, Jorge Duarte, “Inconstitucionalidade do artigo 1817.º do Código Civil”, in *Cadernos de Direito privado*, n.º 15, Julho/Setembro 2006, págs. 32 a 52
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “A Inconstitucionalidade da limitação temporal ao exercício do direito de investigação da paternidade de paternidade”, in *RLJ*; ANO 147, Março-Abril de 2018, pp. 214–238
- SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afetiva”, in AA.VV., Volume comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Proteção de menores — Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2008, pp. 23–60.
- RELAÇÃO DE GUIMARÃES — Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 202–2017, processo n.º 1600/16.6TSVCT.GI. Acórdãos RG [Em linha] Relator Helena Gomes de Melo, Guimarães : DGSJ. [Consult. 29 jan. 2022]. Disponível em WWW:URL:<http://dgsi.pt/jtrg.nsf/-/8FD7704BC-55CA3D8802580DF005910A7?OpenDocument>.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Acórdão do Tribunal Constitucional de 4–10–2018, processo n.º 471/17, 2.ª Secção. Acórdãos TC [Em linha]. Relator Maria Clara Sottomayor. Lisboa : TC. [consult. 27 dez. 2021] Disponível em WWW:URL: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180488.html>.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Acórdão do Tribunal Constitucional de 3–07–2019, processo n.º 394/2019, Pleno. Acórdãos TC [Em linha]. Relator João Pedro Caupers (Maria Clara Sottomayor). Lisboa : TC. [consult. 27 dez. 2021] Disponível em WWW:URL: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190394.html>.

O DIREITO DO TRABALHO NA PRIMEIRA LINHA DE COMBATE PELOS DIREITOS HUMANOS

Pelo Prof. Doutor António Garcia Pereira

O Direito do Trabalho tem, desde o seu nascimento, a marca genética da luta pela defesa, consagração e efectivação dos Direitos Humanos mais essenciais.

Com efeito, o Direito do Trabalho como Ramo do Direito surgiu historicamente quando¹, com a instituição das relações de trabalho assalariado e a lógica da fábrica, se tornou evidente e incontornável, face à definitiva inadequação do Direito Civil para esse efeito, a necessidade de uma regulamentação jurídica mais adequada para regular a aquisição da força do trabalho e a sua incorporação no processo produtivo.

Na verdade, o mesmo Direito Civil, fundado na (ilusão da) igualdade de ambas as partes de uma relação profundamente assimétrica e desigual, bem como no endeusamento da liberdade contratual praticamente

¹ Entre os meados e finais do século XIX nos países mais industrializados, como a Alemanha e a Inglaterra, e nos inícios do século XX nos países com processos de industrialização mais tardios e incipientes, como Portugal.

absoluta e ilimitada², havia mostrado em definitivo a sua incapacidade para desempenhar aquele papel regulador, moderador e legitimador das relações de trabalho assalariadas, próprias da nova sociedade capitalista.

Possibilitando situações extremas de sobre-exploração impostas pela parte mais forte (o patrão), com extenuantes, perigosas, penosas e até bárbaras jornadas de trabalho e com ambientes de trabalho infra-humanos, em particular para os trabalhadores mais vulneráveis³, tais como as crianças, as mulheres, em particular as grávidas, puérperas ou lactantes, e os trabalhadores feridos ou doentes, sem instituir quaisquer medidas ou garantias de segurança e de saúde no trabalho, bem como de prevenção e protecção contra doenças e acidentes profissionais, a ausência de intervenção do Estado na regulamentação jurídica dessas mesmas relações, assumida e praticada sempre em nome da sacrossanta “autonomia da vontade das partes” e do “laissez faire, laissez passer” das entidades públicas — princípios essenciais do liberalismo político, económico e jurídico — conduziu a tão legítimas quanto crescentes, e cada vez mais profundas e até mais violentas, revoltas sociais e políticas⁴, as quais, a partir de determinada altura começaram mesmo a pôr cada vez mais em causa a própria subsistência do sistema de economia capitalista.

O Direito do Trabalho historicamente surgiu então dessa nova postura, desse novo “discurso legitimador” do Estado capitalista, consistente em o mesmo Estado, enquanto instrumento de dominação da classe dominante (a possuidora dos meios de produção), abandonar o referido “laissez faire, laissez passer”, próprio da fase inicial do Capitalismo e da sua ideologia política e jurídica (o liberalismo) e em passar a intervir, primeiro de forma muito pontual⁵, com normas jurídicas esparsas e apenas relativas a este ou aquele ponto concreto, *maxime* o da duração da

² A afirmação da igualdade formal das partes e da autonomia da sua vontade representou um grande progresso e um importante instrumento ideológico de derrube da velha, fechada e fortemente hierarquizada sociedade feudal, mas tratar igualmente quem ou o que é substancialmente desigual e sustentar a liberdade de estipulação de quem realmente a não tem acabou por representar a escravização de quem era supostamente livre e igual.

³ Veja-se a este propósito, por exemplo, os conhecidos romances de Charles Dickens, a obra de Engels “A situação das classes trabalhadoras em Inglaterra” e o relatório adiante citado de Louis Villermé.

⁴ Veja-se o quanto custou o reconhecimento das 8 horas diárias de trabalho ou dos direitos ao associativismo sindical e à greve.

⁵ A primeira lei portuguesa específica sobre as condições de higiene no trabalho datava de 6 de Junho de 1895 e respeitava aos “estabelecimentos insalubres, incómodos, perigosos e tóxicos”.

jornada de trabalho, e depois, e cada vez mais, com a produção de um conjunto mais estruturado e completo de leis, sistematizadas de forma coerente (a chamada autonomia sistemática) e obedecendo a princípios próprios e comuns, distintos dos outros conjuntos normativos ou Ramos do Direito já existentes (autonomia científica).

Essa nova posição interventiva do Estado e os princípios essenciais que a passaram a nortear (nomeadamente a limitação da liberdade contratual por meio do estabelecimento das fronteiras legais ditadas pela necessidade de tutela do contraente mais débil) visou precisamente manter o conflito de interesses inerente à relação de trabalho assalariado dentro das balizas do política e socialmente admissível, tendo assim de estabelecer, e com esse mesmo objectivo essencial de garantir a subsistência do sistema capitalista, alguns limites aos até aí praticamente ilimitados poderes patronais.

O Direito do Trabalho não é, pois — e nunca foi desde a sua génese — uma qualquer “ilha socialista” no imenso oceano das relações de produção capitalistas, mas antes uma super-estrutura do Estado burguês. A qual, por um lado, cumpre a função normalizadora e legitimadora da essência da economia capitalista, assegurando tão eficazmente quanto possível a manutenção, reprodução e subsistência das respectivas relações sociais. Mas o mesmo Direito do Trabalho, resultando da luta histórica entre dois contrários (aqueles que são titulares dos meios de produção e aqueles que, de seu, apenas têm a sua força de trabalho, a qual irá ser incorporada no processo produtivo das formas e com os instrumentos juridicamente criados e regulados precisamente pelo Direito do Trabalho), representa afinal o ponto de equilíbrio entre esses mesmos contrários e os seus respectivos interesses e aspirações, exprimindo, nas suas sucessivas soluções concretas, a relação de força existente em cada momento na sociedade, reconhecendo formalmente — precisamente para garantir a preservação e continuidade do sistema capitalista — aquilo que à classe dominante já não é mais possível continuar a ignorar ou negar.

Deste modo, a consagração de direitos, legalmente proclamados e protegidos, como o direito a um número máximo de horas de trabalho por dia e por semana, ou o direito a condições mínimas de higiene e segurança no trabalho e a períodos de repouso e de lazer, bem como a proibição de rescisões contratuais arbitrárias e a garantia a um mínimo de segurança no emprego (em termos, desde logo, da duração e da permanência do próprio vínculo) constituem assim uma frente, e relevantíssima, da luta

pela consagração e defesa dos direitos humanos à dignidade, à integridade física e moral, à parentalidade e à família, à própria privacidade e intimidade, enfim à especial protecção dos cidadãos mais pobres, mais fracos e mais vulneráveis.

É precisamente por isso que não foi seguramente por acaso que o mais relevante precursor da intervenção do Estado na regulamentação das relações de trabalho em França não foi um jurista, mas sim um médico e filantropo social, epidemiologista afamado e profundamente preocupado com a situação dos seus semelhantes, Louis René Villermé. Tendo-se deslocado ao sul de França, para examinar as brutais e desumanas condições em que aí trabalhavam os operários das fábricas de algodão, lã e seda, elaborou em 1840 um impressionante relatório⁶, que expôs, de forma tão crua quanto cientificamente fundada, as brutais e desumanas condições a que tais trabalhadores, em nome da “liberdade contratual”, estavam sujeitos. E o religioso dominicano Henri Dominique Lacordaire haveria de imortalizar, também em meados do século XIX, numa frase que se tornou célebre, a percepção de que, para haver cidadãos dignamente tratados, teria que haver legislação a proteger os mais fracos do poderio e dos abusos dos mais fortes: “entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o senhor e o servo é a liberdade que escraviza e a lei que liberta⁷!”

É assim inteiramente justo afirmar-se que a luta travada pelos trabalhadores de todo o mundo pela consagração formal, bem como pela garantia da respectiva efectivação, dos seus direitos laborais, que tanto sangue, suor e lágrimas custaram a conquistar, é afinal uma parcela, e uma parcela muito relevante, da luta mais geral dos povos pela consagração e defesa dos seus direitos mais básicos, como os direitos à vida, com dignidade, com saúde e com qualidade de vida e bem estar, à integridade física e moral, ao repouso, ao lazer e à cultura, à família, em particular à maternidade e à paternidade, bem como à articulação harmoniosa da vida profissional com a vida pessoal, familiar e social de quem trabalha, e ainda à tutela e à garantia da intimidade e da privacidade.

⁶ “Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie”, 2 vol., 1840

⁷ Conférences de Notre-Dame de Paris, Ed. Sagnier et Bray, 1848, p. 246.

E os combates sociais e políticos, e também jurídicos, que se têm travado, já desde o último quartel do século XX, por essa mesma consagração dos direitos laborais integram e aprofundam afinal essa luta permanente por um mundo mais justo.

E essa realidade, aliás, tem ficado muito clara quando, em particular nos períodos das crises mais graves do sistema capitalista, se assistiu à tentativa de reedição do velho ideário do liberalismo (mesmo que disfarçado com vestes de “modernidade” ou de “pragmatismo”, senão mesmo de uma pretensa “inevitabilidade”). Defendendo então abertamente os seus cultores, nomeadamente sob o estafado e mil vezes repetido chavão da “flexibilidade”, o marcado enfraquecimento, senão mesmo o próprio desmantelamento, do Direito do Trabalho, buscando a sua substituição pela máxima individualização e pela máxima desregulação das relações laborais e pela imposição da lei do mais forte, travestida embora, e uma vez mais, de “liberdade” (contratual)...

Foi isso que precisamente se passou no final dos anos 70 na Europa (e em Portugal cerca de uma década mais tarde⁸) na sequência do chamado “choque petrolífero” de 1973/74, com as reformas laborais decretadas sob a capa do “Direito do Trabalho na crise” ou “Direito do Trabalho da crise!” Como voltou a suceder, no final dos anos 90 (e em Portugal já no início deste século, com a aprovação do Código do Trabalho de 2003).

E de novo se verificou, como decorrência da crise financeira mundial de 2008, e, no nosso país, com o chamado “Memorando de Entendimento” com a Troica⁹.

É aliás muito curioso verificar que, ao longo de mais de três décadas, todas essas reformas, com o mal disfarçado intuito de fazer recair as consequências das medidas (ou “reformas”) adoptadas sobre quem vive apenas do seu trabalho, ou sobre quem já trabalhou uma vida inteira e vive somente da sua reforma, assentaram sempre no mesmo tipo de alicerces político-ideológicos, a saber:

- 1.º Responsabilizar os pobres, os fracos e os “servos” de que falava Lacordaire pela situação de crise, procurar legitimar dessa forma

⁸ Designadamente com o novo regime da cessação do contrato de trabalho (Decreto-Lei n.º 64-A/89 e os relativos à cessação por inadaptação e à comissão de serviço (Decreto-Lei n.º 400 e 404/91).

⁹ As chamadas “leis da Tróica”, designadamente as leis n.º 23/2012, de 25/06, n.º 69/2013, de 30/08 e n.º 27/2014, de 08/05.

o serem eles os mais atingidos e fustigados pelas medidas ditas de “emergência” e apresentar sempre tais medidas como não tendo qualquer alternativa¹⁰.

2.º Sustentar, do ponto de vista da dogmática jurídica, a “desnecessidade histórica” e até a “ausência de autonomia científica” do Direito do Trabalho, ou, pelo menos, a pretensa necessidade de o “civilizar”, ou seja, de o aproximar ao máximo do Direito Civil, precisamente nos termos e pelas razões históricas que acima apontámos.

3.º Consequentemente, desarticular e enfraquecer as relações colectivas de trabalho (isto é, as formas de organização, de regulamentação e de luta colectivas) e, aproveitando precisamente a extrema individualização das relações laborais assim alcançada, promover um maior desequilíbrio contratual a favor do empregador, com o significativo aumento dos poderes deste, designadamente em termos de definição do tempo, local e objecto da prestação de trabalho.

4.º Decidir e impor o seguinte tipo de medidas (supostamente destinadas a promover o emprego, a aumentar a produtividade e a diminuir a segmentação do mercado de trabalho):

- a) Aumento dos tempos de trabalho (seja pela eliminação de tempos de descanso ou de dias feriados, seja pelo estabelecimento e incremento de mecanismos ditos de flexibilização horária — isenção de horário de trabalho, bancos de horas, adaptabilidades);
- b) Diminuição das retribuições (designadamente pelo abaixamento das valorizações remuneratórias, do trabalho extraordinário ou outras);
- c) Facilitação e drástico embaratecimento quer da contratação precária (nomeadamente a prazo), quer dos despedimentos por causas ditas objectivas (colectivos, por extinção do posto de trabalho ou por inadaptação);
- d) Enfraquecimento sensível quer da acção inspectiva quer do acesso aos Tribunais para garantia dos direitos (ainda) formalmente consagrados, criando assim materialmente um novo

¹⁰ As tristemente célebres (e incapacitantes...) teorias do “TINA — There Is No Alternative”.

factor de acrescida, e muito elevada, “flexibilidade de facto” das, já de si formalmente enfraquecidas, leis laborais;

- e) Acentuada restrição do acesso a direitos sociais básicos, tais como os direitos aos subsídios de desemprego ou de doença, ou complementos solidários (nomeadamente para idosos) ou rendimentos mínimos (de inserção, por exemplo).

Para lá da completa falência de tal tipo de medidas na perspectiva do atingimento dos objectivos que se propunham (demonstrada, entre outros, nos dados e conclusões de documentos oficiais¹¹) e da gravidade das respectivas consequências, designadamente de agravamento da pobreza e da miséria social¹², a verdade é que, uma vez mais, o Direito do Trabalho e os seus verdadeiros cultores desempenharam um relevantíssimo papel de verdadeira resistência contra as lógicas anti-democráticas dominantes, no sentido de restrição ou até de inutilização de Direitos Humanos, promovidas nomeadamente através de concepções como as de que “os fins justificam os meios” ou a de que “se a Constituição impede esta solução legal, então ignore-se ou (pior ainda — nota nossa), mude-se a Constituição!”.

Por fim, importa assinalar também que, mesmo que isso seja pouco conhecido e menos ainda reconhecido entre nós, tendendo alguns autores a negar que haja princípios próprios do Direito de Trabalho e do Direito Processual do Trabalho, a verdade é que esses mesmos princípios, e muito em particular o da primazia da realidade sobre a formalidade, no Direito Substantivo, e da particular preocupação do julgador na busca da verdade material dos factos e na construção de uma solução justa para o conflito entre as partes (nunca esquecendo a real desigualdade destas), no Direito adjectivo, levou a que a doutrina jus-laboral e o próprio Direito do Trabalho tivessem um papel verdadeiramente percursor na defesa de inúmeros e muito importantes direitos fundamentais dos cidadãos (de todos eles, e não só dos direitos laborais).

Assim, temos como exemplos, e bem significativos aliás, disso mesmo, as teorias da desconsideração da personalidade jurídica para efeitos de efectiva responsabilização (designadamente perante os

¹¹ Tais como o “Livro Verde das Relações Laborais” de 2016 e o relatório da OiT “Trabalho digno em Portugal: 2008–2018”

¹² Estima-se que mais de meio milhão de beneficiários de direitos sociais foram deles despojados, com um significativo aumento da pobreza e miséria sociais.

credores) do real beneficiário nos casos, por exemplo, de construção de personalidades colectivas que ocultem a identidade daquele; o uso inteligente e adequado das figuras da “fraude à lei” e do “abuso do direito” para sancionar devidamente expedientes de fuga ilegítima à lei (desde logo, a laboral) que seria normalmente aplicável à situação concreta; a não vinculação do Tribunal pelas denominações e qualificações dadas pelas partes (ou melhor, pela parte mais forte) aos vínculos constituídos, fazendo nomeadamente aplicar o Direito do Trabalho a milhares e milhares de falsos contratos de prestação de serviços como tal denominados (como os falsos “recibos verdes”); a consideração como abusivas (à luz do regime das cláusulas contratuais gerais) de cláusulas de contratos de trabalho não apenas em absoluto desequilibradas mas também prévia e unilateralmente elaboradas e redigidas somente pela parte mais forte (o empregador), sem que a parte mais fraca (o trabalhador) haja podido influenciar minimamente o respectivo conteúdo; a defesa da consagração expressa do direito à desconexão como forma de impor, na prática, o respeito pela articulação harmoniosa entre a vida profissional e a pessoal e familiar de quem trabalha; o combate pelo estabelecimento de novos e actualizados critérios de presunção de contrato de trabalho relativamente a actualmente muito desprotegidos trabalhadores como os das plataformas digitais; a defesa do respeito pela intimidade e privacidade dos cidadãos trabalhadores, em termos e no âmbito quer de utilização de novas tecnologias (como as NTIC's)¹³, quer de novas formas de organização de trabalho (como o teletrabalho), quer ainda a defesa do património genético dos trabalhadores.

E, enfim, o combate que, contra muitas renitências e relutâncias, o Direito do Trabalho tem travado contra essa autêntica praga das relações sociais (das laborais e, como se tem visto ultimamente, não só) que é o assédio moral, incluindo o assédio sexual, e pelo efectivo sancionamento dos respectivos responsáveis¹⁴.

Em todas estas frentes da contínua e árdua batalha pela defesa dos Direitos Humanos, a verdade é que o Direito do Trabalho, com todas as suas dificuldades e fraquezas, tem sabido resistir e tem sabido ocupar

¹³ As chamadas Novas Tecnologias de Comunicação e Informação.

¹⁴ Nomeadamente defendendo a legitimidade passiva dos assediadores directos nas acções judiciais de assédio moral, bem como combatendo a ultra-miserabilista cultura judiciária dominante em matéria de indemnizações por danos morais.

a primeira linha, mesmo quando os tempos são bem negros e essa batalha se torna mais difícil de travar.

E é igualmente por essa razão, que a batalha pela defesa dos direitos laborais de quem trabalha é, também ela, uma luta, ou mais exactamente, uma frente muito relevante da luta pelos Direitos Humanos!

A CONSTITUIÇÃO E O CÓDIGO CIVIL EM DIÁLOGO SOBRE A TUTELA DOS DIREITOS DA PESSOA*

Pelo Prof. Doutor António Pinto Monteiro**

1.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) dedica toda a Parte I aos “Direitos e deveres fundamentais”, interessando-nos particularmente os Títulos I e II, que acolhem, respectivamente, os “Princípios gerais” e os “Direitos, liberdades e garantias”. Assumem especial significado, no presente contexto, os arts. incluídos no Cap. I, que consagram os “Direitos, liberdades e garantias pessoais” (arts. 24.º – 47.º). Mas também o art. 18.º se revela de grande importância, determinando que *“Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”* (n.º 1).

Esta “aplicação directa” dos direitos fundamentais, “vinculando” também as entidades privadas, não é isenta de dúvidas e de discussão,

* Este texto irá ser publicado nos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Fernando Alves Correia.

** Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra.

seja na doutrina constitucionalista, seja na doutrina privatista¹. A expressão alemã da *Drittwirkung* — ou da eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros — tornou-se a *key word* para todos quantos se dedicam a reflectir sobre esta questão².

2.

Abreviando, começamos por lembrar que este tema da relevância dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não constituiu uma questão preocupante na vigência da construção liberal do Estado. Este era visto como constituindo um mundo próprio, separado da Sociedade, segundo um “*modelo da incomunicabilidade*”³. Constituição e Código Civil constituíam dois mundos que não se tocavam, configurando campos diversos: um, o estatuto do Estado e do Direito Público; o outro, o estatuto da Sociedade Civil e do Direito Privado. Neste ambiente, os direitos fundamentais eram considerados como *direitos do indivíduo contra o Estado*, tendo por finalidade a *protecção da Sociedade contra as intromissões do poder político*. Daí que os direitos fundamentais fossem vistos “como um *instituto específico* das relações entre o indivíduo e o Estado, consagrado com um fim determinado: a salvaguarda da liberdade individual e social”⁴.

Esta concepção tradicional está hoje *ultrapassada*, com a *superação* de certos pressupostos ideológicos do passado, do modelo liberal de justiça, da absoluta separação Estado/Sociedade, do Estado abstencionista e dos princípios da liberdade e igualdade encarados de um ponto de vista

¹ A título meramente exemplificativo, cfr. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 448 e 1284, ss.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, in INGO SARLET (org.), “Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado”, 2.^a ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006, pp. 273, ss.; e PAULO MOTA PINTO, *A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado Português*, in ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/JÖRG NEUNER/INGO SARLET (orgs.), “Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de Direito Comparado”, Almedina, Coimbra, pp. 145, ss. (agora também in PAULO MOTA PINTO, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos*, Gestlegal, Coimbra, 2018, pp. 299, ss.). No direito comparado, por todos, cf. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trad. de INGO SARLET e PAULO MOTA PINTO, Almedina, Coimbra, 2003.

² Cfr., por ex., JÖRG NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12.^a ed, Beck, München, 2020, pp. 47–50 (§5.º, n.º 4 e ss.), e CANARIS, *op. cit.*, pp. 28, ss., e 52, ss.

³ JUDITH MARTINS-COSTA, *Os direitos fundamentais e a opção culturalista do Código Civil*, in INGO SARLET (org.), “Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado”, cit. (pp. 63, ss.), pp. 66, ss.

⁴ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 275.

meramente formal. Neste contexto, proclama-se mesmo, de alguns lados, a “superação da dicotomia direito público/direito privado”⁵.

3.

Há, porém, *equívocos* importantes a desfazer. Hoje, na verdade, são dominantes as preocupações de justiça materialmente fundada, as coordenadas sociais do direito, o intervencionismo estadual e as consequentes limitações à liberdade contratual em ordem à defesa de uma autêntica autonomia privada no Estado de Direito Social. O nosso Código Civil de 1966 é um bom exemplo disso, com a consagração generosa do princípio da boa fé em sentido objectivo, com a proibição do abuso do direito, dos negócios contrários à ordem pública ou ofensivos dos bons costumes, com a afirmação de um direito geral de personalidade, etc.

Mas daí *não decorre necessariamente* — *nem essa superação significa* — uma adesão às teses da “constitucionalização do direito civil”, da “publicização do direito privado” e muito menos da “superação da distinção entre o direito público e o direito privado”⁶. Sem prejuízo, contudo, do papel da Constituição como Lei Fundamental e, nessa medida, do controlo da constitucionalidade das leis civis, assim como sem prejuízo do reconhecimento dos princípios constitucionais no *preenchimento* das cláusulas gerais e conceitos indeterminados de direito civil, do princípio da interpretação *em conformidade com a Constituição*, etc. Nem se rejeita, evidentemente, uma certa “publicização do direito privado”, tal como, em contrapartida, uma certa “privatização do direito público” e, mesmo,

⁵ Pode ver-se, a propósito, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, 2005, pp. 42–44 e notas 32 e 34, bem como, no Brasil, por ex., JUDITH MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 68 e nota 14.

⁶ São muitas as obras e artigos que tratam deste tema no Brasil: cfr., entre outros, GUSTAVO TEPEDINO, *A Parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro-São Paulo, 2002; INGO SARLET (org.), *A Constituição concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre, 2000, e idem (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, 2003 (qualquer destas obras contém artigos vários de muito interesse). Na doutrina portuguesa, para além dos artigos de J. J. GOMES CANOTILHO, J. C. VIEIRA DE ANDRADE e PAULO MOTA PINTO naquelas obras brasileiras, v. JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, *Constitucionalização do direito civil*, BFD, vol. LXXIV, 1998, pp. 729-755.

uma “fuga para o direito privado”⁷. Pode falar-se, assim, de algum modo, de uma tendencial *aproximação* ou *convergência* — mas não de uma *superação* ou *substituição* de um ramo do direito pelo outro, do direito civil pelo direito constitucional, do direito privado pelo direito público, e vice-versa.

Dir-se-á, numa breve síntese conclusiva, que a distinção entre o direito público e o direito privado é uma tarefa de classificação e arrumação sistemática e, nessa medida, uma tarefa da ciência do direito, que deve ser despida de conotações ideológicas e não põe em causa o postulado fundamental da unidade da *ordem jurídica*. Para além do interesse prático de que se reveste, quer para determinar o tribunal competente, quer para fundar a obrigação de indemnização.

4.

Esta superação da concepção liberal do Estado, de um Estado abstencionista, de um “Estado guarda-nocturno”, pelo Estado fortemente *intervencionista* dos nossos dias, empenhado em corrigir desigualdades, em fomentar uma justiça materialmente fundada e em promover o bem estar social, este novo papel do Estado repercutiu-se também na *concepção dos direitos fundamentais*.

Estes passam a ser vistos não só como valores constitucionais que o Estado *deve respeitar*, mas também como valores que o Estado *deve fazer respeitar* nas relações sociais, nas relações entre particulares. Já não se trata, apenas, da necessidade de protecção dos particulares *perante o Estado*, mas também, através do Estado, *perante outros particulares*⁸.

⁷ Cfr., a propósito, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra, 1996, e, no Brasil, recentemente, FRANCISCO AMARAL, *Direito Civil e Constituição — o Neoconstitucionalismo Italiano e sua Adoção no Brasil*, in “Uma vida dedicada ao Direito. Estudos em Homenagem a Roberto Rosas”, GZ Editora, Rio de Janeiro, 2020 (pp. 281, ss.), p. 283.

⁸ Assim, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 276.

5.

Aqui chegados, e voltando ao n.º 1 do art. 18.º da Constituição, aí se diz, textualmente, que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias *vinculam as entidades privadas*. Daí que um particular possa invocar perante outro particular um direito fundamental para justificar, por ex., uma pretensão indemnizatória por uma alegada violação desse direito.

Mas o problema põe-se justamente aqui: *em que termos* se processa essa vinculação? É que, se não se põe em causa a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, já se pode questionar, todavia, é o *como* dessa aplicação.

Ora, a este respeito, abreviando, mais uma vez, o discurso, temos entendido que a aplicação dos direitos fundamentais às relações de direito privado deve fazer-se mediante os meios de protecção próprios deste ramo do direito, por ex., *nulidade*, porque contrária à ordem pública (art. 280.º do Código Civil), da convenção ou cláusula que viola um desses direitos, e *direito de indemnização* por violação de um direito de personalidade (art. 70.º do mesmo diploma).

Na verdade, temos adoptado no nosso ensino a posição do Professor Carlos Mota Pinto, entendendo que a aplicação das normas constitucionais à actividade privada deve fazer-se através de normas do direito privado que reproduzem o seu conteúdo (por ex., direito ao nome: arts. 72.º do Código Civil e 26.º da Constituição; direito à reserva sobre a intimidade da vida privada: arts. 80.º CC e 26.º CRP); através de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, como os arts. 280.º e 70.º CC, cujo conteúdo será preenchido com os valores constitucionalmente consagrados⁹; e, excepcionalmente, quando não haja cláusula geral ou conceito indeterminado adequado, aplicar-se-á uma norma reconhecedora de um

⁹ Assim, por ex., será *nulo* um contrato ou uma cláusula contratual em que alguém se *obrigue a professar ou a abandonar certa religião ou prática religiosa*, por força do disposto no n.º 2 do art. 280.º CC, pois o conceito de “ordem pública” abrange a “liberdade de consciência, de religião e de culto” constitucionalmente consagrada (art. 41.º). Assim como seria *nulo* um qualquer contrato em que alguém *dispusesse da sua própria vida*, a troco de uma qualquer vantagem patrimonial, ainda que por alegados fins “nobres”, com fundamento no referido n.º 2 do art. 280.º (ordem pública), à luz do disposto no art. 24.º CRP.

direito fundamental independentemente da mediação de uma regra de direito privado¹⁰.

É que, continuando com aquele nosso saudoso Mestre, parece conveniente e susceptível de conduzir a resultados mais razoáveis que a aplicação das normas constitucionais a actividades privadas se faça *em primeira linha com referência a instrumentos e regras próprias do direito civil*. Assim se chama a atenção para a necessidade de atenuações à plena afirmação de um ou outro princípio constitucional, isoladamente considerado, por força de princípios fundamentais de direito privado, também eles consagrados na Constituição (ou, pelo menos, obviamente conformes a ela)¹¹: por exemplo, o princípio da igualdade dos cidadãos não pode prevalecer, antes tem de ceder, sobre a liberdade contratual (art. 405.º CC); o direito de liberdade de expressão não pode prevalecer sobre o dever de segredo ou fidelidade que, em certos contratos, resulta para as partes — ou uma delas — de cooperação, segundo a boa fé, para se atingir o interesse na prestação ou no contrato (art. 762.º, n.º 2, CC).

Ninguém pode invocar o princípio da igualdade para impugnar um testamento em que o testador beneficie um ou alguns filhos relativamente a outros. Não pode pedir-se uma indemnização a uma pessoa que vende um prédio a outrem pelo mesmo preço que lhe tenha sido oferecido anteriormente por um terceiro, ou até por preço inferior, pois o vendedor exerce a sua liberdade contratual, que comporta a liberdade de escolha do outro contraente¹².

Pode estabelecer-se num contrato, nomeadamente constitutivo de uma duradoura relação de confiança de uma parte na outra, a existência de deveres de segredo e de fidelidade, limitadores da expressão do pensamento¹³.

¹⁰ Cfr. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / PAULO MOTA PINTO, cit., pp. 73–79.

¹¹ Nas relações entre particulares (diversamente do que acontece quando uma das partes é uma entidade pública) frequentemente encontraremos, nos dois pólos da relação, titulares de direitos constitucionalmente protegidos, o que aproxima muitas vezes o problema da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares de um problema de colisão de direitos fundamentais (ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., 1986, p. 480).

¹² A ilicitude só terá lugar, neste caso e no anterior, se a discriminação violadora do princípio da igualdade for feita em termos afrontadores da Constituição (motivos de raça, religião, etc.).

¹³ Assim, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / PAULO MOTA PINTO, cit., pp. 75 e 78.

6.

Dito isto, vejamos então, para concluir, em que termos é que o Código Civil tutela os direitos da pessoa, sem porém deixarmos de insistir em que a tutela jurídica dos direitos da pessoa se espraia, designadamente, pela tutela constitucional, civil e penal. Em concreto, a ofensa a um bem da pessoa convoca toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica). Mas pelo nosso lado, aqui e agora, é a tutela civil que nos interessa, sem deixar de recordar, como vimos há pouco, os termos em que os direitos fundamentais se aplicam às relações entre particulares.

Quanto à tutela civil, é através do reconhecimento dos *direitos de personalidade* que a pessoa é protegida. E logo à partida é de aplaudir a solução consagrada no Código Civil, pois o legislador soube utilizar a melhor técnica legislativa: em vez de identificar todos os direitos de personalidade que pudesse, o legislador optou por consagrar um *direito geral de personalidade* (inspirado no “allgemeines Persönlichkeitsrecht” da doutrina germânica¹⁴), no art. 70º, nº 1, que constitui um direito à pessoa *no seu ser e no seu ser em devir* e que abrange *todas* as manifestações previsíveis e imprevisíveis — físicas, intelectuais e morais — da personalidade humana¹⁵.

Dedica o Código, depois, algumas normas a problemas específicos de certos direitos de personalidade em especial, como o direito ao nome, o direito à imagem e o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada (arts. 72º, 79º e 80º).

¹⁴ A obra de referência é de HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, Böhlau, 1967. Mas cfr. também JÖRG NEUNER, *Allgemeiner Teil*, cit., pp. 137, ss., esp. 139–140 (n.ºs 6, ss.). Em língua portuguesa, cfr. a tese de doutoramento de RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

¹⁵ Recordamos ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, Sumários desenvolvidos*, Centelha, Coimbra, 1981, texto agora republicado sob a coord. de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 202,ss.

7.

E quem é *titular* dos direitos de personalidade?

De acordo com a terminologia da lei portuguesa, são as *peessoas singulares*, naturalmente, ou seja, as pessoas humanas. E as *peessoas colectivas*?

Não é pacífica a resposta a dar a esta pergunta. Há quem entenda que os direitos de personalidade — “maxime”, o direito geral de personalidade — são privativos da pessoa humana. À pessoa colectiva só por analogia se lhes poderiam ser aplicadas certas normas que tutelam os direitos de personalidade¹⁶.

A doutrina dominante, porém, na qual nos incluímos, entende que as pessoas colectivas são titulares de *alguns* direitos de personalidade, *compatíveis com a sua natureza*: assim, designadamente, os direitos ao bom nome, imagem e reputação, de que beneficiam todas, inclusivamente as sociedades comerciais¹⁷.

8.

Quid iuris se alguém consentir antecipadamente na lesão de algum dos seus direitos? Qual a relevância do *consentimento* do lesado?

De duas, uma: ou o consentimento é *válido*, afastando a *ilicitude* do acto, ou o consentimento é *nulo*, e a *ilicitude* mantém-se.

A este respeito, o art. 81º prevê, relativamente à prestação do consentimento em benefício alheio ou geral, que é nula a limitação voluntária aos direitos de personalidade que seja contrária aos princípios da ordem pública. Acrescenta o nº 2 do mesmo preceito que a limitação, quando legal, é sempre revogável.

Em sentido semelhante dispõe o art. 340º, relativamente ao consentimento em benefício próprio.

¹⁶ Neste sentido, por ex., JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, in “Revista da Ordem dos Advogados”, ano 68, I, Lisboa, 2008, pp. 97ss, p. 101, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006, p. 123, e MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Danos societários e governação das sociedades (corporate governance)*, in “Cadernos de Direito Privado, Número Especial 02”, Dezembro de 2012 (pp. 31ss), p. 44.

¹⁷ Por todos, cf. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, cit., pp. 318/319.

De notar, por último, em caso de ilicitude do acto em virtude de o consentimento ser nulo, que poderá haver culpa do lesado, o que, a verificar-se, poderá levar a que a indemnização seja excluída ou reduzida, nos termos do art. 570º.

9.

Vejamos, agora, finalmente, quais são os meios de tutela, de natureza civilística, que a ordem jurídica providencia a favor do lesado ou ofendido.

Em primeiro lugar, surge o instituto da *responsabilidade civil*. Em caso de violação ilícita e culposa de algum direito de personalidade, de que resultem danos, poderá o lesado pedir a correspondente *indemnização* (arts. 483º e 70º, nº 1).

E por que danos? A indemnização abrangerá, nos termos gerais, tanto *danos patrimoniais* como *danos não patrimoniais* (arts. 562º e ss).

Como se sabe, os primeiros são os danos susceptíveis de serem avaliados em dinheiro e compreendem tanto os danos emergentes como os lucros cessantes; os segundos, também designados por danos morais, são os danos que não são susceptíveis de ser avaliados em dinheiro, mas podem ser compensados.

Estes últimos, os danos não patrimoniais, podem assumir uma índole extracontratual (enquanto lesão de direitos absolutos, como são os direitos de personalidade) ou contratual (por exemplo, lesão de um direito de personalidade no âmbito do cumprimento de um contrato médico).

Mas para além da indemnização, pode o lesado ou ofendido solicitar outro tipo de medidas, que sejam adequadas, diz a lei, “às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida” (art. 70º, nº 2): por exemplo, um pedido de desculpas, uma retratação pública, a apreensão de revistas, a supressão de passagens de um livro, a publicação de uma sentença de condenação, etc., medidas essas que podem, inclusivamente, ser acompanhadas da ameaça do pagamento de uma sanção pecuniária compulsória (art. 829º–A), se não forem observadas ou se a ofensa cometida voltar a repetir-se.

DIREITOS HUMANOS E SAÚDE MENTAL: NOVOS DESAFIOS PARA O SÉCULO XXI

Pelos Profs. António Tavares*
e Francisco Castelo Branco**

Desde a antiguidade até à Idade Média e, desta até aos nossos dias o equilíbrio, na procura do respeito pelo outro e a sua dignidade humana, evoluiu de uma forma sincopada cujo ritmo era imprimido pela roda da história. Como ensinava Foucault existiam *“barcos que levavam a sua carga insana de uma cidade para a outra. Os loucos tinham então uma existência facilmente errante. As cidades escoraçavam-nos dos seus muros”*.

A cidade do Porto e a sua Santa Casa da Misericórdia foram alertados para esta triste realidade no final do século XIX, quando se construiu, assente na fortuna de Joaquim Ferreira dos Santos, o primeiro hospital psiquiátrico de raiz denominado Hospital do Conde de Ferreira.

O desenvolvimento no respeito pelos direitos desses doentes acabou, de certa forma, de acompanhar a exigência que o direito e a capacidade da comunidade científica souberam exigir da sociedade e do Estado para

* Provedor da Santa Casa da Misericórdia do Porto e Professor na Universidade Lusófona do Porto.

** Vice-Provedor da Santa Casa da Misericórdia do Porto e Professor na Universidade Lusíada.

se poder atingir um elevado nível de assistência e ultrapassar o estigma social que era imposto.

Os direitos humanos de forma constante e atenta continuam a estar no centro das preocupações de quem tem responsabilidades na gestão da coisa pública (rés pública). Sejam responsabilidades políticas, colocando, muitos vezes, os países em posições contraditórias ou ainda por causa da cor da pele, da raça, da religião ou da orientação sexual.

Martim Luther King ou Immanuel Kant ambos proclamaram ou estudaram na sua dimensão a importância da defesa dos direitos humanos. O Iluminismo e a procura da Razão levaram o homem do século XXI a encontrar o equilíbrio entre a inteligência emocional e a descoberta da inteligência artificial.

Aqui chegados começamos a compreender que estamos num tempo de alterações do paradigma na abordagem e na relação entre os direitos humanos e os doentes que sofrem de saúde mental ou de outro tipo de demências.

São múltiplas as exigências que implicam o indivíduo, a família, a comunidade e o Estado. A abordagem internacional dos direitos humanos implica, nos dias que correm, uma leitura de maior sustentabilidade das políticas públicas, neste domínio, da sua relação com a defesa de um conjunto de cidadãos que, por força das circunstâncias estão, muitas vezes, sem as plenas capacidades jurídicas devidamente protegidas.

Falar de Direitos Humanos é, pois, ultrapassar a antiga definição de Direitos do Homem, que, de certa forma, excluía as mulheres desta preocupação.

Podemos, pois, começar por voltar a John Locke (1632–1704), no final do século XVII, e ao seu ensaio acerca do *"Entendimento Humano e no Tratado do Governo Civil"*, para se ver que direitos humanos poderia ser sinónimo do direito do Povo de resistir à opressão.

De seguida aparecem em textos como a Declaração da Independência (1776) dos Estados Unidos face à Grã-Bretanha ou a Declaração da Virgínia que vai servir de suporte aos revolucionários franceses para a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26 de agosto de 1789).

Da revolução americana e da revolução francesa vão sair as bases fundadoras dos direitos humanos assentando em alguns direitos de participação política ou de direitos sociais. Com as revoluções liberais e o reformismo social-democrata, na transição do século XIX para o século XX, é possível assistir a um novo discurso graças a um certo liberalismo

social e a uma doutrina social da Igreja refletida numa democracia-cristã que nos trás novas preocupações.

Após a segunda guerra mundial (1939–1945) e com a criação da carta da Organização das Nações Unidas (ONU), assinada em 26 de junho de 1945, fica consagrada a promoção do *“respeito universal dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais de todos, sem distinção por motivos de raça, sexo, idioma ou religião e a efetividade de tais direitos e liberdades”*. A dinâmica própria de uma organização universal e a multiplicidade das tipologias dos vários estados-membros permitiu a existência, aprovada em 10 de dezembro de 1948, de uma Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A evolução natural da vida dos povos e dos estados faz-nos compreender ser difícil conciliar direitos civis e políticos típicos dos Estados liberais de direito (não discriminação, liberdade pessoal e de casamento, consciência, pensamento e religião, de expressão, reunião e associação, de movimento e de silo, direito à segurança penal e processual, nacionalidade e personalidade jurídica, privacidade e honra, igualdade, propriedade privada e participação política), com direitos económicos, sociais, culturais ou o direito dos povos à auto-determinação.

A dinâmica dos Direitos Humanos assistiu, ainda no século XXI, ao acrescentar de novos direitos quer individuais, quer colectivos bem como dirigidos a certos grupos, por vezes minoritários, como migrantes, crianças, pessoas com deficiência, indígenas ou da comunidade LGTB, da orientação sexual ou de identidade de género.

Contudo perante estes avanços dos Direitos Humanos, verdadeiro sentimento de civilização e respeito pelo outro, não tem, muitas vezes, sido possível politicamente consensualizar, em textos normativos, estes mesmos princípios. Num esforço de progresso legislativo a própria ONU fez aprovar, em dezembro de 2002, o Protocolo Facultativo `Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes na sigla inglesa CAT (Convention Against Torture).

No quadro da União Europeia, os Direitos Humanos, na forma de direitos sociais entendidos como direitos de segunda geração, estão logo consagrados no Tratado de Funcionamento da União Europeia quando se estabelece que *“a União e os Estados-membros, tendo presente os direitos sociais fundamentais (...) assegurando simultaneamente essa melhoria, uma proteção social adequada, o diálogo entre parceiros sociais, o desenvolvimento dos recursos humanos, tendo em vista um nível elevado e duradouro e a luta contra a exclusão”*.

As doenças e as perturbações mentais são as principais causas de incapacidade e uma morbilidade nas sociedades modernas (DGS, 2012).

A Organização Mundial de Saúde define a saúde mental como “o estado de bem-estar no qual o indivíduo tem consciência das suas capacidades, pode lidar com o stress habitual do dia-a-dia, trabalhar de forma produtiva e frutífera, e é capaz de contribuir para a comunidade em que se insere” (World Health Organization, 2004).

Deste modo, a saúde mental engloba o bem-estar psicológico e a capacidade de adaptação às diferentes circunstâncias em que o indivíduo poderá estar envolvido.

Atualmente, 165 milhões de pessoas, na Europa, são afetadas por uma doença ou perturbação mental. Sendo que, apenas 25% das mesmas recebe tratamento e 10% têm o tratamento considerado adequado (Wittchen HU et al., 2011).

Consequentemente, 12% das doenças em todo o mundo são do foro mental, assumindo-se como uma das principais causas de incapacidade (Xavier, M. et al., 2013).

As perturbações por depressão são a terceira causa de carga global de doença, ocupando o primeiro lugar nos países desenvolvidos (Programa Nacional para a Saúde Mental, 2013). Prevê-se que esta passe a ser a primeira causa a nível mundial em 2030, com taxa de agravamento para a mortalidade associada (World Health Organization, 2014).

Deste modo, é conclusivo que se trata de um dos principais desafios deste século. Tratar e travar a evolução da doença mental é um dos pilares fundamentais no qual deve assentar a preocupação das entidades responsáveis pelo bem-estar da sociedade.

Portugal é o segundo país com maior prevalência de doenças psiquiátricas na Europa, sendo que um em cada cinco portugueses (22,9% da população) sofre de perturbação psiquiátrica (Universidade Nova de Lisboa, 2013). As perturbações mentais e do comportamento traduzem 11,8% da carga global das doenças em Portugal (Programa Nacional para a Saúde Mental, 2014).

A perturbação mental traduz alterações comportamentais que estão relacionadas com o sofrimento, incapacidade ou morbilidade causados por transtornos mentais neurológicos ou uso de substâncias. Esta perturbação é multicausal com um impacto maior ou menor na vida diária do indivíduo afetado.

Uma das principais questões coaduna-se com ultrapassar o estigma associado estas doenças. A principal mudança passa por entender a perturbação mental como uma condição médica, tal como a diabetes ou a doença cardíaca, em que na maior parte dos casos existe um tratamento para a mesma.

As perturbações mentais podem afetar qualquer pessoa, independentemente da sua idade, género, estatuto social, rendimento, raça, religião, personalidade ou qualquer outro aspecto relacionado a identidade cultural.

É importante destacar o papel dos profissionais que atuam na proximidade com os doentes mentais. Esta área da saúde implica o envolvimento do psiquiatra, do psicólogo, do psicoterapeuta, do terapeuta ocupacional, do enfermeiro e do auxiliar de saúde. As competências e capacidades físicas e psicológicas destes profissionais de saúde estão constantemente a ser colocadas à prova no contacto com o doente.

A alteração progressiva, mas significativa das necessidades efetivas dos cidadãos de todas as sociedades independentemente dos respetivos níveis de desenvolvimento, fruto do aumento da esperança média de vida, do isolamento, da competição, da volatilidade e da incerteza, reforçam a necessidade de apoio e atenção a esta área da saúde.

Um dos principais riscos do estilo de vida atual é a demência mental. Este síndrome constituído por um conjunto de sintomas que correspondem a um declínio contínuo e geralmente progressivo, das funções nervosas superiores.

Inclui a perda de memória, diminuição da agilidade mental das funções executivas, dificuldade de expressão, problemas de compreensão e de julgamento (Department of Health, UK, 2015).

A perda de memória é um dos sintomas mais comuns. Indivíduos com demência têm dificuldade em fazer novas aprendizagens, perdem objetos de valor e, nos casos mais graves, podem esquecer informação já aprendida. Como consequência tornam-se pessoas apáticas e desinteressadas, com dificuldade no controlo das emoções. Perdem a empatia e podem ter alucinações e fazer falsas afirmações. Deste modo, tendencialmente, perdem a sua autonomia, uma vez que podem ter dificuldade em realizar as tarefas mais simples do seu dia-a-dia, como alimentar-se, vestir-se ou cuidar de si.

Contudo, a evolução da doença pode ser travada ou revertida, ajudando a melhorar a qualidade de vida e aliviar a carga sobre os cuidadores doente de demência mental.

É necessário estudar, tratar e cuidar estes doentes, de forma a minimizar o impacto futuro de mais um dos ramos da doença mental.

Assim, é importante reduzir o número de doentes institucionalizados, aproximar e criar novas soluções inovadoras e estruturais nos serviços de saúde mental, tornando-o mais próximo do doente e prevenindo a evolução das doenças para estados mais preocupantes. Para tal, é necessário formar profissionais nesse sentido e criar as infra-estruturas necessárias.

É fulcral acabar com o estigma e o desconhecimento face à doença mental. Colmatar a escassez de recursos e estruturas, a baixa prioridade em termos de opção política e o orçamento desproporcionalmente baixo.

Assim, nunca é demais lembrar a importância do tratamento e acompanhamento das doenças mentais. Como resultado, será possível reduzir a morbilidade, a incapacidade, o suicídio e potenciar a qualidade de vida da população em geral.

Recentemente vivemos uma pandemia como a da COVID-19, em que cada um pôde experimentar o isolamento, a fragilidade, o medo e o receio do desconhecido. Apesar de ter aumentado a comunicação sobre o tema, também se expuseram muitas fragilidades que precisam de ser combatidas. Numa sociedade moderna, que investe menos de 2% do orçamento para a saúde em cuidados saúde mental, é vital aperfeiçoar o acesso ao apoio e cuidados a todos os que precisam.

Acerca deste tema, o Papa Francisco referiu:

“Apesar dos progressos científicos e tecnológicos e avanços médicos assistenciais em relação as pessoas deficientes, nos dias de hoje ainda se verifica a presença da cultura do descarte, e muitas dessas pessoas sentem que vivem sem presença, sem participação. É necessário cuidar e acompanhar essas pessoas sem as absolutizar, enfrentar as situações de marginalidade com força e ternura, acompanhá-las e ungi-las com dignidade para uma participação ativa na comunidade, reconhecendo cada pessoa como única e irrepetível. Uma pessoa deficiente, para se constituir, precisa não só de existir, mas também de pertencer a uma comunidade.”

É, pois, essencial aproximarmo-nos e cuidarmos do doente mental.

Nesta esteira, a 17 de maio de 2021, a Santa Casa da Misericórdia do Porto, que tem a seu cargo um conjunto significativo de maiores acompanhados, inovou ao propor ao poder judicial uma nova forma de acautelar os interesses destes nossos concidadãos. Com efeito através de um despacho, foi possível enquadrar a nomeação de acompanhantes dos utentes como idosos ou deficientes motores ou mentais, nomeadamente

ainda no caso de doentes de saúde mental ou com demências de uma forma que eleva o escrutínio e a transparência.

Diz o texto: *“atendendo ao carácter social da Misericórdia do Porto, esta Instituição sempre pautou a sua prestação de cuidados aos seus utentes, através de equipas multidisciplinares, proporcionando-lhes um acompanhamento transversal, de proximidade e de especialização À luz do regime do maior acompanhado, em vigor, que permite aos utentes beneficiários de medidas de acompanhamento possam ser representados por mais do que uma pessoa (representante legal), para os ajudar nas várias componentes da gestão do seu património e dia-a-dia, encontram-se reunidas as condições para que, também nestes casos, seja implementado um acompanhamento multidisciplinar.*

Assim, determina-se o seguinte:

- I.** Para as Estruturas Residenciais Para Pessoas Idosas, são nomeados:
 - **Diretor(a) do Departamento de Intervenção Social da SCMP:** a quem compete o acompanhamento do património individual de cada beneficiário, nomeadamente, das contas bancarias, do pagamento de despesas, impostos e gestão de imóveis.
 - e
 - **Diretor(a) Técnico da ERPI:** a quem compete, designadamente, acompanhar e supervisionar os beneficiários na gestão do seu dia-a-dia ao nível da alimentação, medicação, vestuário, saídas ao exterior, visitas.
- II.** Para o Centro Integrado de Apoio à Deficiência (CIAD), é nomeado:
 - **Diretor(a) Técnico do CIAD:** face ao menor número de beneficiários, entende-se que a Direção Técnica tem capacidade, por si só, de assumir a representação geral dos beneficiários.
- III.** Para o Centro Hospitalar Conde de Ferreira (CHCF), são nomeados:
 - **Administrador(a) Executivo(a) do CHCF:** a quem compete o acompanhamento do património individual de cada beneficiário, nomeadamente, das contas bancarias, do pagamento de despesas, impostos e gestão de imóveis.
 - e
 - **Supervisor(a) do Serviço Social do CHCF:** a quem compete, designadamente, acompanhar e supervisionar os beneficiários na gestão do seu dia-a-dia ao nível da alimentação, medicação, vestuário, saídas ao exterior, visitas.”

Criada pela Lei 49/2018, de 14 de Agosto, a figura do regime jurídico do maior acompanhado eliminou os institutos da interdição e da incapacitação previstos no Código Civil de 1966. No seu artigo 138º do Código

Civil prevê-se que “o maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código.” Neste enquadramento a nova lei prevê a possibilidade de ser designados vários acompanhantes e foi essa a opção enunciada pela Misericórdia do Porto.

As políticas públicas de saúde mental exigem recursos financeiros mais robustos, em sede de Orçamento de Estado, e recursos humanos mais aptos para enfrentar este problema próprio de uma maior esperança de vida e das respostas ao fenómeno demográfico.

As intervenções do Estado nestas políticas não podem deixar acompanhar a orientação do documento da Organização Mundial da Saúde sobre “*orientações sobre serviços de saúde mental comunitários: promoção de abordagens centradas na pessoa e baseadas nos direitos*” cujo maior destaque vai para o tratamento preventivo que envolve o “*apoio à vida quotidiana, como facilitar o acesso à habitação e à educação e ao mercado de emprego*”. Esta mudança na prestação de serviços de saúde precisa de ser acompanhada por um papel mais ativo e próximo do sector social. A melhor preparação de todos médicos, juristas, psicólogos, enfermeiros, assistentes sociais, terapeutas e auxiliares, entre outros, permitirá uma melhor resposta dos vários agentes envolvidos na salvaguarda dos direitos humanos ultrapassando o tabu e o estigma em relação às pessoas que sofrem destas patologias bem como valorizando o respetivo impacto nas suas vidas.

O ordenamento jurídico português apresenta-se sólido quando evoluímos do texto constitucional para a legislação ordinária, entre outras, como a Lei de Bases da Saúde.

Sabemos da longa história de dificuldade jurídica de se avaliar a evolução e delimitação do conceito de saúde mental porque como diz Caldas de Almeida “*a ausência de doença mental contribui para a saúde mental mas não assegura, por si só, uma boa saúde mental. Por outro lado, uma pessoa pode padecer de uma doença mental e ter, pelo menos em algumas fases da sua vida, alguma saúde mental*”.

A prestação de contas e o escrutínio aliada à responsabilidade de saber fazer bem ajuda a dar, neste século XXI, sentido ao cumprimento das Obras de Misericórdia.

É nesta constante dialética, entre a tradição e a modernidade, que vamos fazendo ter sentido reforçar a problemática dos Direitos Humanos associada a proteção daqueles que mais precisam.

Bibliografia

- Loureiro, JC — Pessoa e Doença Mental in Boletim da FDUC, vol 81, 2005
- Programa Nacional para a Saúde Mental. DGS, 2012.
- Wittchen HU et al. The size and burden of mental disorders and other disorders of the Brain in Europe 2010. *Europeias Neuropsychopharmacology* 2011; 21:655–679
- Promoting mental health: conceitos, emerging evidence, practice. World Health Organization, 2004.
- Xavier, M et al. Implementing the World Mental Health Survey Initiative in Portugal — rationale, design and fieldwork procedures. *International Journal of Mental Health Systems*, 2013, 7:19.
- Correia Gonçalves, Pedro — O Estatuto Jurídico do Doente Mental com referência à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Quid Juris Editora, Lisboa, 2009
- PORTUGAL Saúde mental em Números, 2013. Programa Nacional para a Saúde Mental, 2013.
- Preventing Suicide: a resource for non-fatal suicidal behaviour casa registration. World Health Organization, 2014.
- Estudo Epidemiológico Nacional de Saúde Mental. 1.o Relatório. Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Nova de Lisboa, 2013.
- Foucault, M — História da Loucura: na idade clássica, Perspectiva, S. Paulo, 2013
- About desmentia. NSH Choices Information. Department of Health (UK), 2015.
- Caldas de Almeida, J.M. — A saúde mental dos portugueses, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2018
- Tavares Oliveira, Damião Alexandre — A necessidade de proteção da saúde mental na nova Lei de Bases da Saúde: o quadro da saúde mental portuguesa — E-pública (Revista Electrónica de Direito Público), vol. 6, nº1, 2019

A JUSTIÇA PENAL, A VERDADE E A GUERRA NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO

Pelo Dr. Carlos Melo Alves

Inspirado pelas ideias iluministas, o direito penal atingiu a sua maturidade e estabilidade no final do século passado. A sua função primordial passou a ser a defesa da liberdade, da integridade física e do património dos cidadãos, respeitando sempre os direitos fundamentais de cada um, como defendeu Feuerbach.¹

Numa outra vertente, o direito penal apenas intervém subsidiariamente, constituindo a última *ratio* da proteção dos interesses dos cidadãos. Entre nós, os ensinamentos de Figueiredo Dias² preconizam isso mesmo: o direito penal protege o bem jurídico e tem uma função subsidiária na defesa desses bens, conforme sugere o disposto no artigo 18.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa. Gomes Canotilho

¹ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. A Teoria Penal de P. J. A. Feuerbach e os Juristas Brasileiros do Século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil. 395 f. Tese (Doutorado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

² Figueiredo Dias, Para uma Dogmática do direito penal secundário, p.11

e Vital Moreira³ enumeram os requisitos necessários para que a restrição de direitos fundamentais seja constitucionalmente legítima.

Na viragem do século XXI tudo se alterou. O reacender de conflitos antigos e o nascimento de novos problemas questionou a política central da segurança dos povos. A delimitação das fronteiras territoriais, o terrorismo — com referência para os atentados de 2011 — o fundamentalismo religioso e a criminalidade transnacional organizada vieram recolocar o direito penal e exigir uma maior intervenção, pondo em causa os seus princípios basilares.

As expectativas da opinião pública, suportadas por campanhas políticas de caça ao voto, sugerem o agravamento das sanções penais, observando-se um horizonte de quebra da preservação de um quadro de direitos fundamentais que protejam a dignidade humana.

As nuvens que pairam pelo mundo são cada vez mais negras e obrigam-nos a deitar um olhar mais longo, quicá mais profundo, sobre as razões que nos levaram a chegar à beira de um precipício que não sabemos como contornar: a guerra.

Os beligerantes arvoram-se donos de uma verdade material cada vez mais complexa e cujas razões, no limite, se apresentam com elevado grau de subjetividade, travando-se de argumentos, alguns assaz duvidosos, para desferirem ataques, ceifando vidas humanas e provocando danos de consequências incomensuráveis.

É o Direito que, em última análise, é reclamado como instrumento capaz de evitar e resolver os conflitos entre os povos.

O respeito pelo Direito entre os povos nasce, em primeira linha, da força do Direito em cada Estado. É, pois, o sistema de justiça de cada país que decisivamente pode evitar as guerras entre os povos.

Num Estado de Direito, os direitos fundamentais do cidadão protegem-no contra o poder do mais forte. Numa palavra, a defesa dos direitos fundamentais do cidadão é o alimento, a voz e o refúgio dos mais fracos.

³ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, p.388

*

Deitando um olhar para o nosso sistema de justiça penal, o Código de Processo Penal Português foi retratado, durante muitos anos, maioritariamente, como um modelo equilibrado no que concerne à segurança e à defesa dos direitos fundamentais do cidadão. Acompanhando a sua evolução, constata-se que o Código de Processo Penal tem sofrido significativos revés no âmbito das garantias de defesa dos direitos fundamentais do arguido.

A tudo isto não tem sido alheio o populismo penal em que a justiça se tem tornado. A justiça penal é diariamente consumida pela opinião pública com a abertura de telejornais com os processos mais emotivos, criando-se ou sugerindo-se que uma intervenção do Estado mais musculada e dura traria efeitos benéficos para a sociedade. Todo este ambiente é propício à crescente supressão dos direitos fundamentais do cidadão.

Pela importância de que o tema da defesa dos direitos fundamentais do cidadão se reveste, destacaremos alguns tópicos que merecem uma análise mais cuidada e que refletem a diminuição crescente da proteção das garantias dos direitos fundamentais do cidadão.

I

Apesar de não ter recebido o devido destaque, a alteração introduzida ao disposto no artigo 310.º do Código de Processo Penal provocou uma acentuada diminuição dos direitos fundamentais do cidadão.

As divergências na jurisprudência verificadas no início da entrada em vigor do Código de Processo Penal terminaram com o acórdão de fixação de jurisprudência⁴, que permitia o recurso das nulidades e das demais questões prévias ou incidentais. Mais tarde, o Supremo Tribunal de Justiça⁵ decidiu atribuir efeito imediato ao recurso da decisão instrutória.

As vantagens processuais deste entendimento jurisprudencial podem ser vistas sob três ângulos.

⁴ Acórdão de fixação de jurisprudência 6/2000, de 19.01.2000

⁵ Acórdão de Fixação de Jurisprudência nº 7/2004, de 21.10.2004

- a) Sendo as decisões instrutórias parcialmente recorríveis, o juiz de instrução proferiria decisões mais fundamentadas, mostrando a experiência que muitas delas favoreceriam o arguido;
- b) A possibilidade de mais um grau de jurisdição permitiria que muitas decisões instrutórias fossem revogadas e os processos arquivados;
- c) Mesmo sendo proferida decisão instrutória, os autos seriam remetidos para a fase de julgamento já sanados de vários vícios processuais, o que permitiria um escrutínio mais focado na verdade material pelo tribunal de julgamento.

Nesta configuração, a celeridade do processo não era posta em causa, uma vez que o recurso não teria efeito suspensivo e evitaria que muitos cidadãos fossem submetidos ao espectro sempre negativo de um julgamento. Além disso, haveria uma maior aproximação das armas de defesa e de acusação — ao nível da recorribilidade da decisão instrutória.

Com as alterações introduzidas no artigo 310.º do Código de Processo Penal, pela Lei 48/2007 de 29/08, o legislador cortou o direito de o arguido recorrer das nulidades e outras questões incidentais da decisão instrutória. As consequências desta alteração legislativa estão à vista de todos os profissionais do foro. Decisões instrutórias, sistematicamente encostadas à acusação, que, em sede de julgamento, redundam em absolvições, para além de limitarem as garantias de defesa dos arguidos, provocam um sentimento de frustração das expetativas comunitárias. Aos olhos do cidadão comum, é incompreensível que o arguido acusado e pronunciado por um crime venha a ser absolvido em sede de audiência de julgamento.

II

As alterações legislativas introduzidas pela Lei n.º 20/2013, de 21/2 aos artigos 141.º, 356.º e 357.º do Código de Processo Penal cercearam direitos fundamentais do arguido.

O direito à não autoincriminação do arguido (no brocado latino *nemo tenetur se ipsum accusare*), que parecia consolidado no sistema penal, veio a ser derrogado pela possibilidade de as declarações prestadas nas fases anteriores ao julgamento, perante autoridade judiciária, serem valoradas em sede de audiência, ainda que se opte pelo silêncio.

Ainda que as testemunhas não compareçam em julgamento, a valoração dos seus depoimentos, prestados perante o Ministério Público nas fases anteriores do processo, veio limitar o exercício do contraditório. Na fase de inquérito, as testemunhas prestam depoimento sem a presença do defensor do arguido. São depoimentos prestados à luz de uma determinada tese, perfilhada pela acusação, cujo conteúdo tende, por várias razões, a vincular, para o bem ou para o mal, o seu sentido na audiência de julgamento. As testemunhas vão para julgamento vestidas com uma roupagem colada a uma versão defendida pela acusação.

Esta alteração legislativa veio retirar à audiência de julgamento a centralidade da produção da prova, desviando-a para uma fase processual anterior, na qual o exercício do contraditório se encontra ausente ou muito limitado.

III

Desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal até à presente data que se assiste a um crescente florescimento de meios ocultos de investigação.

Se, até há pouco tempo, o processo penal tinha, sobretudo, uma função de reação, o certo é que, cada vez mais, surge com tarefas de prevenção, atingindo espaços públicos e cidadãos, sem que exista qualquer suspeita da prática de crimes. O cidadão comum é monitorizado, diariamente, por vários dispositivos de videovigilância e de controlo dos meios de telecomunicação.

São várias as categorias de investigação oculta: escutas telefónicas, faturação detalhada, localizações celulares (metadados), escutas entre presentes, varrimento (identificação do número de um aparelho e do respetivo cartão dos telemóveis que se encontrem em determinada zona geográfica), ações encobertas, gravações fonográficas ou fotográficas não consentidas (em regra, associadas às ações de vigilância), buscas online GPS (*Global Positioning System*) e informadores anónimos. A variedade e a complexidade destes meios ocultos de investigação justificariam que o legislador estabelecesse uma teoria ou um regime geral destes meios de obtenção de prova que, consabidamente, atingem a intimidade e privacidade do cidadão comum. Porém, ao invés de estabelecer um regime uniforme, o legislador continua a legislar de forma dispersa

não só pelo Código de Processo Penal como pela legislação extravagante, como acontece com a Lei 5/2002, de 11/1 e a Lei 101/2001 de 25/8.

Todos estes métodos ocultos de investigação atingem os direitos fundamentais do cidadão. A sua aplicação prática tem gerado particulares dificuldades na análise jurídica, pelo que avançaremos com algumas ideias.

- a) As ações encobertas constituem o meio intrusivo mais violento de todos os mencionados. Este meio é incomparavelmente mais danoso que a escuta telefónica, na qual os seus interlocutores podem moldar a conversa de acordo com algumas precauções, mesmo num dispositivo que não é seguro. Ao invés, na ação encoberta, o agente encoberto domina completamente o sentido da conversa e até o comportamento do suspeito. A atuação do agente encoberto é controlada pela forma como transmite a informação e como cativa a confiança do suspeito, estabelecendo-se uma relação de proximidade tal que o suspeito é, facilmente, levado a perpetrar comportamentos que, de outra forma, não teria.

A nível da praxis forense, a ação encoberta coloca uma multiplicidade de problemas jurídicos atinentes aos direitos fundamentais⁶.

- b) O GPS (*Global Positioning System*) constitui, a todos os títulos, uma devassa da vida privada, uma vez que permite acompanhar os passos de um cidadão enquanto viaja no veículo onde foi colocado o dispositivo.

Como resulta dos bons princípios, um meio de prova que viole os direitos fundamentais do cidadão tem de estar expressamente previsto na Lei. Nas palavras impressivas de Costa Andrade⁷, a reserva de lei tem “... o significado óbvio e facial de que só a lei pode autorizar e legitimar as medidas.” Não estando prevista na Lei processual penal, a interceção de um dispositivo GPS cai no regime das proibições de prova, previsto no artigo 126.º do Código de Processo Penal.

⁶ Vide artigo publicado no Forum Penal, conferência do 1.º Forum da Advocacia Penal Portuguesa, Carlos Melo Alves

⁷ Costa Andrade, Bruscamente no Verão Passado, p.112

A doutrina tem-se alinhado, maioritariamente, no sentido — certo — da inadmissibilidade legal da utilização deste meio oculto de investigação, uma vez que não está previsto por uma lei expressa.^{8 9}

Já a jurisprudência tem divergido quanto à admissibilidade de autorização judicial deste meio oculto de investigação.^{10 11}

Por sua vez, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹² veio pronunciar-se no sentido da inadmissibilidade deste meio de obtenção de prova atípico, tendo considerado que ocorreu uma violação do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, num caso em que os tribunais franceses admitiram como prova os dados de localização por via de um sistema GPS.

O que parece fora de dúvida é que não existe Lei expressa e explícita que preveja a autorização deste meio de obtenção de prova. Para contornar esta lacuna da Lei, seria necessário recorrer a interpretações analógicas ou a escalas de graduação: se a Lei permite a interceção de escutas telefónicas, então por maioria ou igualdade de razão também permite o recurso ao sistema de GPS. Aplicar-se-ia, assim, o regime das escutas previsto nos artigos 187.º a 189.º do CPP.

Em matéria de direitos fundamentais, os silêncios da Lei não podem ser ultrapassados com mecanismos como o recurso à analogia. Como advoga Costa Andrade¹³, *“por força das exigências decorrentes da reserva de lei, o regime de cada uma das singulares medidas de investigação secreta há de ser aplicado no escrupuloso e intransigente respeito pelos pertinentes dispositivos legais.”*

Decorrente desta lacuna da Lei, não raro é constatar-se nas investigações a utilização do GPS, apelidado de “lapa” na gíria policial, sem que os intervenientes do processo tenham conhecimento.

⁸ Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, p. 528

⁹ Costa Andrade, Bruscamente no Verão Passado, p.184

¹⁰ Tribunal da Relação de Lisboa, proc. 2903/11.8TACSC.L1.3, de 13.04.2016 do Tribunal da Relação de Lisboa

¹¹ Supremo Tribunal de Justiça, proc. nº780/10.5JAPRT.SI, 5.ª secção, 24.10.13

¹² Acórdão Bem Faiza c. França, de 8.05.18

¹³ Que Futuro para o Direito Processual Penal, p. 541

- c) A busca online é, a todos os títulos, diferente da busca tradicional. Apesar de ser autorizada e desencadeada sem conhecimento dos visados, a busca tradicional é, em regra, presenciada por eles ou por alguém da sua confiança, esgotando-se com a própria diligência. A busca online é um verdadeiro método oculto de investigação, pois é realizada em todo o período da sua vida às escondidas dos visados.

Tal como o GPS, este meio de investigação não está previsto na Lei processual penal e, portanto, à luz do pressuposto da reserva de lei, não pode ser autorizado pelas autoridades judiciais.

- d) A faturação detalhada e as localizações celulares constituem outro dos meios ocultos de investigação que ofendem cegamente os direitos fundamentais de qualquer cidadão, suspeito ou não da prática de um crime. Com o acesso a estes dados, os polícias conseguem reconstituir um ano da vida dos cidadãos. Através do cruzamento de dados, é possível saber os hábitos do cidadão comum, desde o credo que professa, o partido político a que pertence, os locais que frequenta, com quem se relaciona e até os seus desejos mais íntimos.

Durante oito anos, o sistema de justiça português permitiu que os dados dos cidadãos fossem armazenados pelo período de um ano, mesmo tendo perfeito conhecimento do conteúdo do acórdão de 8 de abril de 2014, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, que declarou a invalidade da Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de março de 2006.

Esta demora no desencadeamento dos mecanismos processuais no sentido da apreciação da constitucionalidade das normas jurídicas que suportavam o acesso aos metadados espelha bem a conformação das entidades competentes com a violação dos direitos fundamentais do cidadão.

Uma questão com algumas semelhanças — prendia-se com o controlo jurisdicional da transferência dos dados armazenados para a investigação — correu contra um suspeito por um crime de homicídio. A decisão foi proferida pelo Tribunal

da Relação de Lisboa¹⁴, segundo a qual não podiam ser valorados, para a formação da convicção do tribunal, os dados de tráfego e de localização celular. A importância deste acórdão refletiu-se, ainda, e, sobretudo, nas consequências processuais ao nível do efeito-à-distância (por aplicação da chamada ‘doutrina da imputação objetiva’), pois o Tribunal de 1.ª Instância decidiu que a prova subsequente se encontrava toda contaminada, absolvendo o arguido de todos os crimes pelos quais havia sido condenado.

- e) As escutas telefónicas são o motor da maioria das investigações criminais. Apesar de a doutrina¹⁵ e a jurisprudência¹⁶ se alinharem na exigência da verificação de dois dos seus pressupostos de autorização das escutas telefónicas — a excepcionalidade e a suspeita qualificada —, a prática processual forense aponta-nos que são sistematicamente violados. Se — tal como se decidiu nos dois acórdãos citados — é certo que a jurisprudência teoriza a exigência desses dois requisitos, numa leitura mais atenta, constata-se que essas duas decisões resultam de recursos interpostos pelo Ministério Público. Dificilmente se encontra uma decisão de um tribunal superior que, por via da violação de algum destes requisitos, declare nulas as escutas telefónicas, com todas as consequências resultantes da contaminação da prova. Os argumentos repetem-se: o resultado da investigação veio demonstrar a necessidade da escuta telefónica.

Tal como já se escreveu num artigo para o Forum Penal, sob o título ‘Os Hackers e o Vírus em Tempo de uma Pandemia de Sentimentos’¹⁷, as ponderações da verificação dos requisitos de autorização de uma escuta telefónica têm de ser feitas no momento da decisão e não em função dos resultados que a investigação venha a obter.

¹⁴ Processo 1154/07.OPOLSB.LI, da 9.ª secção, de 15/09/11

¹⁵ Entre outros: Costa Andrade, Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal, p.114; André Lamas Leite, Entre Péricles e Sísifo: o novo regime das escutas telefónicas, in RPCC, 2007, p.625; José Damião da Cunha, O Regime Legal das Escutas Telefónicas — algumas reflexões. In Revista CEJ, n.º 9, p.207; Simas Santos e Leal Henriques, Código Processo Penal Anotado, p.928; Paulo Pinto de Albuquerque, p.507.

¹⁶ Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, processos 97/10.5PJAMD-A.LI-5, de 11.01.2011 e 65/11, de 10.05.2011;

¹⁷ ‘Os Hackers e o Vírus em Tempo de Revelação de uma Pandemia de Sentimentos’

De resto, as normas jurídicas violadas saem reforçadas com a contaminação das provas mediatas e com o seu consequente inaproveitamento processual. A propósito de Roxin, escreve Costa Andrade¹⁸ que “(...) *incentivar-se-ia o recurso aos métodos proibidos de prova e frustrar-se-ia irreparavelmente a correspondente proibição.*” A cominação com a destruição das provas constitui, além do mais, um aviso aos polícias para a necessidade de cumprimento das regras processuais, sob pena de verem o labor do seu trabalho destruído.

- f) A utilização de informadores anónimos consubstancia um “*método oculto de investigação*” muito utilizado pelos polícias, inexplicavelmente, com a cobertura do Ministério Público e dos tribunais. Os informadores anónimos são uma fonte surda de prova policial, insuscetível de contraditório, e fortemente violadora dos direitos fundamentais do arguido. Por regra, estes indivíduos são conhecidos dos polícias e perfeitamente identificados. Porém, a sua identificação permanece no segredo dos polícias e, por vezes, do Ministério Público.

Esta figura não está prevista no processo penal, nem em qualquer outro diploma legal. Os informadores anónimos são bufos que, a coberto do anonimato, procuram, a maioria das vezes, cobertura policial para desenvolverem comportamentos ilícitos e outros fins estranhos ao Direito.

O processo penal deve pautar-se pelo respeito dos princípios da legalidade e da lealdade. Ora, a utilização de informadores não é legal, porquanto não está prevista na Lei e é desleal, uma vez que estes indivíduos atuam à margem das regras do processo e se escondem atrás da cortina dos polícias, impedindo que os cidadãos se defendam.

Os polícias justificam o anonimato dos informadores com o receio de represálias dos visados sem razão, uma vez que a Lei estabelece um regime próprio (Lei n.º 93/99, de 14.7), com intervenção de um juiz, para autorizar a não revelação da identidade.

No entanto, o nó górdio da revelação da identidade dos informadores passa, em regra, por motivos diversos. É que, sob

¹⁸ Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, p.315

a capa de informadores, desenvolve-se uma atividade probatória à margem do processo penal e, para lhe conferir alguma cobertura legal, apresenta-se apenas o resultado. A título de exemplo: António (polícia disfarçado) ganha a amizade e a confiança de um suspeito, entra na residência deste, observa a existência de objetos ilícitos, obtém a confissão de vários ilícitos, sempre à margem do processo. Depois, transmite estas informações, que são vertidas no processo, a um órgão de polícia criminal. Com base nestas informações, são iniciadas investigações e realizada uma busca à residência do suspeito. Em julgamento, o órgão de polícia criminal esclarece que foi um colaborador que lhe forneceu informações sobre a existência de bens ilícitos na residência busca. Porém, a proibição de prova reside nas diligências levadas a cabo pelo informador. Já se vê a absoluta necessidade de identificar e contraditar os informadores.

Cada vez mais se assiste a uma policialização da investigação, desviando-se o centro de decisão do julgamento — onde os cidadãos exercem plenamente os seus direitos — para a fase de investigação, como acontece com a atuação dos colaboradores e, diretamente relacionados, dos agentes encobertos.

★

As ideias acima expostas revelam a crescente diminuição dos direitos fundamentais do cidadão.

Não raras vezes observamos decisões judiciais que moldam e postergam a legalidade da prova, certamente, convencidos os decisores de que a sociedade fica mais protegida com a almejada descoberta da verdade material. Atendendo à lição de Figueiredo Dias,¹⁹ não pode deixar de estar presente no espírito do penalista e, sobretudo, do julgador que *“a proteção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas surge, assim, também ela, como finalidade do processo penal. Afirmá-lo é também proteger o interesse da comunidade de que o processo penal decorra segundo as regras do Estado*

¹⁹ Direito Processual Penal, Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p.22

de Direito. São precisamente estas regras do Estado de Direito — que se prendem com os direitos fundamentais das pessoas e que exigem que a decisão final tenha sido lograda de um modo processualmente válido — que se vão impedir, em certas situações, a obtenção da verdade material.”

Se todos os países perceberem a importância dos direitos fundamentais dos cidadãos e os respeitarem, estarão a contribuir para a paz no mundo.

Na disputa e controlo de territórios, para o governo de um país, a sua verdade pode ser oposta à verdade de outro país. É uma verdade subjetiva apoiada, muitas vezes, em ideologias tão diversas que podem conduzir a outras tantas verdades subjetivas. Contudo, se a verdade formal — no fundo, os direitos fundamentais do cidadão — se sobrepusesse à verdade material, muitas guerras entre os povos seriam evitadas.

DIREITO FUNDAMENTAL AO RESPEITO PELA VIDA FAMILIAR DO IMIGRANTE: DIREITO AO REAGRUPAMENTO FAMILIAR E LIMITES À EXPULSÃO

*Pela Prof.^a Doutora Constança Urbano de Sousa**

1. Introdução

Não sofrer intromissões arbitrárias na vida familiar é um direito humano que decorre da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento da família “*como elemento natural e fundamental da sociedade*” (artigo 16.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos- DUDH)¹. O artigo 12.º da DUDH dispõe que “*ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida (...) familiar*”, tendo direito à proteção da lei quanto a tais ingerências. Também o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e o artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) protegem

* Investigadora do RATIO LEGIS — Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas, coordenadora do Projeto “Migrações, Direitos Humanos e proteção de pessoas vulneráveis” e Professora Associada do Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa.

¹ Ver Gil, Ana Rita (2017). *Imigração e Direitos Humanos*. Lisboa: Petrony. 2017, pp. 360 e segs.

o direito de qualquer pessoa ao respeito pela sua vida familiar. No plano interno, a Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra o direito de todos “à reserva da vida privada e familiar” (artigo 26.º) e a constituir família (artigo 36.º), garantindo, igualmente, proteção à família enquanto “elemento fundamental da sociedade” (artigo 67.º).

No contexto das migrações internacionais, o respeito pelo direito a viver em família coloca, no entanto, desafios. Isto porque a proteção deste direito, que não é absoluto, pode entrar em tensão com a tradicional prerrogativa soberana dos Estados de controlar a imigração, ou seja, de decidir que estrangeiros admitem, bem como de porem termo à permanência de estrangeiros no seu território, expulsando-os².

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), o artigo 8.º da CEDH não garante ao estrangeiro o direito de entrar e residir num país em particular ou a não ser expulso do território do Estado onde se encontra, tendo o Estado o direito de controlar a entrada e residência de estrangeiros no seu território³. No entanto, o exercício desta prerrogativa soberana, em especial o poder de expulsão, pode implicar uma ingerência arbitrária no direito ao respeito pela vida privada e familiar do imigrante, contrária ao n.º 2 do artigo 8.º da CEDH. Neste caso, o Estado tem a obrigação de não o expulsar (obrigação negativa), sempre que tal medida acarrete uma ingerência não justificada por um fim público legítimo ou seja desproporcional a ele. Por outro lado, embora o artigo 8.º da CEDH, de acordo com a jurisprudência do TEDH, não consagre um direito do imigrante à escolha do local de residência da família, o respeito pela sua vida familiar pode implicar para o Estado a obrigação de autorizar a entrada e residência dos familiares, nomeadamente quando a vida familiar não pode ser razoavelmente promovida no país de origem, como quando estão envolvidos menores fortemente integrados no país de acolhimento⁴.

² Sobre o *ius includendi* e o *ius excludendi* ver Gil, Ana Rita (2017), *op.cit.*, pp. 67 e segs.

³ Acórdão, de 7 de dezembro de 2021, Savran c. Dinamarca (proc. 57467/15), par. 181, e jurisprudência aí citada.

⁴ Sobre a jurisprudência do TEDH relativa à aplicação do artigo 8.º da CEDH a casos de reagrupamento familiar de imigrantes ver Gil, Ana Rita (2021). *Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo*. Lisboa: Petrony, pp. 27–37. Arza, Sara Pardo (2017). La configuración del derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros procedentes de terceros estados. RJUAM, n.º 36, 2017–II, pp. 313–335; Thym, Daniel (2008). Respect for private and family life under article 8 ECHR in immigration cases: a Human Right to regularize illegal stay? *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 57. 2008, pp. 87–112.

Objetivo deste pequeno contributo é uma análise sumária do regime jurídico do direito ao reagrupamento familiar e dos limites legais à expulsão e afastamento de estrangeiros em vigor no nosso País, enquanto corolários do respeito pelo direito humano do imigrante à vida privada e familiar.

2. Direito ao reagrupamento familiar como expressão do direito a viver em família no contexto da imigração

O respeito pelo direito do imigrante a viver em família implica que, preenchidas determinadas condições, lhe seja reconhecido um direito ao reagrupamento com os membros da sua família (pelo menos a nuclear)⁵. Trata-se de um importante canal de imigração legal que permite a entrada e residência dos familiares de um imigrante a residir legalmente num Estado, possibilitando *“manter a unidade familiar, independentemente de os laços familiares serem anteriores ou posteriores à entrada do residente”*⁶. É, nas palavras de Ana Rita GIL, *“um mecanismo que visa precisamente efetivar o direito de estrangeiros entrarem no território de um Estado de forma a poderem aí reunir-se aos membros da sua família aí residentes”*⁷.

⁵ Sousa, Constança Urbano de (2005). Le regroupement familial au regard des standards internationaux. In Julien-Lafèrrière, François, Labayle, Henri, Edstrom, Orjan (Ed.), *La politique européenne d'immigration et d'asile: Bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam/ The European Immigration and Asylum Policy : Critical Assessment Five Years After the Amsterdam Treaty*. Bruxelas: Bruylant, p. 126.

⁶ Alínea d) do artigo 2.º da Diretiva 2003/86/CE, de 22 de setembro de 2003. Sobre esta Diretiva ver Sousa, Constança (2006). La directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 Septembre 2003, relative au droit au regroupement familial: Une histoire sans une issue heureuse? *Efarmoges Dimosiou Dikaïou (Review of Applied Public Law)* 2006 — I, pp. 5–26.

⁷ *Imigração ...*, op. cit., p. 362.

2.1. No direito da União Europeia

O direito ao reagrupamento familiar está amplamente reconhecido no direito da União.

Por um lado, o cidadão da União tem o direito de fixar residência em qualquer Estado-Membro da UE (EM) e de levar consigo os membros da sua família, independentemente da sua nacionalidade. Com efeito, a Diretiva 2004/38/CE garante aos familiares estrangeiros (nacionais de Estado terceiro) de um cidadão da UE (ou equiparado, como os nacionais da Noruega, Suíça, Islândia e Liechtenstein) o direito de o acompanhar quando circula ou fixa residência num EM, nomeadamente: Direito de entrada mediante exibição de passaporte e se estiverem sujeitos a visto, este deve ser emitido de forma célere, facilitada e gratuita (artigo 5.º); Direito de permanência até três meses sem condições (artigo 6.º); Direito de residência no EM de acolhimento a fim de se reunir ao cidadão da União que aí se encontre a exercer uma atividade profissional, a estudar ou a viver de rendimentos (artigo 7.º). São considerados membros da família o cônjuge, o parceiro registado (se a figura for reconhecida), o descendente direto menor de 21 anos ou a cargo (do cidadão da UE ou do cônjuge/parceiro), bem como o ascendente direto (do cidadão da UE ou do cônjuge/parceiro) a cargo (artigo 2.º, n.º 2). Os EM devem, ainda, facilitar a entrada e residência do parceiro de facto e de outros membros da família a cargo do cidadão da UE que com ele vivam em comunhão de habitação ou que estejam ao seu cuidado por motivos de saúde grave (artigo 3.º, n.º 2).

Por outro lado, em relação aos nacionais de Estado terceiro, a Diretiva 2003/86/CE consagra o direito ao reagrupamento familiar do refugiado e do imigrante que resida no território de um EM com autorização de residência de validade igual ou superior a um ano e com perspectiva de obter uma autorização de residência permanente (artigo 3.º). O seu âmbito é, no entanto, mais restrito do que o do cidadão da União. O EM apenas tem a obrigação de reconhecer o direito ao reagrupamento com a família nuclear, nomeadamente com o cônjuge e os filhos menores (artigo 4.º, n.º 1). Em relação ao parceiro de facto, aos ascendentes e aos filhos maiores a cargo, o EM apenas tem a faculdade de permitir a sua entrada e residência (artigo 4.º, n.ºs 2 e 3).

Também o exercício deste direito está sujeito a condições que não são aplicáveis ao cidadão da União. Não se trata apenas de condições de exercício que evitem que o acolhimento da família se torne uma

sobrecarga para o sistema social, como meios de subsistência, alojamento e seguro de saúde (artigo 7.º, n.º 1) ou uma ameaça à ordem pública (artigo 6.º). O EM também pode, nos termos do artigo 7.º, n.º 2, sujeitar os membros da família do imigrante a testes de integração (como de conhecimento da língua e da sociedade do Estado de acolhimento), incluindo os filhos menores com idade superior a 12 anos (artigo 4.º, n.º 1), ou impor ao imigrante um período de residência legal, que pode ir até três anos, antes de poder exercer o seu direito ao reagrupamento familiar (artigo 8.º). Estas condições de exercício e outras derivações, que restringem o exercício do direito ao reagrupamento familiar do imigrante, são criticáveis do ponto de vista da sua compatibilidade com o direito ao respeito pela vida familiar⁸. Não obstante estas limitações, a Diretiva tem o mérito de garantir na UE o direito subjetivo do imigrante ao reagrupamento com a sua família nuclear⁹. Como o Tribunal de Justiça da UE (TJUE) tem reiterado, a Diretiva impõe *“aos Estados-Membros obrigações positivas precisas, às quais correspondem direitos subjetivos claramente definidos. Exige-lhes, nas hipóteses determinadas pela mesma diretiva, que autorizem o reagrupamento a certos familiares do requerente do reagrupamento, sem que possam exercer a sua margem de apreciação”*¹⁰. Assim, quando preenchidas as condições de exercício do direito ao reagrupamento familiar, o EM apenas o pode recusar por razões de segurança pública, ordem pública ou saúde pública, após um exame individual que permita tomar em consideração a gravidade da ofensa cometida pelo familiar, a natureza e solidez dos laços familiares e dos laços com o país de origem (artigos 6.º e 17.º).

2.2. No direito português

O direito do imigrante ao reagrupamento familiar está amplamente consagrado no direito nacional. A Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, alterada por último pela Lei n.º 18/2022, de 25 de agosto (Lei de Imigração), regula o reagrupamento familiar do imigrante titular de autorização de residência e refugiado, transpondo a Diretiva n.º 2003/86/CE. O reagrupamento familiar do cidadão da União ou equiparado rege-se pelo regime especial

⁸ Ver, Sousa, Constança Urbano (2006), *op. cit.*; Gil, Ana Rita (2021), *op. cit.*, pp. 53–63.

⁹ Gil, Ana Rita (2021), *op. cit.*, pp. 57–58.

¹⁰ Acórdão do TJUE, de 16 de julho de 2020, proc. B.M.M e outros contra Bélgica (processos apensos C-133/19, C-136/19 e C-137/19), n.º 26.

da Lei n.º 37/2006, de 9 de agosto, que transpôs a Diretiva n.º 2004/38/CE¹¹. Em ambos os casos, a lei consagra um regime mais favorável de reagrupamento familiar do que o que resulta do direito da União.

2.2.1. Direito do cidadão da UE e equiparado ao reagrupamento familiar

A Lei n.º 37/2006 protege o direito do cidadão da União ou equiparado (da Islândia, do Liechtenstein, da Noruega e da Suíça) ao reagrupamento familiar, reconhecendo aos membros da sua família o direito a entrar (artigo 4.º), permanecer sem condições até três meses (artigo 6.º) e a residir (artigo 7.º) em Portugal. O artigo 2.º, al. e) da Lei n.º 37/2006 adota um conceito abrangente de família, que inclui: i) cônjuge; ii) parceiro de facto ou com relação permanente certificada; iii) descendente direto menor de 21 anos ou a cargo do cidadão ou do seu cônjuge/parceiro; iv) ascendente direto do cidadão ou do seu cônjuge/parceiro a cargo. O artigo 3.º, n.º 2 permite, ainda, que seja facilitada a entrada e residência de qualquer outro familiar que esteja a cargo do cidadão da União no país de origem, aí viva com ele em comunhão de habitação ou que, por motivos de saúde grave, esteja ao seu cuidado.

Para entrar em Portugal e aqui permanecer até três meses, o familiar apenas necessita de um documento de identidade (cartão de cidadão ou passaporte), se tiver a nacionalidade de um EM¹². Se for nacional de um Estado terceiro, basta a posse de passaporte, podendo, ainda, estar sujeito à obrigação de visto de entrada para transpor a fronteira externa, se tal for imposto pelo direito da União e não tiver título de residência emitido por um EM. Neste caso, beneficia de facilidade na sua emissão, que deve ser célere e gratuita (artigo 4.º, n.º 2). O visto de entrada é, no entanto, uma formalidade e não condição do direito de entrada, pois se não estiver na sua posse não lhe pode, em princípio, ser recusado, beneficiando da possibilidade de o obter num prazo razoável ou de poder *“confirmar ou provar por outros meios a sua qualidade de titular do direito de livre circulação e residência”* (artigo 4.º, n.º 4).

¹¹ Este regime é aplicável aos familiares estrangeiros do cidadão português, com as devidas adaptações (artigo 3.º, n.º 5).

¹² Artigos 4.º e 6.º.

O artigo 7.º concede um direito de residência ao familiar que acompanhe ou se reúna a um cidadão da UE que exerce atividade profissional em Portugal, aqui seja inativo ou esteja inscrito num estabelecimento de ensino e disponha de recursos suficientes¹³ e cobertura de saúde (se tal for exigido pelo seu Estado de origem aos cidadãos portugueses) para si e para a família¹⁴. A verificação das condições de exercício do direito de residência do cidadão da União e dos familiares só é admissível quando existam dúvidas razoáveis sobre o seu preenchimento e não pode ser feita de forma sistemática (artigo 9.º, n.º 2).

O familiar tem direito ao exercício de atividade profissional (artigo 19.º) e à igualdade de tratamento (artigo 20.º)¹⁵, beneficiando de proteção contra afastamento nos termos dos artigos 22.º a 28.º da Lei n.º 37/2006. Ao fim de cinco anos consecutivos de residência¹⁶, e sem qualquer outra condição, o cidadão da União e o seu familiar adquirem um direito de residência permanente (artigo 10.º, n.ºs 1 a 3 e artigo 13.º)¹⁷.

¹³ Recursos que não sejam inferiores ao nível de rendimentos aquém do qual o Estado português pode conceder apoio social (artigo 2.º, al. f)). No entanto, o recurso à segurança social não tem como consequência automática a perda do direito de residência (artigo 9.º, n.º 3).

¹⁴ O direito de residência mantém-se inalterado em caso de morte ou partida do cidadão da UE, divórcio ou anulação do casamento ou cessação da união de facto, desde que exerça atividade profissional ou disponha de recursos suficientes e cobertura de saúde. O filho do cidadão da União que abandonou o território nacional ou faleceu conserva o direito de residência se estiver matriculado num estabelecimento de ensino, bem como a pessoa que tenha a sua guarda efetiva (artigo 8.º).

¹⁵ Com exceção do acesso a bolsas de estudo ou apoio social à realização de cursos ou formação profissional, salvo se tiver direito de residência permanente ou for familiar de cidadão da União que exerce uma atividade profissional (artigo 20.º, n.ºs 4 e 5).

¹⁶ A continuidade da residência não é afetada por ausências do território nacional de 6 meses consecutivos por ano ou, por motivos justificados (gravidez, parto, estudos, formação, destacamento profissional para outro Estado), de 12 meses (artigo 10.º n.º 4).

¹⁷ Se o cidadão da União exercer uma atividade profissional em Portugal, o direito de residência permanente pode ser adquirido antes dos cinco anos numa das situações previstas no artigo 11.º: Três anos de residência, se se reformou e aqui trabalhou nos últimos 12 meses (alínea a) do n.º 1); Dois anos de residência, se cessou atividade por incapacidade permanente para o trabalho ou imediatamente se a incapacidade resultar de acidente de trabalho ou doença profissional (al. b) do n.º 1 e n.º 6); Três anos de residência e de atividade profissional em Portugal, se passou a ter atividade em outro EM, mantendo a residência em território nacional, onde regressa todos os dias ou, pelo menos, uma vez por semana (al. c) do n.º 1). Se o cidadão da União residir em Portugal na qualidade de trabalhador e falecer antes de adquirir o direito de residência permanente, o familiar adquire direito de residência permanente se a sua morte foi causada por acidente de trabalho ou doença profissional ou, à data do falecimento, aqui residia há dois anos consecutivos (artigo 12.º, n.º 2).

O direito de residência está, no entanto, sujeito ao cumprimento de formalidades¹⁸. O cidadão da União com direito de residência nos termos do artigo 7.º deve efetuar um registo junto da Câmara Municipal da área de residência, mediante mera apresentação de documento de identidade e subscrição de uma declaração sob compromisso de honra atestando o cumprimento das condições de exercício deste direito, sendo-lhe emitido um certificado válido por cinco anos ou para o período previsto de residência, se inferior (artigo 14.º, n.ºs 1 a 5). Também o familiar nacional de um EM deve efetuar este registo mediante apresentação de documento de identidade, documento comprovativo da relação familiar (salvo se esta resultar do documento de identidade) e certificado de registo do reagrupante (artigo 14.º, n.º 6, al. a) a c)). Se estiver a cargo do cidadão da União, se vivia com ele em comunhão de habitação no país de origem ou se depender dos seus cuidados por razões de saúde, deve, ainda, apresentar documentos comprovativos da situação (artigo 14.º, n.º 6, al. d) e e)). Já o familiar nacional de Estado terceiro deve solicitar junto do SEF um cartão de residência que lhe deve ser emitido no prazo de três meses (artigo 15.º) e é válido por cinco anos (ou por prazo inferior, se o período de residência previsível do cidadão da União, do qual deriva o seu direito de residência, for inferior)¹⁹. O direito de residência permanente do cidadão da União (reagrupante ou reagrupado) é titulado por um certificado de residência permanente emitido pelo SEF, mediante requerimento. A sua emissão não está sujeita à verificação de qualquer condição, a não ser a da duração da residência (artigo 16.º). O familiar nacional de Estado terceiro com direito de residência permanente tem de solicitar ao SEF um cartão de residência permanente, que deve ser emitido no prazo de três meses, bastando para tal a apresentação do seu cartão de residência de familiar de cidadão da União (artigo 17.º).

¹⁸ A sua omissão constitui contraordenação punível com coima de 400 a 1500€ (artigo 30.º, n.º 1), embora não seja condição para o exercício de qualquer direito em Portugal ou cumprimento de qualquer formalidade administrativa (artigo 21.º).

¹⁹ Este documento não se confunde com o título de residência emitido ao estrangeiro autorizado a residir em Portugal ao abrigo da Lei de Imigração, pois é meramente declarativo de um direito de residência que decorre diretamente da lei.

2.2.2. Direito do imigrante e refugiado ao reagrupamento familiar

O direito ao reagrupamento familiar do nacional de Estado terceiro a residir legalmente em Portugal como imigrante ou como refugiado está regulado nos artigos 98.º a 108.º da Lei de Imigração. O refugiado (estrangeiro que tem proteção nos termos da Lei n.º 27/2008, de 30 de junho, como alterada, por último, pela Lei n.º 18/2022, de 25 de agosto - Lei do Asilo) beneficia de um regime especial, bem como certas categorias de imigrantes residentes num EM quando permanecem em Portugal ao abrigo da mobilidade garantida pelo direito da União, nomeadamente os altamente qualificados titulares de cartão azul (artigo 121.ºK)²⁰, os titulares de estatuto de longa duração (artigo 118.º)²¹, os titulares de autorização de residência concedida no âmbito de uma transferência dentro de uma empresa ou grupo de empresas (artigo 124.º-E)²² e os investigadores (artigo 91.º-C)²³.

O artigo 98.º garante ao imigrante o direito de reagrupamento com os familiares que se encontrem fora do território nacional ou que tenham entrado legalmente (por exemplo, com visto de curta duração ou ao abrigo de um regime de isenção de visto)²⁴. É um direito reconhecido ao titular de uma autorização de residência a qualquer título, que pode ser exercido depois de concedida a autorização ou simultaneamente com o seu pedido²⁵. Se o pedido de autorização de residência do reagrupante ocorrer no âmbito do processo de regularização de trabalhadores

²⁰ Ao fim de 18 meses de residência no EM que emitiu o “cartão azul UE)” tem direito a residir em Portugal para exercício de atividade altamente qualificada e a fazer-se acompanhar dos seus familiares.

²¹ Tem direito a fixar residência em Portugal, nos termos do artigo 116.º, e a trazer os familiares, incluindo o parceiro de facto, que com ele residiam no EM que lhe concedeu o estatuto, beneficiando de um regime célere de concessão de autorização de residência. O pedido deve ser decidido no prazo de três meses e a ausência de decisão no prazo de seis meses equivale a deferimento tácito (artigo 117.º).

²² Tem direito a exercer, em Portugal, atividade profissional na empresa ou grupo para que trabalha até 90 dias num período de 180 dias e fazer-se acompanhar dos familiares que com ele residem no EM que lhe concedeu autorização de residência, com base nela e sem outra formalidade.

²³ Pode exercer investigação científica ou docência em Portugal e fazer-se acompanhar dos familiares que com ele residem no EM que emitiu o seu título de residência durante 180 dias, sem qualquer formalidade.

²⁴ Ao familiar do refugiado não é exigido que tenha entrado legalmente em Portugal (n.º 3 do artigo 98.º da Lei de Imigração).

²⁵ Artigo 81.º, n.ºs 2 e 4 da Lei de Imigração.

imigrantes, os membros da família também beneficiam de uma presunção de entrada legal, se o requerente tiver a sua situação perante a Segurança Social regularizada há pelo menos 12 meses (artigo 81.º, n.º 5). Neste caso, se existirem filhos menores a frequentar o ensino em Portugal, os pedidos de autorização de residência para si e para a família têm preferência (artigo 81.º, n.º 6).

Nos termos do artigo 99.º, estão abrangidos por este direito os seguintes membros da família: o cônjuge; o filho menor²⁶ ou incapaz a cargo, do casal ou de um dos cônjuges (o reagrupamento com o filho de apenas um dos cônjuges depende do consentimento do outro progenitor ou de decisão válida de atribuição de responsabilidades parentais); o menor adotado (por decisão reconhecida em Portugal, desde que a adoção no país de origem tenha os mesmos efeitos da filiação biológica); o filho maior, solteiro, a cargo e que se encontre a estudar em Portugal (do casal ou de um dos cônjuges); o ascendente na linha reta e em 1.º grau do reagrupante ou do cônjuge que se encontre a cargo²⁷; o irmão menor sob tutela.

Esta definição de família é mais ampla do que a que resulta da Diretiva n.º 2003/86/CE. No entanto, o legislador não equiparou a união de facto ao casamento. O reagrupamento do imigrante com o parceiro de facto e os seus filhos menores solteiros ou incapazes legalmente confiados é apenas uma faculdade que “pode” ser autorizada (artigo 100.º)²⁸.

Por outro lado, o âmbito do reagrupamento do estrangeiro autorizado a residir para efeitos de estudo, estágio profissional não remunerado ou voluntariado é restrito à família nuclear: cônjuge e filhos menores ou incapazes a cargo (artigo 99.º, n.º 3).

O refugiado ou beneficiário de proteção subsidiária tem, no entanto, um direito ao reagrupamento familiar mais abrangente, nos termos do

²⁶ A data de referência para determinar se o filho é menor é a da apresentação do pedido de reagrupamento familiar e não a data da decisão do pedido (acórdão do TJUE, de 16 de julho de 2020, proc. apensos C-133/19, C-136/19 e C-137/19 — B.M.M e outros contra Bélgica).

²⁷ A al. d) do n.º 2 do artigo 67.º do Decreto-Regulamentar n.º 84/2007, de 5 de novembro (como alterado, por último, pelo Decreto-Regulamentar n.º 4/2022, de 30 de setembro) exige para a instrução do pedido um comprovativo de dependência económica, desconsiderando, assim, dependências de outra natureza, como as originadas por razões de saúde ou velhice, que se podem enquadrar num conceito legal mais amplo de “a cargo”.

²⁸ O artigo 118.º da Lei de Imigração reconhece, no entanto, o direito do titular de estatuto de longa duração em outro EM que fixa residência em Portugal ao reagrupamento familiar com o parceiro de facto que com ele residia nesse EM.

artigo 68.º conjugado com o artigo 2.º, n.º 1, al. k), subal. i) da Lei do Asilo. Por um lado, tem direito ao reagrupamento com o parceiro de facto. Por outro lado, se for menor não acompanhado tem direito a reagrupar com os ascendentes diretos em 1.º grau (sem condições) ou, se não existirem ou não for possível localizá-los, com o tutor, qualquer familiar (artigo 99.º, n.º 2) ou qualquer adulto responsável (artigos 68.º e 2.º, al. k), subal. v) da Lei de Asilo)²⁹.

O reagrupamento familiar do imigrante está sujeito a condições de exercício (artigo 101.º), que não são aplicáveis ao refugiado. Em especial, deve dispor de alojamento e meios de subsistência³⁰ para si e a sua família. Acrescem condições gerais de concessão de autorização de residência ao familiar previstas no artigo 77.º, como a inexistência de condenação por crime punível em Portugal com pena privativa de liberdade de duração superior a um ano ou a ausência de indicação no Sistema de Informações Schengen para efeitos de não admissão.

O pedido de reagrupamento familiar é efetuado junto do SEF pelo imigrante (quando o membro da família se encontra fora do território nacional) ou pelo familiar (quando se encontre em Portugal), devendo ser instruído com documentos que atestem os laços familiares³¹ e o cumprimento das condições de exercício, para além do documento de viagem do familiar³².

O SEF pode proceder a entrevistas com o requerente e conduzir outras investigações³³, sobretudo quando exista suspeita de casamento ou união de conveniência.

A Lei de Imigração estabelece um prazo máximo de seis meses para a decisão sobre o pedido de reagrupamento familiar, no termo do qual

²⁹ O momento determinante para qualificar o refugiado como menor de 18 anos é o do pedido de asilo, sendo irrelevante se atingiu a maioridade no decurso do processo de asilo ou no momento da decisão (Acórdão do TJUE, de 12 de abril de 2018, caso A e S (processo C-550/16).

³⁰ Nos termos do artigo 2.º da Portaria n.º 1563/2007, de 11 de dezembro, estes são aferidos por referência à remuneração mínima mensal garantida com a seguinte valoração *per capita*: 100% (1.º adulto); 50% (2.º ou mais adultos) e 30% (menores e filhos maiores a cargo).

³¹ Se se tratar de refugiado impossibilitado de apresentar estes documentos, deve ser admitido qualquer outro tipo de prova: (artigo 103.º, n.º 4). Para a prova da união de facto são admitidos quaisquer elementos indiciários (al. g) do n.º 2 do artigo 67.º do Decreto Regulamentar n.º 84/2007), devendo o SEF ter em consideração fatores como um filho comum, a coabitação prévia ou a existência de registo ou outra prova fiável (artigo 104.º, n.º 2).

³² Artigo 103.º.

³³ N.º 1 do artigo 104.º.

há deferimento tácito, que deve ser certificado pelo SEF, a requerimento do interessado, e comunicado à Direção Geral dos Assuntos Consulares e das Comunidades Portuguesas, para efeito de emissão de visto de residência ao abrigo do artigo 64.º (artigos 65.º e 105.º)³⁴, de forma a que o familiar possa entrar em Portugal e solicitar autorização de residência. Se o familiar se encontrar em Portugal, o deferimento (expresso ou tácito) do reagrupamento familiar implica a concessão de autorização de residência e emissão do correspondente título de residência³⁵. A sua validade é igual à do reagrupante ou de dois anos, se este tiver autorização de residência permanente. O familiar titular de autorização de residência tem direito ao exercício de atividade profissional, acesso à educação e ensino, à saúde e à igualdade de tratamento em matéria de segurança social, de benefícios fiscais ou de reconhecimento de diplomas e competências profissionais (artigo 83.º).

O regime de deferimento tácito do pedido de reagrupamento familiar é positivo, pois impede que procedimentos administrativos demasiado longos dificultem uma vida familiar normal. É também expressão da conceção do direito ao reagrupamento familiar como concretização do direito do imigrante à vida familiar. No entanto, este regime foi considerado incompatível com o direito da União. No seu acórdão de 20 de novembro de 2019³⁶, o TJUE considerou que a Diretiva 2003/86/CE se opõe a uma disposição semelhante do direito belga, por a mesma prejudicar o seu efeito útil. Para o TJUE, a Diretiva não se limita a reconhecer o direito do imigrante ao reagrupamento familiar. Também impede os EM de conceder autorização de residência a quem não preencha os requisitos fixados pela Diretiva, pelo que um deferimento tácito prejudica o seu objetivo de *“fixar, segundo critérios comuns, as condições materiais necessárias ao exercício do direito ao reagrupamento familiar de que os cidadãos de países terceiros que residem legalmente no território dos EstadosMembros dispõem”* (n.º 27). Esta jurisprudência não é isenta de crítica. De facto, o deferimento tácito pode implicar que possa ser concedida uma autorização de residência a quem a ela não tinha direito, sobretudo, como no caso em apreciação

³⁴ O pedido de visto de residência deve ser formalizado junto do consulado no prazo de 90 dias, sob pena de caducidade da decisão de reconhecimento do direito ao reagrupamento (artigo 68.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Regulamentar n.º 84/2007).

³⁵ Artigos 107.º e 74.º, n.º 2.

³⁶ Proc. C-706/18, X contra Bélgica.

pelo TJUE, quando a existência de uma ligação familiar não é comprovada. No entanto, nesta situação, o EM pode cancelar a autorização de residência indevidamente concedida. Este cancelamento assegura o efeito útil, que o TJUE agora valoriza, sem necessidade de abdicar de um regime de deferimento tácito que favorece o reagrupamento familiar do imigrante, o principal objetivo da Diretiva.

A concessão do direito ao reagrupamento familiar como corolário do direito humano a viver em família também justifica regras especiais de indeferimento e de cancelamento da autorização de residência do familiar e de impugnação judicial de decisões negativas, previstas nos artigos 106.º e 108.º da Lei de Imigração.

Nos termos do artigo 106.º, um pedido de reagrupamento familiar só pode ser indeferido quando não estejam preenchidas as condições de exercício, o familiar esteja interdito de entrar em Portugal ou ofenda/ameaça a ordem pública, segurança pública (deve ser considerado o tipo ou gravidade da ofensa) ou saúde pública, devendo a decisão ser precedida de uma ponderação da natureza e solidez dos laços familiares, do tempo de residência em Portugal e da dimensão dos laços com o país de origem. Se o reagrupante for refugiado, o indeferimento não pode ter como fundamento a inexistência de documentos comprovativos da relação familiar. Se o familiar se encontrar em território nacional, a impugnação judicial do indeferimento fundado em incumprimento de condições de exercício tem efeito suspensivo (e não devolutivo, como é a regra).

A autorização de residência do familiar pode ser cancelada em caso de expulsão judicial, ausência injustificada do território nacional por período superior a seis meses consecutivos ou oito meses interpolados no período de validade da autorização de residência (ou 24 meses seguidos ou 30 meses interpolados, se for titular de autorização de residência permanente)³⁷, bem como se se verificar casamento, união ou adoção de mera conveniência, caso em que a impugnação tem efeito suspensivo³⁸. Antes do cancelamento devem ser tidos em consideração a natureza e solidez dos laços familiares, o tempo de residência em território nacional e os laços existentes com o país de origem³⁹.

³⁷ Artigo 85.º.

³⁸ Artigo 108.º, n.ºs 1 e 7.

³⁹ Artigo 108.º, n.º 3.

3. Limites ao afastamento e expulsão de estrangeiros para proteção do direito à vida familiar no direito português

O respeito pelo direito humano do imigrante à vida familiar também se reflete no regime jurídico de afastamento coercivo e expulsão consagrado na Lei de Imigração, em especial no artigo 135.º, que confere proteção acrescida ao estrangeiro com o centro da sua vida privada ou familiar em Portugal⁴⁰.

Salvo nos casos excecionalmente graves de suspeita fundada ou condenação pela prática de crime de terrorismo, sabotagem ou atentado à segurança nacional, um estrangeiro não pode ser objeto de decisão administrativa de afastamento coercivo⁴¹, nem expulso judicialmente, como medida autónoma ou como pena acessória da condenação de um crime⁴², se se encontrar numa das situações previstas no artigo 135.º:

- (1) Portugal é o centro da sua vida privada, pois aqui nasceu ou se encontra desde idade inferior a 10 anos e aqui reside;

⁴⁰ Nos termos do artigo 32.º da Lei n.º 37/2006, esta disposição da Lei de Imigração é aplicável aos cidadãos da União e familiares.

⁴¹ A decisão de afastamento coercivo (até 2012, designada de expulsão administrativa) é da competência do SEF (artigo 140.º, n.º 1). Tem como fundamento a “*entrada ou a permanência ilegais*”, bem como o facto de o estrangeiro ter contornado ou tentado contornar as regras nacionais ou europeias de entrada e permanência, nomeadamente mediante utilização de documentação falsa ou falsificada (artigo 145.º conjugado com as al. a) e h) do n.º 1 do artigo 134.º). Por imposição do artigo 33.º, n.º 2 da CRP, a expulsão de um estrangeiro que “*tenha entrado ou permaneça regularmente no território nacional, (...) obtido autorização de residência, ou (...) tenha apresentado pedido de asilo não recusado só pode ser determinada por autoridade judicial, ...*”. Assim, o afastamento coercivo só deve ser possível quando o estrangeiro entrou e permaneceu irregularmente, já não quando entrou legalmente (por exemplo, com um visto de curta duração) e permaneceu de forma irregular para lá do período autorizado de estada (por exemplo, sem prorrogação da mesma ou sem autorização de residência) ou quando entrou irregularmente, mas obteve autorização de residência ao abrigo das várias possibilidades de regularização previstas na lei.

⁴² A expulsão é uma decisão com vista ao afastamento do estrangeiro determinada por tribunal. Reveste a natureza de pena acessória de uma condenação criminal ou de medida autónoma de expulsão do estrangeiro que entrou ou permaneceu regularmente no país e relativamente ao qual se verifique um dos fundamentos de expulsão previstos no artigo 134.º, n.º 1, al. b) a i) (por exemplo, a sua presença constitui ameaça aos interesses de Portugal, interferência abusiva no exercício de direitos de participação política reservados aos nacionais, indicição da prática de crimes graves, etc.). Cfr. artigos 140.º, 151.º e 152.º a 158.º.

- (2) Tem a cargo filho menor português que aqui reside (sob pena da expulsão implicar, indiretamente, a expulsão do filho, em violação do artigo 33.º, n.º 1 da CRP⁴³);
- (3) Tem filho menor nacional estrangeiro a residir em Portugal, relativamente ao qual exerce responsabilidades parentais e assegura o sustento e educação (sob pena de a expulsão do progenitor implicar a rutura do direito da criança ou jovem a não ser separado do progenitor).

O estrangeiro que se encontre numa destas situações é inexpulsável. Em relação a ele o Estado abdicou do seu *ius excludendi* em nome do respeito pela vida privada e familiar. Não podendo ser afastado ou expulso, coloca-se a questão do seu estatuto jurídico. Se a única irregularidade que cometeu foi a entrada e permanência ilegais, então pode regularizar a sua residência ao abrigo da alínea k) do n.º 1 do artigo 122.º, se tiver filhos menores a residir em Portugal, sobre os quais exerça responsabilidades parentais. Mas se foi condenado por crime punível com pena de prisão igual ou superior a um ano, o artigo 77.º parece vedar a regularização da sua permanência. No entanto, deveria ser possível conceder-lhe uma autorização de residência ao abrigo do regime excecional do artigo 123.º, que o permite, por razões humanitárias, a quem não preenche os requisitos legais. É certo que o artigo 62.º do Decreto-Regulamentar n.º 84/2007 exige que o procedimento seja instruído com certificado de registo criminal, o que remete para o requisito da inexistência de condenação previsto no regime geral do artigo 77.º. Mas tal não tem sentido. Por um lado, o artigo 123.º é aplicável sempre que o estrangeiro não preenche os requisitos exigidos pela lei para a obtenção de uma autorização de residência, onde se inclui a inexistência de condenação relevante. Por outro lado, quando um estrangeiro não pode legalmente ser expulso por aqui ter o centro da sua vida privada (no fundo, por ser um português de facto) e familiar (por ter aqui os seus filhos menores), deve poder beneficiar do regime excecional, mesmo quando cometeu crimes. Só assim se assegura coerência sistemática e se respeita a sua dignidade de pessoa

⁴³ Ver acórdão do Tribunal Constitucional n.º 181/97, que julgou inconstitucional a norma legal então em vigor que permitia a expulsão de um estrangeiro com filhos menores de nacionalidade portuguesa a residir em Portugal por violação da proibição de expulsão de nacionais, prevista no artigo 33.º, n.º 1 da CRP.

humana, evitando que sobreviva no nosso país na condição indigna de “clandestino oficial”.

4. Conclusões

O direito a viver em família e a não sofrer intromissões arbitrárias na vida familiar é um direito inerente à dignidade da pessoa humana, que, no contexto da imigração, pode colidir com a tradicional prerrogativa soberana dos Estados de controlar a entrada e permanência de estrangeiros no território nacional. Com exceção do direito de residência do cidadão da União no território de qualquer EM, que é garantido pelo direito da União, um estrangeiro não tem, em princípio, o direito de entrar e residir no território de um Estado de que não é nacional ou de daí não ser expulso. Também o seu direito à vida familiar não é absoluto, pois são lícitas ingerências legalmente previstas, necessárias e proporcionais à prossecução de objetivos legítimos do Estado.

No entanto, o respeito pelo direito do imigrante a viver em família implica, dentro de determinadas condições, que o Estado lhe reconheça o direito ao reagrupamento familiar e consequentemente autorize a entrada e residência da sua família, bem como um limite à sua prerrogativa soberana de o expulsar, sempre que tal implique uma ingerência arbitrária ou desproporcionada na sua vida familiar.

É nesta tensão entre proteção do direito humano à vida familiar e a preservação de prerrogativas soberanas em matéria de controlo de entrada e residência de estrangeiros no território nacional, que o direito da União Europeia reconhece ao cidadão da União e equiparado, um amplo e quase incondicionado direito ao reagrupamento familiar, ou seja, a residir num EM com os membros da sua família, independentemente da sua nacionalidade. O mesmo direito é reconhecido ao nacional de país terceiro (imigrante legal ou refugiado), embora de forma mais restritiva no que diz respeito ao âmbito de aplicação pessoal e às condições de exercício.

Fiel à sua tradição humanista, o legislador português optou por consagrar um regime mais favorável do direito ao reagrupamento familiar, do que aquele que deriva do direito da União, tanto no que à definição de família, como no que às condições de exercício diz respeito. Por outro lado, em nome do respeito pelo direito à vida privada e familiar

do estrangeiro, renunciou, em larga medida, ao *ius excludendi* do Estado, consagrando, de forma inovadora, categorias legais de inexpulsáveis, nomeadamente os que aqui nasceram e residem ou aqui sempre viveram desde tenra idade e os que têm filhos menores a residir em Portugal.

A DETENÇÃO DE MIGRANTES E O DIREITO À LIBERDADE E À SEGURANÇA — FACES OPOSTAS DE UMA MESMA MOEDA?*

Pela Dr.^a Emellin de Oliveira**

Resumo: O direito à liberdade e à segurança simboliza uma das principais conquistas do indivíduo perante o Estado, cuja atuação não pode ser arbitrária e/ou desproporcional. Apesar da sua importância e reconhecimento, o direito à liberdade não é absoluto, cabendo exceções que autorizam — de forma bastante limitada — a sua privação. Neste sentido, o presente artigo analisa a detenção de migrantes à luz do direito humano à liberdade e à segurança, identificando a legislação aplicável e o debate teórico sobre esta matéria. Ainda, o texto faz uma breve incursão sobre o caso português, destacando o uso contínuo da privação de liberdade em contexto migratório e propondo uma revisão de como se apresentam e como podem ser aplicadas as medidas alternativas à detenção de migrantes em Portugal.

Palavras-chave: Detenção; Migrantes; Portugal; Direito à Liberdade e à Segurança.

* O presente texto é a atualização e adaptação do relatório final de Pós-Graduação em Direitos Humanos na Universidade de Coimbra

** Advogada, Assistente Convidada e Doutoranda na NOVA School of Law, e Investigadora do Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS).

1. Introdução

O direito à liberdade e à segurança simboliza uma das principais conquistas do indivíduo perante o Estado, cuja atuação não pode ser arbitrária e/ou desproporcional. Atualmente, esse(s) direito(s) — que podem ser vistos em conjunto ou separadamente — está consagrado nos principais instrumentos de direitos humanos¹, tendo sido, no entanto, positivado(s) pela primeira vez na Declaração de Direitos de Virgínia, em 1776.

Apesar da sua importância e reconhecimento, o direito à liberdade não é absoluto, cabendo exceções que autorizam — de forma bastante limitada — a sua privação. Desta forma, a privação da liberdade de um indivíduo deve não apenas assegurar a tríade da legalidade, necessidade e proporcionalidade, mas também a proteção de outros direitos, nomeadamente o direito à informação, o direito ao recurso efetivo e a proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante.

Neste sentido, o presente artigo pretende analisar a detenção de migrantes à luz do direito humano à liberdade e à segurança. Para o fim desta breve análise, a detenção de migrantes será compreendida como uma medida administrativa que visa restringir a liberdade de um nacional de país terceiro — excluindo-se os cidadãos da União Europeia a exercer o seu direito de livre circulação e/ou residência², bem como as pessoas que estejam no âmbito de aplicação da Lei de Asilo³ — com a finalidade de evitar a sua entrada irregular ou assegurar o seu afastamento do território nacional⁴.

¹ Shyla Vohra, “Detention of Irregular Migrants and Asylum Seekers”, in *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, ed. Ryszard; Cholewinski, Richard Perruchoud, e Euan MacDonald (Haia: TMC Asser Press, 2007), 49.

² Cfr. Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Abril de 2004 relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros; e Lei n.º 37/2006, de 09 de agosto, que Regula o exercício do direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União Europeia e dos membros das suas famílias no território nacional e transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2004/38/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril, publicada no Diário da República n.º 153/2006, Série I de 2006-08-09.

³ Sobre a detenção de requerentes de asilo, cfr. Emellin de Oliveira, “Asylum Seekers and the Right to Liberty and Security: The Portuguese Case”, *InterAgency Institute, Migrations in the Third Millennium — Analysis of Migratory Situation* (Arcos, Dezembro 16, 2021).

⁴ Tal compreensão se baseia no Relatório do European Migration Network, “The Use of Detention and Alternatives to Detention in the Context of Immigration Policies” (Bruxelas, 2014).

Para além de analisar a legalidade e proporcionalidade da privação da liberdade de migrantes ao nível internacional e europeu, far-se-á uma breve incursão sobre o caso português, destacando o uso contínuo da privação de liberdade em contexto migratório e propondo uma revisão de como se apresentam e como podem ser aplicadas as medidas alternativas à detenção de migrantes em Portugal.

2. A detenção de migrantes à luz do direito à liberdade e à segurança

A partir da formação dos Estados nacionais, a soberania representa não apenas um direito de autonomia a um determinado território — tal como o direito-dever de controlar as passagens de não-nacionais através das fronteiras —, mas também um dever de respeitar os direitos daqueles que se encontrem sob a jurisdição desses Estados⁵. Não existindo um direito puro e concreto à imigração⁶, a gestão da migração é percebida, por conseguinte, como uma expressão “necessária” da soberania do Estado⁷, seja como um direito sobre o seu território, seja pelo cumprimento da obrigação de garantir a ordem pública e a segurança. Portanto, no âmbito desta soberania, “os Estados [...] mantêm alguma discricionariedade no que toca ao controlo de entrada e permanência de estrangeiros nos territórios”⁸ — *ius includendi, ius excludendi*⁹.

NETHERY e SILVERMANS¹⁰ esclarecem que, durante a década de 1970, a detenção de migrantes era uma ação musculada do Estado usada

⁵ Richard Perruchoud, “State Sovereignty and Freedom of Movement” in *Foundations of International Migration Law*, ed. Brian Opeskin, Richard Perruchoud, e Jillyanne Redpath-Cross (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 123.

⁶ Cfr. Ryszard Cholewinski, “No Right of Entry: The Legal Regime on Crossing the EU External Border”, in *In Search of Europe's Borders* (Haia: Kluwer Law International, 2003), 105–30; Ana Rita Gil, “O Reconhecimento de Direitos Derivados de Imigração Em Direito Internacional e Europeu”, *Revista Del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista Del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social* 125, no. Migraciones Internacionales (2016): 15–52.

⁷ Brian Opeskin, Richard Perruchoud, e Jillyanne Redpath-Cross, “Conceptualising International Migration Law” in *Foundations of International Migration Law*, ed. Brian Opeskin, Richard Perruchoud e Jillyanne Redpath-Cross (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 1.

⁸ Ana Rita Gil, “Detenção de Imigrantes Na Jurisprudência Nacional e Internacional”, in *Estudos Sobre Direito da Imigração e do Asilo*, ed. Ana Rita Gil (Lisboa: Petrony, 2021), 113.

⁹ Cfr. Ana Rita Gil, *Imigração e Direitos Humanos* (Lisboa: Petrony, 2017), 55–57.

¹⁰ Amy Silverman e Stephanie Nethery J., *Immigration Detention* (Oxon: Routledge, 2015), 6.

apenas excecionalmente, mas, a partir de 1990, esta medida passou a ser utilizada por alguns Estados como forma de gerir os fluxos migratórios — especialmente, os irregulares.

PERRUCHOU¹¹ chama a atenção ao facto de que os Estados têm autoridade e autonomia para decidir sobre as regras de admissão de não-nacionais nos seus respetivos territórios. Contudo, o mesmo autor esclarece que o exercício de tal direito de soberania não deve violar outros direitos. E, na linha de outros direitos, cabe ressaltar aqueles proclamados na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), sobretudo o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, que figura no seu art. 3.º e que serviu de base para o art. 9.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP).

Mais especificamente, no art. 9.º, n.º 1, do PIDCP, estabelece que “[t]odo o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança pessoais”. O referido dispositivo acresce que “[n]inguém poderá ser submetido a detenção ou prisão arbitrária”, podendo a privação de liberdade ter lugar apenas “pelos motivos fixados por lei e de acordo com os procedimentos nela estabelecidos”. É neste sentido que, no Comentário Geral n.º 35, o Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas destaca que a previsão do art. 9.º da PIDCP se revela como o primeiro direito substantivo protegido pela DUDH diante da sua importância para o indivíduo e para toda a sociedade¹². Nos comentários, a liberdade de uma pessoa é entendida de forma ampla — como a liberdade do confinamento do corpo — e não apenas como a simples liberdade de agir¹³.

Importa notar que, mesmo não sendo absoluto, o direito à liberdade e à segurança não pode ser privado arbitrariamente¹⁴. E a arbitrariedade não se limita à simples contrariedade à lei, cabendo a verificação da

¹¹ Perruchoud, “State Sovereignty and Freedom of Movement”, 131.

¹² “Article 9 recognizes and protects both liberty of person and security of person. In the Universal Declaration of Human Rights, article 3 proclaims that everyone has the right to life, liberty and security of person. That is the first substantive right protected by the Universal Declaration, which indicates the profound importance of article 9 of the Covenant both for individuals and for society as a whole. Liberty and security of person are precious for their own sake, and also because the deprivation of liberty and security of person have historically been principal means for impairing the enjoyment of other rights” in Comité de Direitos Humanos da Nações Unidas, “General Comment No. 35 — Article 9 (Liberty and Security of Person)” (Nova Iorque, 2014), §2.

¹³ Comité de Direitos Humanos da Nações Unidas, §3.

¹⁴ Comité de Direitos Humanos da Nações Unidas, §10.

aplicação da lei de modo apropriado, justo, previsível, razoável, necessário, proporcional e garantístico (acesso real e efetivo ao devido processo legal)¹⁵.

A maioria dos instrumentos internacionais não define ao certo o que é a detenção, sobretudo a que ocorre em contexto migratório. O art. 4.º, n.º 2, do Protocolo Opcional à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (OPCAT) oferece uma definição do que seria a privação de liberdade, ao afirmar que “[...] entende-se por privação de liberdade qualquer forma de detenção ou prisão ou a colocação de uma pessoa num local de detenção público ou privado do qual essa pessoa não possa sair por vontade própria, por ordem de qualquer autoridade judicial, administrativa ou outra”. Infere-se, portanto, que a detenção é uma forma de privação de liberdade.

GUY S. GOODWIN-GILL¹⁶ destaca que a doutrina já tentou criar definições mais específicas sobre detenção, mas este termo continua a ser utilizado em vários contextos, podendo estar ligado a processos penais pendentes ou referir-se a qualquer confinamento num local predeterminado sob restrições que impedem os detidos de prosseguirem as suas atividades normais ou desejadas.

No âmbito da proteção de direitos humanos promovida pelo Conselho da Europa (COE), o art. 5.º, n.º 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) também consagra o direito à liberdade e à segurança. O mesmo art. 5.º da CEDH estabelece em quais situações a liberdade de uma pessoa poderá ser privada, destacando-se a alínea f), do n.º 1, na qual figuram duas possibilidades de detenção de migrantes: para evitar a entrada ilegal¹⁷ e para garantir o afastamento/expulsão do território de um Estado. ANA RITA GIL chama à atenção que “a noção de ‘entrada ilegal’ para os efeitos da norma em causa é preenchida de acordo com o que dispuser a lei do Estado parte em questão”¹⁸.

¹⁵ Comité de Direitos Humanos da Nações Unidas, §12.

¹⁶ Guy S Goodwin-Gill, “The Detention of Non-Nationals, with Particular Reference to Refugees and Asylum-Seekers”, *In Defense of the Alien* 9 (1986): 138.

¹⁷ A autora do presente artigo prefere utilizar a nomenclatura “entrada irregular” à “entrada ilegal”, pelo que, quando não estiver a citar diretamente a legislação ou as ideias de outro autor, utilizará aquela nomenclatura. No entanto, sobre o tema da ilegalidade, cfr. Benedita Menezes Queiroz, *Illegally Staying in the EU: An Analysis of Illegality in Eu Migration Law*. (Londres: HART Publishing, 2020).

¹⁸ Gil, “Detenção de Imigrantes Na Jurisprudência Nacional e Internacional”, 117.

É de notar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) faz uma distinção de medidas que privam a liberdade de movimento de migrantes no âmbito de aplicação da alínea f), n.º 1, do art. 5.º da CEDH (privação de liberdade) das ações tomadas no âmbito da restrição prevista no art. 2.º do Protocolo n.º 4 à CEDH (restrição à liberdade). Desta forma, a diferença entre privação e restrição da liberdade é meramente de grau ou intensidade, e não de natureza ou substância¹⁹. Isto quer dizer que uma medida *per se* poderá não se consubstanciar num meio de privação de liberdade, mas, quando esta medida é acumulada com outras, o somatório de várias ações podem privar um indivíduo da sua liberdade de movimento²⁰. O caso *Amuur c. França*²¹ ilustra bem este cenário nomeado de “verdadeira detenção”²².

Para que se constate, portanto, quando há uma privação de liberdade arbitrária, a jurisprudência do TEDH²³ estabelece determinados critérios de análise, quais sejam: o tipo de restrição; o local e a dimensão das instalações; a duração da medida; os efeitos da medida; as condições em que a medida é implementada; a possibilidade de contacto com outras pessoas; o acesso ao devido processo legal e ao recurso efetivo. Tais critérios são importantes para identificar a ocorrência de uma privação de liberdade arbitrária e, sobretudo, para “garantir a prevalência do Direito”²⁴.

¹⁹ Cfr. TEDH, Dec. de 25/06/1996, *Amuur c. France*, queixa n.º 19776/92; TEDH, Dec. de 12/02/2009, *Nolan e K c. Rússia*, queixa n.º 2512/04; TEDH, Dec. de 15/03/2012, *Austin e Outros c. Reino Unido*, queixa n.º 39692/09; TEDH (Grande Chamber), Dec. de 21/11/2019, *Z.A. e outros c. Rússia*, queixa n.º 65411/15.

²⁰ Cfr. TEDH, Dec. de 06/11/1980, *Guzzardi c. Itália*, queixa n.º 7367/76.

²¹ TEDH, Dec. de 25/06/1996, *Amuur c. França*, queixa n.º 19776/92.

²² Gil, “Detenção de Imigrantes Na Jurisprudência Nacional e Internacional”, 118.

²³ Cfr. “In order to determine whether someone has been “deprived of his liberty” within the meaning of Article 5, the starting-point must be his or her specific situation in reality and account must be taken of a whole range of factors such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question (see *Nada v. Switzerland* [GC], no. 10593/08, § 225, ECHR 2012, and *Gahramanov v. Azerbaijan* (dec.), no. 26291/06, § 40, 15 October 2013). The difference between deprivation and restriction of liberty is one of degree or intensity and not one of nature or substance (see *De Tommaso v. Italy* [GC], no. 43395/09, § 80, 23 February 2017, with further references; see also *Kasparov v. Russia*, no. 53659/07, § 36, 11 October 2016). The Court considers that in drawing the distinction between a restriction on liberty of movement and deprivation of liberty in the context of confinement of asylum-seekers, its approach should be practical and realistic, having regard to the present-day conditions and challenges. It is important in particular to recognise the States’ right, subject to their international obligations, to control their borders and to take measures against foreigners circumventing restrictions on immigration” (§§ 134 e 135, TEDH (Grande Chamber), Dec. de 21/11/2019, *Z.A. e outros c. Rússia*, queixa n.º 65411/15).

²⁴ Gil, “Detenção de Imigrantes Na Jurisprudência Nacional e Internacional”, 118.

No que se refere à proteção de direitos humanos promovida no âmbito do Direito da União Europeia (DUE), o art. 6.º da Carta de Direitos Fundamentais (CDFUE) também consagra o direito à segurança e à liberdade. Em conjunto com o art. 52.º da CDFUE, afere-se que qualquer restrição ao exercício de um direito deva ser prevista por lei e seguir o princípio da proporcionalidade. Ainda, sendo o direito à liberdade e à segurança correspondente a outro direito previsto na CEDH, dever-se-á considerar a proteção já promovida por esta, não obstante uma proteção mais ampla no âmbito do DUE. Nesta linha, “[p]ara efeitos da interpretação do art. 6.º da Carta, há, por conseguinte, que ter em conta o art. 5.º da CEDH como limiar de proteção mínima”²⁵.

No caso específico da detenção de migrantes, é necessário recorrer à Diretiva Condições de Acolhimento, cujo art. 2.º, al. h), estabelece que detenção é “qualquer medida de reclusão de um requerente por um Estado-Membro numa zona especial, no interior da qual o requerente é privado da liberdade de circulação”. Urge ressaltar o que esclarece ANA RITA GIL sobre o termo *retenção*, constantemente usado para justificar a privação de liberdade e escapar aos limites impostos ao uso da detenção. Segundo a autora, além do termo *retenção* inexistir juridicamente, também impossibilita que este termo seja enquadrado como *detenção*, dado que, para tal, “é irrelevante o local, a duração ou mesmo a finalidade desta privação”²⁶.

No que se refere ao procedimento de detenção de migrantes, caberá à Diretiva Regresso²⁷ estabelecer o uso e os limites desse meio coercivo. Conforme estabelece o art. 15.º da Diretiva Regresso, a detenção apenas poderá ser aplicada se houver risco de fuga ou se o migrante em causa evitar ou entravar o procedimento de regresso ou afastamento.

BOELES ET AL²⁸ aludem que, em comparação à CEDH, a Diretiva Regresso prevê garantias adicionais na detenção de migrantes, tais como a limitação da sua duração e a especificidade de que a detenção apenas

²⁵ TJEU, Acórdão (Segunda Secção) de 15 de março de 2017, Caso *Al Chodor*, Processo C-528/15, ECLI:EU:C:2017:213, para. 37.

²⁶ Ana Rita Gil, “A Tutela Extrajudicial Do Direito à Liberdade Dos Migrantes”, in *Tutela Extrajudicial de Direitos Fundamentais* (Lisboa: AAFDL Editora, 2022), 110.

²⁷ Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de dezembro de 2008 relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular.

²⁸ Pieter Boeles et al., *European Migration Law*, 2ª (Antuérpia: Intersentia, 2014), 395.

possa ser utilizada como último recurso. Segundo PIÇARRA, isto ocorre porque “os direitos fundamentais em análise incidem apenas sobre um aspeto muito específico da liberdade, distinguindo-se desde logo da liberdade de circulação genericamente prevista pelo art. 45.º da Carta e art. 21.º, n.º 1, do TFUE”²⁹.

No que concerne à recusa de entrada, estabelecida no art. 14.º do Código de Fronteiras Schengen³⁰, poderá existir a colocação em centros de instalação temporária³¹, que seriam centros de detenção de migrantes. Por isso, esta privação de liberdade não poderá ocorrer de forma arbitrária e indefinida³², apenas se podendo manter enquanto verificarem as condições para o seu exercício³³ e na medida do necessário para garantir a execução da operação de afastamento³⁴, sem exceder o limite temporal de seis meses (art. 15.º, n.º 5, Diretiva Regresso), que se poderá estender até doze meses (art. 15.º, n.º 6, Diretiva Regresso). Ademais, antes de aplicada a detenção e durante a mesma, deve ter-se em consideração eventuais necessidades especiais do migrante, sobretudo das pessoas vulneráveis, definidas na aceção do art. 3.º, n.º 9, da Diretiva Regresso.

De forma genérica, esta seria a proteção do direito à liberdade e à segurança no contexto da detenção de migrantes no sistema internacional e europeu. Passa-se a analisar brevemente o caso português.

²⁹ Nuno Piçarra, “Artigo 6.º Direito à Liberdade e à Segurança,” in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Comentada*, ed. Mariana Silveira e Mariana Canotilho (Coimbra: Almedina, 2013), 91.

³⁰ Regulamento (UE) 2016/399 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, que estabelece o código da União relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen).

³¹ Council of Europe and European Union Agency for Fundamental Rights, *Handbook on European Law Relating to Asylum, Borders and Immigration* (Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2020), 206.

³² Cfr. TJCE, Acórdão (Grande Secção) de 30 de novembro de 2009, Processo C-357/09 PPU, *Kadzoev*, ECLI:EU:C:2009:741; TJUE, TJUE, Acórdão (Grande Secção) de 06 de dezembro de 2011, Processo C-329/11, *Achughbabian c. Prefet du Val-de-Marne*; ECLI:EU:C:2011:807;

³³ Cfr. European Union Agency for Fundamental Rights, “Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation in the European Union” (Luxemburgo, 2011), 27 e ss.

³⁴ Cfr. Gil, “Detenção de Imigrantes na Jurisprudência Nacional e Internacional,” 127–30.

3. A detenção de migrantes em Portugal

A Constituição da República Portuguesa (CRP) segue o espírito e os limites do direito à liberdade e à segurança, especialmente no que toca ao equilíbrio entre os direitos fundamentais de migrantes e o direito soberano do Estado sobre a entrada e a permanência de cidadãos estrangeiros em seu território, conforme se verifica no seu art. 27.³⁵. Segundo ANA RITA GIL³⁶, “[n]a atual Constituição, são vários os princípios que garantem o reconhecimento de direitos fundamentais a estrangeiros. Esses vários princípios atuam na complementaridade uns dos outros”³⁷.

A Lei n.º 23/2007, de 04 de julho³⁸ (Lei de Estrangeiros ou LE), por sua vez, além de transpor para o ordenamento jurídico nacional vários atos legislativos da UE, também estabelece várias exceções no que concerne ao poder do Estado português em afastar do seu território cidadãos estrangeiros em situação irregular, “exceções ditadas em boa medida pela jurisprudência (do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e Tribunal Constitucional)”³⁹.

Sendo, contudo, possível o afastamento do migrante com base numa entrada ou permanência irregular, GOMES E LEÃO recordam que, nos termos do art. 33.º, n.º 2, da CRP, e do art. 134.º da LE, “[a] expulsão de um estrangeiro pelo SEF obedece a um princípio: só imigrantes ilegais podem ser expulsos administrativamente sem prévia pronúncia de um juiz”⁴⁰. Para alcançar o objetivo de afastamento do território, “a regra geral parece ser a de que o cidadão estrangeiro que se encontre nessa situação deve ser detido por autoridade policial”⁴¹, a fim de que seja, sempre que possível, entregue ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF). Nos termos do n.º 1, do art. 146.º da LE, é necessário que tal cidadão estrangeiro seja “presente, no prazo máximo de 48 horas a contar da detenção, ao juiz do juízo de pequena instância criminal, na respetiva área de jurisdição,

³⁵ De Oliveira, “Asylum Seekers and the Right to Liberty and Security: The Portuguese Case”, 3.

³⁶ Gil, *Imigração e Direitos Humanos*, 245.

³⁷ Gil, 246.

³⁸ Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, publicada no Diário da República n.º 127/2007, Série I de 2007-07-04.

³⁹ José Melo Alexandrino, *O Discurso Dos Direitos* (Coimbra: Coimbra Editora, 2011), 107.

⁴⁰ Carla Amado Gomes e Anabela Costa Leão, *A Condição de Imigrante: Uma Análise Do Direito Constitucional e de Direito Administrativo* (Coimbra: Almedina, 2010), 76.

⁴¹ Alexandrino, *O Discurso Dos Direitos*, 113.

ou do tribunal de comarca, nas restantes áreas do País, para validação e eventual aplicação de medidas de coação”.

No que concerne à recusa de entrada, prevista no art. 32.º da LE, essa será aplicável quando o estrangeiro não reúna os requisitos legais de entrada; quando esteja sinalizado para efeitos de não admissão no Sistema de Informação Schengen ou no Sistema Integrado de Informações do SEF; ou quando constitua um perigo ou grave ameaça para a ordem pública, a segurança nacional, a saúde pública (ou para as relações internacionais de Estados membros da União Europeia, bem como de Estados onde vigore a Convenção de Aplicação). Também no caso da recusa de entrada

Ainda, conforme estabelece a Lei de Estrangeiros, há limites aplicáveis à recusa de entrada (art. 36.º, LE) e ao afastamento do território nacional coercivo ou judicial art. 135.º, LE). Tal como ocorre com o afastamento coercivo, sempre que ocorra uma recusa de entrada e não seja possível o reembarque imediato do migrante, é dado conhecimento deste facto, num prazo de 48 horas, ao juiz do juízo de pequena instância criminal ou do tribunal de comarca “a fim de ser determinada a manutenção daquele em centro de instalação temporária ou espaço equiparado” (art. 38.º, n.º 4, LE).

O regime de acolhimento de migrantes em centros de instalação temporária (CIT) ou espaços equiparados a centros de instalação temporária (EECIT) é definido pela Lei n.º 34/94, de 14 de setembro⁴² (Lei dos CIT), sendo complementado pela LE. Segundo o art. 3.º, n.º 2, da Lei dos CIT, a detenção de um migrante “não poderá exceder o período de dois meses, devendo ser judicialmente reapreciada ao fim de cada período de oito dias”. Não será demasiado relembrar que, durante a detenção, os Estados devem garantir condições adequadas de instalação e manutenção, bem como não permitir que esses estrangeiros sejam submetidos a tortura ou a qualquer tratamento desumano ou degradante.

Sendo o recurso à detenção utilizado em *ultima ratio*, deve-se sempre verificar se “no caso concreto possam ser aplicadas com eficácia outras medidas suficientes mas menos coercivas”⁴³. No entanto, não é o que se tem verificado em Portugal em relação aos migrantes.

⁴² Lei n.º 34/94, de 14 de setembro, publicada no Diário da República n.º 213/1994, Série I-A de 1994-09-14.

⁴³ Art. 15.º, n.º 1, Diretiva Regresso.

A detenção tem sido uma constante, mesmo que o art. 142.º, n.º 1, da LE, disponha que, para além da colocação no centro de instalação temporária, o juiz poderá determinar como medida de coação a apresentação periódica no SEF ou a obrigação de permanência na habitação com utilização de meios de vigilância eletrónica. Ademais, a própria LE prevê um requisito a ser preenchido para a aplicação de tais medidas de coação: a existência de perigo de fuga

Relativamente ao perigo de fuga, a Diretiva Regresso limita-se a uma definição que remete ao direito nacional, estabelecendo que seria “a existência num caso concreto de razões, baseadas em critérios objetivos definidos por lei, para crer que o nacional de país terceiro objeto de um procedimento de regresso pode fugir”⁴⁴. A LE, por sua vez, não define claramente o que é o “perigo de fuga”⁴⁵, mas dispõe sobre alguns critérios de proporcionalidade⁴⁶. No entanto, é do entendimento da autora que, ao lado da previsão legal, a LE deveria definir de modo claro, preciso e direto o que seria o perigo de fuga, preferencialmente com uma indicação gradual das medidas menos coercivas⁴⁷, de forma que a detenção seja aplicada efetivamente como último recurso.

O COE já esclareceu que as alternativas à detenção nunca devem ser equivalentes a uma privação de liberdade, ou seja, não devem ser uma forma alternativa de detenção⁴⁸. Para evitar tal equiparação, aponta o COE a necessidade de que essas alternativas devam ser estabelecidas por lei e sujeitas à revisão judicial e de que a sua implementação deva respeitar outros direitos fundamentais, configurando numa medida menos restritiva possível.

⁴⁴ Art. 3.º, n.º 7, Diretiva Regresso.

⁴⁵ Na alteração mais recente da Lei de Estrangeiros, o perigo de fuga continua a não ser especificamente definido, mas já se encontram alguns critérios para a sua aferição no art. 142.º, n.º 3, na redação atual estabelecida pela Lei n.º 18/2022, de 25 de agosto, publicada no Diário da República n.º 164/2022, Série I de 2022-08-25, páginas 2 – 137.

⁴⁶ Sobre possíveis critérios de proporcionalidade, cfr. Philippe De Bruycker et al., “Alternatives to immigration and asylum detention in the EU – time for implementation” (Bruxelas, 2015), <http://odysseus-network.eu/wp-content/uploads/2015/02/FINAL-REPORT-Alternatives-to-detention-in-the-EU.pdf>.

⁴⁷ Cfr. International Detention Coalition, *There Are Alternative – A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention* (International Detention Coalition, 2015); European Union Agency for Fundamental Rights, “Alternatives to Detention for Asylum Seekers and People in Return Procedures” (Luxemburgo, 2015).

⁴⁸ CDDH – Steering Committee for Human Rights, “Effective Alternatives to Detention in the Context of Migration – Legal and Practical Aspects”, (Estrasburgo, 2017), 7.

Isto porque “os procedimentos administrativos (e também os processos jurisdicionais) são regulados de forma muito sumária, que na maior parte dos casos não parece envolver sequer a formalidade da audiência do interessado [...]”⁴⁹. Ainda, “na generalidade das situações, por conseguinte e na prática, tendo a impugnação um efeito meramente devolutivo, parece prever-se uma simples decisão administrativa só aparentemente sujeita a controlo judicial”⁵⁰. Além de que nem todas as situações permitem a concessão de uma tutela cautelar, sob pena de esvaziar o sentido da pretensão.

Ademais, ANA RITA GIL⁵¹ alude que “um acórdão de 2017 [do Supremo Tribunal de Justiça] veio invocar que, nas circunstâncias em que os estrangeiros *eram impedidos de entrar* no território nacional e aguardavam o regresso em CIT ou EECIT, tal instalação não configurava qualquer detenção, nem prisão”, pelo que “tais estrangeiros não poderiam recorrer ao procedimento de *habeas corpus*”, o que não coaduna com o art. 5.º, al. f), da CEDH, “que qualifica tal medida como uma *medida de privação de liberdade*”, pelo que “todas as garantias para as privações de liberdade, incluída a medida de *habeas corpus*, deverão ser aplicadas”.

Assim, a definição específica do perigo de fuga e a previsão legal (e gradual) de mais alternativas à detenção poderiam melhorar a aplicação da lei⁵², além de permitirem uma maior proteção dos direitos humanos⁵³, sobretudo do direito à liberdade e à segurança.

Quer o COE, quer a UE, não restringem a proteção dos direitos humanos a grupos específicos. Isto quer dizer que não são apenas grupos de migrantes particularmente vulneráveis que não podem ser detidos de forma arbitrária. Todo e qualquer estrangeiro que tenha a sua liberdade

⁴⁹ Alexandrino, *O Discurso Dos Direitos*, 116.

⁵⁰ Alexandrino, 117.

⁵¹ Gil, “Detenção de Imigrantes Na Jurisprudência Nacional e Internacional,” 132.

⁵² Cr. United Nations High Commissioner for Refugees, “OPTIONS PAPER 2: Options for Governments on Open Reception and Alternatives to Detention, 2015” (Nova Iorque, 2015), <https://www.unhcr.org/protection/detention/5538e53d9/unhcr-options-paper-2-options-governments-open-reception-alternatives-detention.html>; Detention Action, “The Financial Waste of Long-Term Detention” (Londres, 2013), <https://detentionaction.org.uk/wp-content/uploads/2018/12/financial-waste-of-long-term-detention.pdf>; Comissão Europeia, “ANNEX to the COMMISSION RECOMMENDATION Establishing a Common ‘Return Handbook’ to Be Used by Member States’ Competent Authorities When Carrying out Return Related Tasks” (Bruxelas, 2017), https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20170927_recommendation_on_establishing_a_common_return_handbook_annex_en.pdf.

⁵³ Cfr. Considerando 20, Diretiva Condições de Acolhimento.

cerceada sem uma previsão legal e sem que esta medida restritiva seja necessária e proporcional — especialmente, na existência de uma medida menos restritiva que pudesse ser aplicada — deve ser protegido. Esta afirmação, no entanto, não afasta o tratamento especial a grupos particularmente vulneráveis⁵⁴, tais como crianças, mulheres grávidas, idosos, pessoas sob stress pós-traumático, etc.

Assim, o acesso efetivo a medidas alternativas à detenção⁵⁵ se parece configurar num instrumento necessário à promoção do direito à liberdade e à segurança, bem como como substituição do uso constante da medida de detenção de migrantes em Portugal.

4. Considerações Finais

O presente artigo se debruçou sobre a detenção de migrantes à luz do direito à liberdade e à segurança, tendo analisado o conceito de detenção e a sua previsão legal ao nível internacional, europeu e português. Destacou que a detenção, como forma de privação de liberdade, não pode ser arbitrária, sob pena de violar o direito à liberdade e à segurança, pelo que os Estados devem atentar aos critérios de proporcionalidade para a aplicação desta medida, dentre os quais evitar um perigo de fuga.

No que toca ao perigo de fuga, este carece de uma definição mais exata, sobretudo no ordenamento jurídico português, para que se identifique de forma clara em quais situações caberá uma medida de coação. Ainda quanto à legislação portuguesa em matéria de migração, quando houver lugar a aplicação de medidas de coação, importará recomendar que tais medidas figurem na lei de forma gradual (da menos a mais severa), a fim de que a detenção seja efetivamente uma medida de último recurso.

Ademais, dentre as medidas que não estão previstas na legislação nacional, mas que poderiam fazer parte do rol de medidas de coação, quando houver perigo de fuga, seria o pagamento de caução ou mesmo a colocação numa instituição de acolhimento gerida pela sociedade civil, com a nomeação de gestor de caso.

⁵⁴ Cfr. Gil, “A Tutela Extrajudicial do Direito à Liberdade dos Migrantes”, 118–21.

⁵⁵ Steering Committee for Human Rights, “Human Rights and Migration — Legal and Practical Aspects of Effective Alternatives to Detention in the Context of Migration” (Estrasburgo, 2017), <https://rm.coe.int/legal-and-practical-aspects-of-effective-alternatives-to-detention-in-/16808f699f>.

Por fim, a proteção do direito à liberdade e à segurança dos migrantes requer uma atenção especial, para evitar não apenas a violação daquele direito, mas também a chamada criminalização da migração⁵⁶, em que pessoas que não tenham cometido um crime, mas tão-somente uma contraordenação, tenham a sua liberdade privada de forma arbitrária e/ou desproporcional.

Bibliografia

- Alexandrino, José Melo. *O Discurso Dos Direitos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- Boeles, Pieter, Maarten den Heijer, Gerrie G. Lodder, e Kees Wouters. *European Migration Law*. 2ª. Antuérpia: Intersentia, 2014.
- Bruycker, Philippe de, Alice Bloomfield, Evangelia (Lilian) Tsourdi, e Joanna Pétin. "Alternatives to immigration and asylum detention in the EU – time for implementation". Bruxelas, 2015.
- CDDH – Steering Committee for Human Rights. "Effective Alternatives to Detention in the Context of Migration – Legal and Practical Aspects", Estrasburgo, 2017.
- Cholewinski, Ryszard. "No Right of Entry: The Legal Regime on Crossing the EU External Border", In *In Search of Europe's Borders*, 105–30. Haia: Kluwer Law International, 2003.
- Comissão Europeia. "ANNEX to the COMMISSION RECOMMENDATION Establishing a Common 'Return Handbook' to Be Used by Member States' Competent Authorities When Carrying out Return Related Tasks." Bruxelas, 2017.
- Comité de Direitos Humanos da Nações Unidas. "General Comment No. 35 – Article 9 (Liberty and Security of Person)." Nova Iorque, 2014.
- Council of Europe, and European Union Agency for Fundamental Rights. *Handbook on European Law Relating to Asylum, Borders and Immigration*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2020.
- Detention Action. "The Financial Waste of Long-Term Detention." Londres, 2013. <https://detentionaction.org.uk/wp-content/uploads/2018/12/financial-waste-of-long-term-detention.pdf>.
- European Migration Network. "The Use of Detention and Alternatives to Detention in the Context of Immigration Policies", Bruxelas, 2014.
- European Union Agency for Fundamental Rights. "Alternatives to Detention for Asylum Seekers and People in Return Procedures." Luxemburgo, 2015.
- . "Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation in the European Union". Luxemburgo, 2011.
- Franko, Katja. *The Crimmigrant Other. Migration and Penal Power*. Abingdon: Routledge, 2019.
- Gil, Ana Rita. "Detenção de Imigrantes Na Jurisprudência Nacional e Internacional". In *Estudos Sobre Direito Da Imigração e Do Asilo*, editado por Ana Rita Gil, 113–38. Lisboa: Petrony, 2021.
- Gil, Ana Rita. "A tutela extrajudicial do direito à liberdade dos migrantes." In *Tutela Extrajudicial de Direitos Fundamentais*, 109–36. Lisboa: AAFDL Editora, 2022.
- . *Imigração e Direitos Humanos*. Lisboa: Petrony, 2017.
- . "O Reconhecimento de Direitos Derivados de Imigração em Direito Internacional e Europeu", *Revista Del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista Del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social* 125, no. Migraciones Internacionales (2016): 15–52.
- Gomes, Carla Amado, e Anabela Costa Leão. *A Condição de Imigrante: Uma Análise Do Direito Constitucional e de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2010.
- Goodwin-Gill, Guy S. "The Detention of Non-Nationals, with Particular Reference to Refugees and Asylum-Seekers". In *Defense of the Alien* 9 (1986): 138–51.

⁵⁶ Cfr. Juliet P. Stumpf, "The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power," *Am. U. L. Rev.* 56, no. 367 (2006): 1689–99; Katja Franko, *The Crimmigrant Other. Migration and Penal Power* (Abingdon: Routledge, 2019).

- International Detention Coalition. *There Are Alternatives — A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention*. International Detention Coalition, 2015.
- Nethery, Amy, e Stephanie J. Silverman. *Immigration Detention*. Oxon: Routledge, 2015.
- Oliveira, Emellin de. “Asylum Seekers and the Right to Liberty and Security: The Portuguese Case”. *InterAgency Institute*. Migrations in the Third Millennium — Analysis of Migratory Situation. Arcos, Dezembro 16, 2021. <https://doi.org/10.5281/ZENODO.5786243>.
- Opeskin, Brian, Richard Perruchoud, e Jillyanne Redpath-Cross. “Conceptualising International Migration Law”. In *Foundations of International Migration Law*, editado por Brian Opeskin, Richard Perruchoud, e Jillyanne Redpath-Cross. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Perruchoud, Richard. “State Sovereignty and Freedom of Movement.” In *Foundations of International Migration Law*, editado por Brian Opeskin, Richard Perruchoud, e Jillyanne Redpath-Cross, 123–52. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Piçarra, Nuno. “Artigo 6.º Direito à Liberdade e à Segurança”. In *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Comentada*, editado por Mariana Silveira e Mariana Canotilho, 91–102. Coimbra: Almedina, 2013.
- Queiroz, Benedita Menezes. *Illegally Staying in the EU: An Analysis of Illegality in EU Migration Law*. Londres: HART Publishing, 2020.
- Steering Committee for Human Rights. “Human Rights and Migration — Legal and Practical Aspects of Effective Alternatives to Detention in the Context of Migration”. Estrasburgo, 2017. <https://rm.coe.int/legal-and-practical-aspects-of-effective-alternatives-to-detention-in-/16808f699f>.
- Stumpf, Juliet P. “The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power”, *American University Law Review* 56, no. 367 (2006): 1689–99.
- TEDH. “Guide on the Case-Law of the European Convention on Human Rights Immigration”. Estrasburgo, 2021.
- United Nations High Commissioner for Refugees. “OPTIONS PAPER 2: Options for Governments on Open Reception and Alternatives to Detention, 2015”. Nova Iorque, 2015.
- Vohra, Shyla. “Detention of Irregular Migrants and Asylum Seekers”, In *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, editado por Ryszard; Cholewinski, Richard Perruchoud, e Euan MacDonald. Haia: TMC Asser Press, 2007.

DIREITOS HUMANOS E URBANISMO/ ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO

Pela Prof.^a Doutora Fernanda Paula Oliveira*

1. Considerações introdutórias

O desafio que me foi lançado, de articular, num texto, *direitos humanos* com *direito do urbanismo* levou-me a pensar de imediato na relação que o urbanismo (e o direito que o regula) tem com o *direito à habitação*, o qual é reconhecido como um direito humano pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)¹, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (1966)² e pelo Pacto

* Professora na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ De entre os direitos que devem ser garantidos a um ser humano para que ele e sua família possam ter um padrão de vida digno, o artigo 25.º desta Declaração enumera o direito à habitação.

² Este instrumento internacional (doravante designado PIDESC) deu um passo à frente no sentido de concretizar o direito à habitação: nele, os países membros não só reconhecem como também se comprometem a tomar medidas para assegurar a todas as pessoas os direitos nele elencados como fundamentais para uma vida digna.

Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (1966)³.

Dadas as limitações editoriais (e de tempo), o presente texto limitar-se-á a elucidar de forma muito breve o relevo que o direito do urbanismo assume na concretização deste direito humano. Vejamos, então.

2. Caracterização genérica do direito à habitação e sua ligação de políticas ordenamento do território, de urbanismo e de planeamento territorial

Ter um lugar seguro para viver corresponde a uma exigência fundamental para a dignidade, a saúde física e mental bem como para a qualidade geral de vida de qualquer ser humano. Por isso se compreende que a *habitação* seja universalmente considerada uma das necessidades básicas do Homem.

Estando em causa o respeito pela dignidade da pessoa humana, o direito à habitação é configurado, hoje em dia, muito mais do que o direito de todos os cidadãos a terem “*um teto*”; trata-se, antes, e de forma mais exigente, do direito de cada cidadão a ter uma *habitação condigna* ou a ter uma *habitação adequada*, o que significa o direito de todos a terem um lugar a que pertençam e de um espaço físico que possam constituir como lar e aí viver com segurança, com privacidade e sem riscos para a sua saúde física e psíquica.

Para que a habitação seja *condigna* (adequada) é necessário dar cumprimento a um vasto conjunto de exigências, que denotam bem a complexidade das ações que é necessário levar a efeito para o concretizar. Assim, direito a uma habitação condigna pressupõe, designadamente: (i) segurança de posse (direito de morar num local sem o medo de sofrer remoção, ameaças indevidas ou inesperadas⁴); (ii) acessibilidade económica (direito a uma habitação “*cujos custos financeiros suportados se situam*

³ Para além desses, outros documentos internacionais enumeram o direito à habitação como integrado no leque dos direitos humanos que concorrem para existência de uma vida digna, com destaque para a Declaração de Vancouver (Agenda Habitat I) de 1976 e para Declaração de Istambul (Agenda Habitat II) de 1996, ambos frutos de conferências promovidas pela ONU, a Carta Social Europeia Revista (1996) e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

⁴ As formas de segurança variam em função do sistema jurídico e da cultura de cada país, região, cidade ou povo.

a um nível que não ameaça a satisfação das outras necessidades básicas”⁵; (iii) habitabilidade (direito a uma habitação que apresente boas condições de segurança, salubridade e conforto); (iv.) espaço e localização adequados para viver (habitação servida por infraestruturas, equipamentos e serviços urbanos); (v) não discriminação e priorização de grupos vulneráveis⁶; e (vi) adequação cultural.

Este conjunto vasto de elementos constitutivos do *direito a uma habitação condigna* permite identificar as várias áreas a considerar pelos Estados: por estar em causa um direito social, os cidadãos têm, de facto, o direito a exigir dos entes públicos um conjunto de *prestações* que estes têm de cumprir no desempenho das suas incumbências constitucionalmente definidas⁷.

Assumem, a este propósito, especial relevo, as incumbências em matéria de *ordenamento do território*, de *urbanismo* e de *planeamento territorial*: a estrita ligação entre o direito à habitação e estas áreas de atuação pública decorre, inclusive, da própria Constituição da República Portuguesa, que os relaciona diretamente no seu artigo 65.º sob a epígrafe, “Habitação e urbanismo”. Nos termos do n.º 2 deste preceito constitucional:

“Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado:

a) *Programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social*” (...) (sublinhados nossos)

⁵ O custo acessível (para a aquisição ou arrendamento da habitação) é aquele que não compromete o orçamento familiar e permite o atendimento de outros direitos, como o direito à alimentação, ao lazer etc., o que significa também que os gastos com a manutenção da casa (como as despesas com luz, água e gás), não podem ser muito onerosos.

⁶ A habitação deve ser acessível a grupos vulneráveis da sociedade, como idosos, mulheres, crianças, pessoas com deficiência, vítimas de desastres naturais; refugiados, etc. As leis e políticas habitacionais devem priorizar o atendimento a esses grupos e ter em consideração as suas necessidades especiais.

⁷ O direito à habitação é configurado como um direito de natureza social que pressupõe a necessária mediação do legislador ordinário de forma a concretizar o respetivo conteúdo. Definir como incumbência do Estado a programação e execução de uma política de habitação, não significa conceder um direito imediato a uma prestação efetiva. A plena efetividade do direito à habitação está dependente da «reserva do possível» em termos políticos, económicos e sociais, e fica sempre condicionada pelas opções que o Estado decida seguir em matéria de política da habitação. Cfr. Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, anotação ao artigo 65.º, IV, pp. 1328 a 1330.

De entre as entidades públicas, são os municípios aqueles que desempenham um papel mais relevante neste domínio. O legislador, num claro reconhecimento da importância de intervenção destas entidades na garantia do direito fundamental à habitação veio, através do Decreto-Lei n.º 105/2018, de 29 de novembro, transferir para os municípios atribuições do Estado em matéria de habitação, transferência que tem a sua razão de ser na maior proximidade destes entes locais às necessidades dos cidadãos, o que lhes permite ter uma noção mais precisa da realidade e fazer um acompanhamento mais eficiente dos problemas habitacionais (e sociais) existentes, identificando-os *in loco* e promovendo, de forma mais direta, o apoio aos agregados carenciados e aos proprietários de edifícios com necessidades de intervenção.⁸

E justifica-se, também, esta transferência, por os municípios terem um relevante papel na definição das políticas de ordenamento do território e de urbanismo (veja-se o caso das políticas de regeneração e de reabilitação urbanas) e de planeamento do território (com especial relevo para a aprovação de planos municipais). Com efeito, algumas questões relevantes na política de habitação, como a localização dos fogos, a quantidade de habitações, as características tipológicas dos edifícios e a sua utilização, a disponibilização de solos para a concretização de políticas públicas habitacionais são temas básicos de ordenamento e planeamento do território, especialmente de territórios urbanos, de onde resulta que o planeamento urbano surge como uma componente fundamental de articulação das dimensões de regulação e de financiamento, relevantes para garantir o cumprimento das funções públicas da habitação.

Dúvidas não restam, pois, sobre a íntima ligação entre ordenamento do território, urbanismo, política de solos e habitação.

Esta estrita ligação é patente na Lei de Bases de Habitação — a Lei n.º 83/2019, de 3 de setembro e doravante LBH —, que concebe o ordenamento do território, a política de solos e o urbanismo como domínios de ação pública particularmente vocacionados para dar cumprimento e garantir o direito de todos a uma habitação condigna.

⁸ Por este diploma foram transferidas para os municípios competências para a gestão de programas de apoio ao arrendamento urbano e à reabilitação urbana, bem como no âmbito da propriedade e da gestão dos bens imóveis destinados a habitação social que integram o parque habitacional da administração direta e indireta do Estado, competências antes alocadas ao Instituto da Habitação e Reabilitação Urbana (IHRU).

O relevo do direito do urbanismo, do ordenamento do território e dos solos para a concretização do direito à habitação assenta desde logo, no facto de, para o garantir, ser necessário atender a elementos básicos com que aqueles ramos do direito trabalham: num primeiro momento o *edifício que é destinado a habitação* (sendo necessário definir as suas características típicas, sem as quais não há habitabilidade); num segundo momento a *cidade* [ou o espaço (urbano) envolvente] onde ele edifício está integrado (com necessidade de definir as condições para a plena e adequada funcionalidade daqueles edifícios, designadamente a existência de espaços verdes, infraestruturas e equipamentos bem como serviços públicos) e, num terceiro momento, o *território* mais amplo em que aquele espaço urbano está inserido (e cujas questões variam consoante se trate de territórios do interior ou do litoral, territórios de baixa densidade ou territórios desertificados, etc.).

Nestas várias dimensões encontramos regras próprias do direito do urbanismo: o *direito (público) da construção* — que integra o conjunto das regras técnicas exigíveis para a construção ou reabilitação de edifícios habitacionais —; o *direito do planeamento urbano* — que corresponde às normas relativas à ocupação, uso e transformação dos solos, com base nas quais se decide a localização adequada dos edifícios habitacionais nos espaços urbanos —, e o *direito dos solos* — que regula o modo de aquisição e disponibilização de solos, em especial pelos entes públicos, para a concretização dos planos e de políticas públicas habitacionais. E encontramos preocupações típicas do *direito do ordenamento do território*, designadamente a necessidade de garantir que as políticas de habitação, sem prejuízo de os cidadãos terem o direito de escolher o lugar da sua residência (artigo 11.º da LBH), poderem funcionar como instrumento coesão (equilíbrio) territorial⁹.

De entre várias dimensões referidas, realça-se aqui a importância do planeamento territorial na concretização do direito à habitação. Vejamos, pois.

3. Da habitação ao habitat: o planeamento

⁹ Para mais desenvolvimentos vide o nosso “Habitação, ordenamento do território, solos e urbanismo: uma ligação nada improvável. Visão a partir da Lei de Bases de Habitação”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 14, maio-agosto 2022, p. 59 a 70.

urbano e territorial

3.1. A definição, pelos planos territoriais, do regime de uso do solo

Como se referiu *supra*, uma habitação, para ser adequada, tem ainda de se localizar num espaço servido por infraestruturas, equipamentos e serviços urbanos. Tal decorre, desde logo, do artigo 6.º da LBH, segundo o qual *“O direito à habitação implica o acesso a serviços públicos essenciais, definidos em legislação própria e a uma rede adequada de transportes e equipamento social, no quadro das políticas de ordenamento do território e de urbanismo”*.

Também o artigo 15.º desta Lei aponta no sentido de que uma habitação condigna é aquela que é servida por uma rede adequada de equipamentos e serviços sociais, de infraestruturas de circulação e de transportes, incluindo públicos, que permitam as deslocações, nomeadamente as quotidianas entre a habitação e o local de trabalho e o acesso a outras zonas do país.

Tudo funções que devem ser garantidas pelas entidades públicas, designadamente as que têm especiais incumbências em matéria planeamento territorial.

Em causa está o contexto *territorial* e *social* onde a habitação (edifício destinado a uso habitacional) se encontra inserida, nomeadamente no que diz respeito ao espaço envolvente, às infraestruturas e equipamentos coletivos, bem como ao acesso a serviços públicos essenciais e às redes de transportes e comunicações. A este contexto territorial e social exterior à habitação, a LBH designa de *habitat* (cfr. artigo 14.º).

A melhor localização dos edifícios habitacionais é garantida pelos instrumentos de planeamento que, ademais, se posicionam como instrumentos que podem contribuir para garantir a defesa e valorização do território e da paisagem, a proteção dos recursos naturais e a salvaguarda dos valores culturais e ambientais. Por isso se determina no n.º 3 do artigo 3.º da LBH, que a *“vocação do solo ou dos imóveis para uso habitacional depende da sua conformidade com os instrumentos de gestão territorial”*, o que está em consonância com o disposto no seu artigo 21.º, segundo o qual *“para a boa execução da política local de habitação, os municípios devem integrar a política municipal de habitação nos instrumentos de gestão territorial, acautelando a previsão de áreas adequadas e suficientes destinadas ao uso habitacional, e garantir a gestão e manutenção do património habitacional municipal, assegurando a sua manutenção”* (sublinhado nosso).

Dos instrumentos de gestão territorial previstos no ordenamento jurídico português, os que mais relevam para este efeito são os planos municipais, aqueles a quem cabe a tarefa fundamental de *classificação* e de *qualificação* dos solos. A classificação consiste na determinação, pelo plano, do destino básico do solo, distinguindo entre os *solos urbanos* e os *solos rústicos*; por sua vez a qualificação consiste na identificação, dentro de cada classe de solo, de diferentes categorias de espaços por referência à *utilização dominante* que nelas pode ser instalada ou desenvolvida.

É com base na classificação e qualificação dos solos que os planos municipais cumprem a sua função mais relevante de definição do regime de uso do solo, matéria que tem enquadramento específico na Lei de Bases da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo (Lei n.º 31/2014, de 30 de maio, co a redação atual) e no Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio, na versão em vigor). E a LBH é clara ao afirmar, precisamente, que a garantia do direito à habitação pressupõe a definição das regras de ocupação, uso e transformação dos solos no quadro desta legislação.

Ao prever que as várias categorias de espaço são identificadas nos planos municipais em função do uso dominante nelas admitido, a legislação de ordenamento do território e urbanismo assume que a qualificação dos solos assenta no princípio da *plurifuncionalidade* das diferentes áreas, de modo a garantir “*uma coexistência harmoniosa das funções*”¹⁰ bem como o cumprimento do princípio da *mistura de usos compatíveis* ou da *proximidade simbiótica*, que se apresenta como complementar de um outro, de sinal contrário — o da separação de usos incompatíveis. Enquanto este último se refere aos usos territoriais que se *prejudicam mutuamente* — e que, por isso, não podem “conviver” —, o primeiro, fundamental em matéria de planeamento territorial, compele à promoção de uma *mistura de distintos usos*, de forma a otimizar a localização de atividades de diferente natureza e a promover a sustentabilidade das respetivas áreas.

Dentro desta lógica, e considerando o Decreto-Regulamentar n.º 15/2015, de 19 de agosto, a categoria dos *espaços habitacionais* — uma das categorias que integram o solo urbano — correspondem, assim, a áreas territoriais cujo uso dominante é o habitacional [artigo 25.º,

¹⁰ Cfr., neste sentido, Jorge de Carvalho, *Ordenar a Cidade*, Coimbra, Quarteto, 2003, pp. 209-212 e 307 e ss..

n.º 1, alínea b)], admitindo-se, nas mesmas, usos complementares (aqueles cuja presença concorre para a valorização ou reforço do uso habitacional, como o comércio, serviços e equipamentos de proximidade¹¹) e, ainda, eventualmente, usos compatíveis (usos que, não se articulando necessariamente com o uso habitacional, podem conviver com ele mediante o cumprimento dos requisitos previstos no próprio plano que garantam essa compatibilização).

Estes espaços habitacionais, devidamente regulados nos planos municipais que os inserem, de forma integrada, no território que os envolve, estão, assim, particularmente vocacionados para edifícios que permitam dar cumprimento ao direito à habitação. A construção de edifícios habitacionais não está, porém, limitada apenas a estes espaços, já que uso habitacional também é admitido na categoria dos *espaços centrais* [artigo 25.º, n.º 1, alínea a)], que correspondem a áreas urbanas de *usos mistos* que integram *funções habitacionais* e uma *concentração diversificada de atividades terciárias*, desempenhando, pelas suas características, funções de centralidade. Neste caso, são todas estas atividades (habitacional e terciárias) que são consideradas dominantes, ao contrário da categoria anterior (onde o uso dominante é o habitacional).

Também se admite uso habitacional em *espaços urbanos de baixa densidade* [artigo 25.º, n.º 1, alínea e)], espaços que correspondem igualmente a uma categoria de solo urbano, mas com características híbridas de uma ocupação de caráter urbano-rural].

Sem prejuízo de o uso habitacional ser, como se conclui pelas linhas anteriores, um típico *uso urbano*, que deve, por isso, estar localizado preferencialmente em categorias que integram, de acordo com os planos, o solo urbano, o nosso legislador admite que possa coexistir uso habitacional em solo rústico, prevendo inclusive categorias de espaços em que tal usos é o dominante. É o caso dos *aglomerados rurais*, que correspondem a áreas edificadas em solo rústico, com utilização predominantemente

¹¹ Quanto aos equipamentos, que devem ter localização preferencial em solo urbano, os mesmos podem ser integrados ora em categorias especificamente a eles destinados (*espaços de uso especial equipamentos*) — esta é a solução mais adequada aos equipamentos de grande dimensão —, ora em *outras categorias de solo* — o que faz sentido numa ótica, que se pretende promover, de multifuncionalidade dos espaços e complementaridade de funções referida no texto. A não ser que o equipamento se mostre incompatível com os usos admitidos. Essa incompatibilidade pode fundamentar-se, entre outras, em razões de *ordem funcional* (acessibilidades, tráfego gerado), de *ruído*, etc.

habitacional e de apoio a atividades localizadas em solo rústico, dispondo de infraestruturas e de serviços de proximidade, mas para os quais não se adequa a classificação de solo urbano, seja pelos direitos e deveres daqui decorrentes, seja pela sua fundamentação na estratégia do plano territorial de âmbito intermunicipal ou municipal. Para estes espaços prevê-se que o plano diretor municipal defina um regime de uso do solo que garanta a sua qualificação como espaços de articulação de funções habitacionais e de desenvolvimento rural e a sua infraestruturação com recurso a soluções apropriadas às suas características [artigo 25.º, n.º 1, alínea d)]¹²

Esta diferente realidade em termos de localização da habitação (que tanto pode estar localizada em solos urbanos como em solos rústicos) é expressamente assumida pelo artigo 14.º da LBH que distingue o *habitat urbano* do *habitat rural*, conceitos que têm necessariamente de ser interpretados em consonância ou em articulação com o regime de uso do solo definido nos instrumentos de planeamento territorial.

3.2. Os planos como instrumentos de ponderação das necessidades habitacionais

Os planos territoriais, para além da localização das habitações, da sua quantidade, das características tipológicas dos edifícios e da sua utilização bem como da definição das condições essenciais das áreas onde estão inseridas, surgem igualmente como instrumentos relevantes

¹² O mesmo pode suceder com as *áreas de edificação dispensa* [artigo 23.º, alínea e) do Decreto Regulamentar n.º 15/2025]. Isto para além da eventual existência de edificações em solo rústico, ou porque são admitidas em termos excecionais (por exemplo, nas zonas rurais com utilização agrícola, inseridas na reserva agrícola nacional – Decreto-Lei n.º 73/2009, de 31 de março –, onde se admite a construção para fins habitacionais limitada a pessoas que comprovem, perante as entidades administrativas competentes, a sua ocupação como agricultores) ou porque já existiam no território antes do plano e a área em que se inserem não detêm as características necessárias para serem classificadas como solo urbano. Neste caso, teremos edifícios habitacionais fora dos perímetros urbanos, edifícios esses que não terão, naturalmente, nem podem ter, do ponto de vista do ordenamento do território, as mesmas condições das habitações situadas em solo urbano (designadamente em termos de infraestruturas que as servem). Sendo esta uma situação que deve ser evitada no futuro (a situação de edificação habitacional dispersa no território), ela não pode ser ignorada relativamente a edifícios preexistentes (que tiram partido do princípio da garantia do existente prevista no artigo 60.º do RJUE), devendo por isso ter um tratamento e um enquadramento adequados nos instrumentos de planeamento territorial, de modo a garantir dimensões essenciais do direito à habitação, como a possibilidade de acesso a serviços e equipamentos (que, nestes casos, não existirão naquela área, pelo que a garantia de acesso tem de ser efetivada por outras vias, no limite, com facilidade de acesso por via de transportes).

para garantir uma *cidade (espaço urbano) para todos*, posicionando-se, desde modo, como instrumentos que garantem integração e coesão social (incluindo no que concerne à satisfação do direito a habitação). E isto porque o procedimento de elaboração de um plano é um procedimento de ponderação de interesses, onde assume particular relevo a ponderação, quer do ponto de vista quantitativo quer qualitativo, dos *interesses (necessidades) habitacionais da população*, em especial daquela que é socialmente mais desfavorecida, podendo tais planos integrar, na sua regulamentação, como solução para os problemas habitacionais, *standards* relativos a estas necessidades. Precisamente para dar cumprimento a estas exigências a LBH prevê que os municípios possam elaborar e aprovar *Cartas Municipais de Habitação*, as quais, segundo esta lei, devem ser articuladas, no quadro do plano diretor municipal, com os restantes instrumentos de gestão do território e demais estratégias aprovadas ou previstas para o território municipal.

Prevê também a LBH que esta Carta integre, quando necessário, uma *declaração fundamentada de carência habitacional*, que, para além conceder ao município prioridade no acesso a financiamento público destinado à habitação, reabilitação urbana e integração de comunidades desfavorecidas, o habilita a reforçar as áreas destinadas a uso habitacional nos planos territoriais e a condicionar operações urbanísticas privadas ao cumprimento das metas habitacionais municipais para habitação permanente e a custos controlados. Refira-se, a este propósito, e a título de exemplo, o Plano Diretor Municipal do Porto, que integrou algumas soluções para dar resposta a carências habitacionais existentes na cidade, fruto das políticas de reabilitação e regeneração que aí foram levadas a cabo nos últimos anos e que acabaram por promover quase em exclusivo a fixação de usos turísticos e potenciado o recrudescimento de fenómenos de especulação do mercado imobiliário. Esta evolução dos preços, face aos rendimentos da população, fez com que a habitação, em certas áreas da cidade, se tenha tornado cada vez mais inacessível, substituindo proprietários nacionais por estrangeiros, com capital e rendimentos elevados, e residentes habituais, por temporários, num processo referido como “supergentrificação”, “gentrificação transnacional”

e “gentrificação turística”¹³. O Plano Diretor Municipal, com vista a reverter esta situação, integrou algumas soluções que têm como objetivo essencial atrair população, especialmente da classe média, para a viver na cidade, em consonância com a necessidade de garantir o acesso à habitação aos que não têm resposta por via do mercado e ainda outras soluções que têm a concretização do direito à habitação como objetivo.

Uma dessas soluções é a do designado de *zonamento inclusivo*¹⁴, mecanismo aplicável a certas zonas da cidade mais sujeitas a processos seletivos de exclusão e segmentação residencial por efeito do forte aumento dos preços de mercado imobiliário e que visa garantir a disponibilização de habitação acessível através do mercado imobiliário privado (artigo 142.º). Este mecanismo aplica-se em operações urbanísticas de nova construção, ampliação e alteração de uso das quais resulte um edifício com uma área edificação superior a determinados limites fixados no plano, e traduz-se ou na obrigatoriedade de afetação, nessa operação, de uma percentagem para habitação acessível pelo prazo mínimo de 25 anos (disponibilização de unidades habitacionais) ou na cedência de solo com capacidade edificativa equivalente ou o pagamento de valor monetário, a reverter para um Fundo Municipal de Sustentabilidade Ambiental e Urbanística, de acordo com as condições previstas em

¹³ Luis Mendes et al, “Gentrificação Transnacional, Novas Procuras Globais e Financeirização do Mercado de Habitação em Lisboa”, in. Ana Cordeiro Santos (org.), *A nova questão da habitação em Portugal: uma abordagem de economia política*, Actual, Lisboa, 2019, pp. 111-141.

¹⁴ O *zonamento de inclusão* (*inclusionary zoning*) foi originariamente adotado no ordenamento jurídico norte-americano, visando garantir a inserção de camadas da população desfavorecida em determinadas áreas urbanas, através da imposição à iniciativa privada de disponibilização de habitações a preços acessíveis ou de inclusão de uma percentagem mínima de unidades de habitação destinada a famílias de rendimentos baixos, em alguns casos fazendo-as acompanhar de ajudas federais. A técnica da *inclusionary zoning* pretendeu ser a superação de outras que, a coberto de regularem a ocupação dos solos, funcionaram como autênticas práticas de segregação urbana e de exclusão de minorias raciais pobres: *covenants*; *redlining*; fixação de parcelas mínimas edificáveis; limitação do número de habitações a construir; construção de casas monofamiliares isoladas com recusa de construção de habitações plurifamiliares; ausência de áreas reservadas para habitação social ou de rendas baixas; e *exclusionary zoning*.

regulamento municipal¹⁵, os quais serão posteriormente destinados para a mesma finalidade.¹⁶

Para além de procurar dar resposta às necessidades habitacionais sentidas na cidade — o que comprova o papel do planeamento neste domínio —, estas soluções potenciam a coexistência de *tipologias de habitação destinadas* a estratos sociais diferentes (mais favorecidos e menos favorecidos), com o que se potencia a convivência, num espaço comum, de pessoas pertencentes a classes sociais ou grupos culturais distintos, promovendo uma *maior riqueza do tecido social* e o fortalecimento da *respetiva coesão*.

Deste modo se dá cumprimento às exigências de inclusão e a coesão social, que, nos termos do n.º 6 do artigo 16.º da LBH, pode também ser alcançada através da mobilização de recursos públicos para habitação economicamente acessível em áreas centrais e consolidadas e do desenvolvimento de empreendimentos para pessoas com diversos tipos de rendimento.

Conclusão

Decorre do que foi referido nas linhas precedentes que os instrumentos de planeamento territorial e urbano se apresentam, entre nós, como instrumentos relevantes para a prossecução das políticas de habitação e, desde modo, de concretização de um dos direitos humanos mais relevantes: o direito à habitação. A integração destas políticas nos planos não deixa de corresponder, de certo modo, a uma alteração do *paradigma tradicional de planeamento urbanístico*, que dava atenção quase exclusiva

¹⁵ Regulamento Regulamento Perequativo de Edificabilidade e de Encargos Urbanísticos.

¹⁶ Este plano contém, ainda, mecanismos de incentivo com os mesmos objetivos do zonamento inclusivo. É o caso do artigo 143.º, que prevê que as operações urbanísticas que destinem pelo menos 25 % da sua edificabilidade a habitação acessível por um prazo mínimo de 25 anos gozam de majoração do índice de edificabilidade de 0,2 nas áreas de blocos isolados de implantação livre e áreas de atividades económicas de tipo II, até ao máximo respetivamente de 1,2 e de 1,6 e de redução de encargos urbanísticos, a fixar em regulamento municipal. É o caso do artigo 144.º, destinado a fomentar a regeneração de áreas de habitação social. De acordo com este artigo, as operações urbanísticas que tenham como finalidade a regeneração de áreas de habitação social e em que se verifique a manutenção de, pelo menos, 75 % da edificabilidade preexistente como habitação social, gozam de majoração do índice de edificabilidade de 0,2 nas áreas de blocos isolados de implantação livre até ao máximo de 1,2 e de redução de encargos urbanísticos, a fixar em regulamento municipal.

à proteção do direito de propriedade e olhava para a construção de habitações numa perspetiva predominantemente economicista (como um sector da atividade económica), em vez de a conceber numa perspetiva social (atendendo ao seu carácter de direito fundamental) e, portanto, perspetivando este direito como um verdadeiro direito humano.

PROTECÇÃO DAS CRIANÇAS REFUGIADAS

Pelo Prof. Doutor Fernando José Silva

*Uma criança Pode ser refugiada ou migrante
mas uma criança é uma criança*

UNICEF — Portugal

I. Introdução

Um compêndio sobre direitos humanos não fica completo sem uma reflexão acerca dos direitos da criança.

O reconhecimento dos direitos humanos, hodiernamente, não pode prescindir de uma visão global da pessoa humana em qualquer fase de desenvolvimento. As ultimas décadas dos Sec. XIX ficam marcadas por uma revolução em matéria dos direitos da criança. Com a assumpção da ideia fundamental que toda a criança é, por esse facto, um sujeito autónomo de direitos, considerada como pessoa completa, titular de um conjunto de direitos, consagrados e protegidos pelo facto de a criança, pela sua natureza, justificar uma protecção ampla e completa¹.

¹ **Armando Leandro**, *Protecção dos direitos da Criança em Portugal, Direitos da criança — Corpus Iuris gentium Conimbrigae*, Coimbra ed. 2004, pp. 102 e ss. reporta-se ao reconhecimento dos direitos da criança como direitos humanos.

O Sec. XXI tem sido marcado por diversos movimentos migratórios forçados em que as famílias são obrigadas a abandonar as suas casas, as suas cidades, as suas vidas, procurando sobrevivência, muitas vezes tentando proteger os seus filhos. A fuga massiva de pessoas, provocada por cenários de guerras, de fome, de miséria, de perseguições, de lutas de poder tem provocado que em países como o Sudão, a Síria, o Quênia, o Senegal, a Venezuela, ou mais recentemente a Ucrânia, muitas pessoas deixem os seus países, os seus bens, e, arrastando aqueles que lhe estão mais próximos, atravessem fronteiras e oceanos e se lancem numa sorte que muitas vezes culmina com a morte.

A Agência da ONU para os refugiados (ACNUR) estima que em 2020 existiam mais de 30 Milhões de refugiados no Mundo e que metade dos refugiados fossem crianças.

Em cenários de luta pela sobrevivência, em que as pessoas percorrem quilómetros sem conhecer o destino, na busca de uma salvação, os mais desprotegidos e vulneráveis são aqueles que, pelas limitações físicas da idade, menos estão preparados para suportar as agruras dos cenários de refugiados, sem lar nem pão — as crianças. O impacto dos efeitos destas deslocações, coloca as crianças numa vulnerabilidade acrescida, sujeitas à exploração, a vários tipos de violência, de recrutamento militar, de tráfico, de negligência e de todo o tipo de abusos.

Tal cenário, confere uma obrigação acrescida aos vários Estados, de assegurarem a especial protecção daqueles que por serem mais vulneráveis e também mais incapazes de assegurarem a sua protecção, ficam à mercê de um destino incerto.

A obrigação dos Estados em promover a protecção das crianças e dos seus direitos e o seu compromisso com o dever de protecção integral e aplicabilidade do direito da criança como afirmação do direito Internacional dos Direitos Humanas, impõe medidas concretas e céleres de assegurar a defesa dos direitos de todas as crianças.

Uma realidade afigura-se como incontornável, enquanto assistirmos a imagens como a do pequeno Aylan Kurdi, a criança síria que o New York Times mostrou ao mundo, pela câmara do repórter, estendida, na praia, de rosto prostrado, sem vida a ser cumprimentada pelas ondas do

mar, significa que o Mundo não está a cumprir a sua função de garantir a protecção das suas crianças².

Importa reflectir, neste tempo complexo, marcado por constantes mutações migratórias, de globalização, de aproximação e mistura de culturas, sobre o papel do Estado e o estatuto das crianças refugiadas.

II. O estatuto das crianças refugiadas

A Convenção dos Direitos da Criança³ define, no seu artigo 1.º, que criança “é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”. Ser criança, segundo a Convenção, é um estado pessoal, que se adquire de forma automática em função da idade.

As crianças refugiadas são aquelas que foram obrigadas a deixar o seu país de origem ou de residência, devido a perseguições sistemáticas, seja provocado por cenários de guerra, seja por atitudes persecutórias, motivadas por questões raciais, religiosas, étnicas, políticas, ou quaisquer outras, capazes de provocar o medo e de as forçar a abandonar, por sobrevivência, o seu país.

As crianças refugiadas estão deslocadas, vendo comprometida a sua vida, a sua saúde, o seu bem estar, o seu desenvolvimento e sobretudo a sua educação. A criança refugiada, por força dessa dupla condição, encontra-se num espaço de maior vulnerabilidade, pois, além da categoria migratória, que, só por si, a deixa sem um tecto, sem uma referência, sem uma ligação, parecendo não pertencer ao espaço em que se integra, depara-se com a sua condição de reduzida idade, carente de protecção específica para o seu desenvolvimento pleno.

A verdade é que a criança refugiada, antes de mais, é criança, estatuto que adquire pelo simples facto de não ter atingido os 18 anos de idade. E por isso, apenas por isso, tem direito de ser criança, o que pressupõe

² Imagem mostrada ao mundo pela câmara do repórter do The New York Times em 2016

³ Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 20 de Novembro de 1989.

o direito de ser protegida como criança e de reclamar dos Estados a sua protecção integral, sem limites, sem condicionantes, sem objecções⁴.

O estado de elevada vulnerabilidade agrava-se no caso das crianças desacompanhadas, considerando como tal, aquelas que se deslocam no fluxo migratório sem estarem acompanhadas por nenhum adulto responsável.

O fenómeno migratório na era global, considerando as suas causas e os seus efeitos consubstancia um foco elevado de perigo para as crianças, muitas vezes lançadas na sorte do seu destino, sem apoio, sem lar, sem amor, sem protecção. As crianças refugiadas são crianças, com sonhos, com desejos, com vontade, com necessidades.

Desde a entrada em vigor da Convenção dos Direitos das Crianças, que os Estados signatários assumiram um compromisso mútuo de promover a protecção dos direitos da crianças, qualquer que seja a sua nacionalidade, a sua idade, o seu sexo, a sua religião, a sua raça, passando a tratar as crianças como suas, todas as crianças como suas. Neste contexto, a obrigação solidária dos diversos Estados membros das Nações Unidas assenta em assegurar a protecção das crianças que estejam no espaço territorial que integre os seus limites geográficos, da mesma forma, nos mesmos termos que protege as crianças nacionais e bem assim como exigir que os restantes Estados⁵ actuem da mesma forma. A questão principal é que os Estados têm de proteger as crianças, todas as crianças, simplesmente porque são crianças.

III. A obrigação da protecção das crianças refugiadas à luz da Convenção dos Direitos das Crianças

A Convenção dos Direitos da Criança configura um instrumento de consagração de direitos humanos, que se afirmou como um marco histórico no reconhecimento da criança enquanto ser completo, autónomo e titular de um conjunto de direitos que lhe conferem um estatuto

⁴ A génese dos direitos da criança pressupõe o direito de ser criança no tempo de ser criança, o que significa que as crianças não devem ser protegidas por virem a ser os homens de amanhã, mas por serem as crianças de hoje.

⁵ Consagrando um verdadeiro princípio de responsabilidade solidária e de obrigação recíproca de intervenção na matéria da protecção dos direitos das crianças.

próprio, considerando e integrando a criança como parte inteira no âmbito dos direitos do homem. Assinalando uma revolução em termos de reconhecimento e consagração da criança enquanto centro autónomo de imputação de direitos, dando expressão ao reconhecimento já iniciado 30 anos antes, quando a Assembleia geral das nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos da Criança⁶.

Além do reconhecimento e configuração do estatuto da criança, enquanto sujeito de direitos próprios, a Convenção consagrou força jurídica internacional aos direitos da criança, tornando os Estados partes (hoje apenas os Estados Unidos da América não ratificaram a Convenção⁷) em sujeitos juridicamente responsáveis pela realização dos direitos da criança, vinculando-os a operar medidas com vista à consagração efectiva dos direitos consagrados na Convenção. O que significa que os Estados signatários ou ratificantes da Convenção não têm apenas a função de fiscalização e responsabilização dos comportamentos dos outros, antes assumindo obrigações próprias no que tange à necessidade de agir por forma a cumprirem o seu compromisso de respeitar, zelar e proteger os direitos das crianças.

Os cenários de guerra, de perseguição étnica, religiosa, a violência generalizada e, em geral, os conflitos políticos configuram entraves à consagração efectiva dos direitos humanos e principalmente aos direitos das crianças. Parafraseando Kofi Annan, no seu discurso de comemoração dos 10 anos da Convenção sobre os direitos das crianças, na qualidade de Secretário geral da ONU: *“A Convenção é o instrumento de direitos humanos do Séc. XX que foi ratificado mais rapidamente e por mais países. A sua ratificação quase universal é uma enorme vitória, não só para as crianças do mundo inteiro como para a própria humanidade”*, no entanto, *“Persistem enormes obstáculos que impedem a realização universal dos direitos das crianças, um objectivo tão fácil de declarar e tão difícil de alcançar”*.

Uma criança que se encontre em condição de refugiada é, por natureza, uma criança cujos direitos essenciais, consagrados na Convenção universalmente subscrita, se encontram ameaçados, se não mesmo,

⁶ Reis Monteiro, *A Revolução dos Direitos da Criança*, Campo das Letras, 2002, fala de um novo Direito da infância que assenta no “reconhecimento da plenitude da personalidade jurídica da criança, do primado do seu interesse superior e da sua progressiva capacidade de exercício autónomo dos seus direitos.”, p. 162.

⁷ Devido ao facto de consagrarem, em alguns estados a execução de menores.

imediatamente lesados. Conferindo aos Estados uma real e efectiva vinculação de intervenção imediata, no sentido de assegurar que as situações de perigo sejam debeladas e as crianças sejam colocadas em circunstâncias de verem salvaguardados os seus direitos. O que se reclama dos Estados não são discursos, nem medidas legislativas, nem intervenções políticas, ainda que a jusante de uma intervenção concreta se espere uma intervenção de fundo no sentido de apelar à cessação das situações que colocam as crianças em perigo e as obrigam a iniciar um fluxo migratório, abandonando a sua pátria, as suas raízes, os seus amigos e tanta vez a sua família, o que se pretende é a assumpção de medidas imediatas, de intervenção concreta com as crianças que se encontram em condições de refugiadas. Tais crianças devem ser tratadas como se fossem nacionais do país ao qual chegam, pois o conceito de criança não tem fronteiras.

A UNICEF tem traçado directrizes para as intervenções concretas sobre as crianças refugiadas, decorrente da evidência dos direitos das mesmas que se encontram afectados devido à sua condição de refugiados. Tais directrizes, atenta a natureza da Convenção e o compromisso mútuo e solidário que os Estados que a adoptaram assumiram, devem ser interpretadas como obrigações de intervenção imediata, fundando a sua essência nos princípios internacionais em matéria de protecção das crianças.

Destacam-se como pontos de acção para a garantia da protecção das crianças migrantes e da protecção dos seus direitos (a partir dos quais desenvolveremos o reflexo dos princípios orientadores da protecção):

1. Cessar com a detenção de crianças requerentes do estatuto de refugiadas ou migrantes.

A situação coloca-se principalmente com as crianças migrantes desacompanhadas. Multiplicam-se por esse mundo fora actos de diversos Estados que, em situações desta natureza, detêm as crianças, as

obrigam a regressar ao lugar de origem, as relegam para o desamparo, para o perigo, tratadas como apátridas, sem abrigo, sem protecção⁸.

A intervenção a realizar deve partir do princípio que aquela criança tem o direito de reclamar de qualquer Estado a sua protecção, a sua tutela e uma intervenção protectora. Neste diapasão, aos Estados, exige-se que sejam colocadas alternativas de carácter prático que possam assegurar que aquela protecção é efectuada.

Toda a criança refugiada, por se encontrar nessa condição, deve ser considerada como criança em perigo, exigindo medidas práticas de natureza cautelar. A intervenção deve ser direccionada num triplo sentido, que se traduz em outras tantas etapas de intervenção:

- a) Em primeiro lugar, estando a criança em perigo, a medida que se impõe é a intervenção para remover esse perigo, retirando a criança da exposição ao perigo. O que pressupõe acolher em vez de deter.
- b) Em segundo lugar, afastada a criança do perigo, deve ser assegurada a sua recuperação dos efeitos nefastos que o perigo a que esteve exposta causou na sua pessoa, sejam ao nível de lesões físicas, no corpo, na saúde física ou psíquica.
- c) Por fim, tratada a criança, recuperada a criança, deve ser conferido tempo para definir um projecto de vida daquela criança, aferindo se as situações de perigo estão definitivamente debeladas, e se a criança está em condições de ser restituída ao seu meio natural de vida. Neste ponto, destaca-se o direito essencial da criança à família. O projecto de vida integra a necessidade de apurar se a sua família biológica reúne condições para assegurar o seu desenvolvimento psicossomático daquela criança ou se, pelo contrário, devem ser encetados esforços para assegurar que será entregue a uma família, devidamente seleccionada, para a acolher, amar e cuidar.

⁸ Jacqueline Bhabha, *Child Migration and Human Rights in a Global age*, Princeton University Press, 2014, apresenta relatos diversos de crianças rejeitadas no país de destino, mencionando que as crianças migrantes carecem de cuidados familiares e posteriormente como migrantes, que aqui deixamos traduzido — ***eles gritaram para eu não me mexer, o que me deixou muito nervoso, Depois eu fui questionado. Eu fui colocado num camião e voltámos para a fronteira. Ninguém me perguntou se eu estava com medo de voltar ao México. Os camiões apenas nos expulsaram e descarregaram.***

As intervenções detentivas devem dar lugar às medidas de protecção e acolhimento. Um Estado que pratica medidas dessa natureza transforma-se num Estado agressor em vez de protector, desviando-se de forma grosseira das suas obrigações essenciais.

A grande Revolução operada pelo espírito reformador da Convenção assentou no facto de, definitivamente, a criança passar a ser considerada como o sujeito dos direitos e não como objecto de direitos. Identificando-se a criança como sujeito autónomo de direitos, visto como sujeito completo, titular de direitos próprios, numa consagração da plenitude da Personalidade Jurídica da Criança. Falamos de uma nova ética da infância, que reconhece à criança uma plenitude da cidadania, com especificidades, condições e exigências próprias. Uma criança refugiada deve ser encarada com uma criança vítima de ausência de protecção, o que significa que, se, por ventura, a mesma se encontra num espaço territorial de um país, deve ser encarada como uma criança a quem todos os mecanismos de protecção e de respeito e promoção dos seus direitos falharam, pelo que a missão que se impõe ao Estado no qual a criança se encontre é de acolhimento, de protecção e não de repúdio. Aquela criança deve ser equiparada a criança nacional daquele Estado e estando numa situação de acrescida vulnerabilidade deve ser sujeita a medidas de protecção, as quais são incompatíveis com actos de expulsão ou repatriamento.

Um dos princípios orientadores da protecção das crianças é o Princípio da Sobrevivência e desenvolvimento⁹, tal princípio, traduz a primeira e fundamental exigência de um regime de protecção das crianças — o direito à vida. Todos os Estados assumem a obrigação de manter condições para a vida e desenvolvimento de cada criança, em condições de dignidade humana. Tudo se afirmando numa abordagem em termos de solidariedade. Deter crianças, expulsar crianças, restituir crianças à sua origem, configura uma forma de repudiar a tutela dos seus interesses mais elementares.

2. Manter as famílias juntas como melhor forma de assegurar a protecção das crianças

No núcleo essencial dos direitos da criança configura-se o reconhecimento do direito da criança a ter uma família, com base no qual, os Estados

⁹ Princípio consagrado no art.º 6.º da Convenção, que vincula os estados esse reconhecimento

se obrigam a integrar um plano de protecção das crianças que envolva a tutela da própria família. A família reveste a natureza de célula social protectora das crianças que nela nasce e se integra, revelando importância fundamental como elemento da sociedade, configurando lugar privilegiado para trocas de afectos e formação adequada da personalidade¹⁰.

Naturalmente que, numa primeira etapa, importa aferir se a família onde a criança nasceu e se encontra integrada cumpre o estatuto de verdadeira família, ou seja, da família que ama, cuida e protege, no fundo, se podemos descortinar uma confusão entre a família biológica e a família dos afectos.

Sendo essa a família da criança, a forma de assegurar a protecção da criança envolve a sua integração junto da família. A protecção conferida à criança tem de envolver a sua plenitude, as suas relações primárias e essenciais. Não se pode enquadrar uma possível actuação de protecção da criança se não for promovida a tutela dos seus pais, irmãos e outra família nuclear que, muitas vezes, assume o estatuto de refugiado migrante para encontrar espaço de paz e acautelar a defesa das suas crianças, colocando em perigo a própria vida para assegurar a sobrevivência dos filhos.

Não se vislumbra a protecção das crianças sem assegurar paralelamente e com a mesma intensidade a defesa dos interesses daqueles que configuram o seu amparo, a sua base de apoio. Separar a criança da família, ainda que se promova o acolhimento daquela, significa violar frontal e radicalmente os seus mais elementares direitos.

As soluções que venham a ser encontradas não se confinam a isolar a criança e direccionar para a sua esfera jurídica os meios de protecção, a esfera de protecção deve ser ampla, e abrangente e envolver a criança como um todo, considerando o seu núcleo familiar.

Configura uma obrigação dos Estados o acolhimento e protecção das crianças refugiadas e das famílias que as acompanham.

¹⁰ **Armando Leandro**, *Protecção dos direitos da Criança em Portugal, Direitos da criança — Corpus Iuris gentium Conimbrigae*, Coimbra ed. 2004, pp.110 e ss destaca o papel de relevo da família a vários níveis.

3. Proteger as crianças refugiadas e migrantes da exploração e da violência, em especial as crianças não acompanhadas.

A situação de especial vulnerabilidade a que a criança se encontra pressupõe uma intervenção concreta, que passa por afastar a criança dos cenários de perigo que possam comprometer o seu bem estar, o seu são desenvolvimento, a sua integridade física, psíquica, sexual ou outra.

Os Estados devem ser implacáveis na punição daqueles que pratiquem actos de lesão abusiva dos interesses mais elementares das crianças, mas sobretudo, intervir com prioridade na adopção de medidas que pressuponham a colocação da criança a salvo de todo o tipo de predadores.

A intervenção mais urgente do Estado pressupõe colocar a criança a salvo de agressões. O que exige uma graduação do tipo de medidas que tenham de ser praticadas nesta matéria, que podem passar por: **a)** manter as crianças sob a custódia e protecção daqueles que a acompanhem e que se mostrem com capacidade de assumir a função de guardiães dos seus interesses; **b)** conferir medidas de apoio aos que, exercendo a protecção das crianças, possam apresentar sinal de desgaste, cansaço ou falta de capacidade para o assegurar de forma eficaz; **c)** direccionar medidas de acolhimento especial para as crianças que se encontrem sozinhas.

A intervenção dos Estados em relação às crianças refugiadas deve ser preventiva e não reactiva. O objectivo não pode ser apenas o de assegurar meios de reacção e responsabilização daqueles que adoptem comportamentos lesivos da crianças, mas impedir que as crianças venham a ser vítimas deste tipo de comportamentos.

A intervenção a efectuar deve promover a valorização da infância para acalantar o grito abafado daquelas crianças que estão privadas do mínimo de afecto e assegurar a sua especial e ilimitada protecção de todos os comportamentos que possam configurar formas de maus tratos, de abandono ou desamparo e de todas as situações susceptíveis de colocar em perigo a saúde, a segurança, a educação ou bem estar da criança¹¹.

Um Estado que não consiga criar condições que impeçam a prática de comportamentos abusivos, lesivos e violentos contra as crianças estará

¹¹ Sérgio Domingos, *A criança como sujeito de direitos*, Revista da Associação dos defensores Público do distrito federal, Ano 3, n.º 3. Dez 2008, pp. 60 e ss.

a incumprir a sua função, tornando-se igualmente cúmplice pelos actos que a criança venha a sofrer.

4. Garantir o acesso continuado à aprendizagem — educação formal e não formal — de todas as crianças refugiadas e migrantes e assegurar-lhes acesso a serviços de saúde e outros de qualidade

Onde houver uma criança refugiada deve conceber-se um plano urgente de intervenção que assegure o respeito por dois dos mais elementares e específicos direitos das crianças — o direito à educação e o direito à saúde.

Tal realidade deve ser concebida não como um reflexo natural dos direitos do homem extensíveis às crianças, mas como direito que integra o estatuto próprio da criança e o seu núcleo essencial enquanto titular de direitos próprios.

A organização de um Estado não pode dispensar a concretização de uma política de educação. Os membros de uma sociedade apenas conseguem obter a sua integração plena se a comunidade estiver organizada de forma a reconhecer um plano de formação e educação adequado a integrar as crianças no âmbito do quadro axiológico vigente.

As crianças refugiadas têm de ser acolhidas e integradas, qualquer política de integração pressupõe a existência de um sistema educativo que proporcione a todos o acesso a um regime de educação estruturado.

Cada Estado deve proporcionar a todas as crianças que tenha a seu encargo, independentemente de serem oriundas dessa nação ou de a ela terem chegado por via de um fluxo migratório, decorrente da condição de refugiada, um sistema de educação capaz de proporcionar a cada criança os conhecimentos essenciais e uma formação adequada para viver segundo os valores dominantes.

A Convenção dos Direitos da Criança determina, no seu art.º 28.º, o reconhecimento do direito à educação a todas as crianças em circunstâncias de igualdade de oportunidade, o que pressupõe o acolhimento do direito à educação como direito de ordem social fundamental e inalienável.

Os Estados não devem deixar de assumir a função prioritária de assegurar o direito ao ensino e à educação, como forma de integração plena das crianças. Na certeza que a função de educação deve ser encarada como uma visão universal, reconhecendo-se que o direito à educação constitui um pilar fundamental na formação da humanidade.

Esta universalidade pode justificar-se porque: **a)** Os Estados devem reconhecer que todas as crianças devem ter igual direito nesta matéria; **b)** Tal função configura uma veículo essencial de evitar a exclusão social; **c)** Configura uma forma de construção de uma sociedade mais justa e equilibrada.

A educação deve ser encarada de uma forma global e abrangente, não centrada estritamente na visão direccionada para o ensino. Parafraseado katarina Tomasevsky, o direito à educação deve ser encarado como uma ética, inscrita na ética do ser humano, a qual se revela obrigatória para toda a educação e em toda a parte. Afigurando-se como uma ética marcada pela projecção da educação no plano dos direitos humanos.

Devendo o conceito da educação ser entendido de forma universal, em obediência à determinação decorrente do Congresso da Liga Internacional para a Educação Nova (Nice 1932) que definia educação como “favorecer o desenvolvimento tão completo quanto possível das aptidões de cada pessoa, ao mesmo tempo como pessoa e como membro de uma sociedade.”

No que tange ao direito à saúde, a recomendação feita tem apanágio, nomeadamente, no art.º 24.º da Convenção dos Direitos das Crianças, que vincula os Estados a reconhecer o direito de todas as crianças gozarem do melhor estado de saúde possível. As crianças refugiadas, pela maior vulnerabilidade, pela sua sujeição a perigos especiais, que comprometem a sua saúde e o seu bem estar, reclamam um acrescido dever de assegurar os serviços de saúde necessários e de lhes conferir serviços médicos.

Os problemas de nutrição, o desgaste provocado pelas agruras da fuga, pelo deslocamento, sujeita a criança a uma exposição a factores de risco para a sua saúde física e psíquica, que faz recair sobre os Estados Partes a necessidade de adoptarem medidas reforçadas de modo a garantir a protecção plena da criança, com o assegurar uma protecção adequada à sua saúde e bem estar.

Qualquer criança que se encontre em território de um Estado parte deve beneficiar do máximo apoio, da tutela integral que assegure que a sua saúde e o seu desenvolvimento psicossomático não serão afectados por falta de acolhimento e de ser assegurado o acesso aos serviços básicos de saúde.

5. Pressionar para que sejam tomadas medidas destinadas a combater as causas subjacentes aos movimentos de refugiados

Paralelamente a medidas específicas e concretas destinadas, de imediato a colocar cobro às situações que possam ameaçar o bem estar, a vida, a integridade física, a educação ou a saúde de alguma criança que, devido à sua condição de refugiada, se imponha a um Estado, regista-se toda uma vinculação de a montante exercer uma pressão política destinada a colocar fim a situações desta natureza.

Mais do que em qualquer outra situação, os interesses superiores das crianças exigem medidas de carácter preventivo, com eficácia suficiente para impedir que as situações de perigo se possam verificar na prática.

A diplomacia internacional obriga os Estados a adoptar medidas específicas para combater situações que proporcionem a obrigação de as crianças saírem da sua terra, do seu país, das suas casas e de exigir dos outros Estados a adopção de medidas adequadas para garantir que não sejam provocados efeitos desta natureza.

6. Promover medidas de combate à xenofobia, a discriminação e a marginalização em países de trânsito ou de destino

Um dos pilares nos quais se alicerçam as políticas de protecção dos direitos das crianças assenta no princípio da não discriminação, no reconhecimento que as crianças são todas iguais, independentemente do seu sexo, da sua religião, da sua idade, da sua raça, das suas origens. Os fenómenos migratórios, forçados ou voluntários conduzem a uma necessidade de reconhecimento da criança de um espaço de afirmação das crianças à escala mundial¹².

A obrigação dos Estados estabelece-se perante as crianças, todas as crianças, de igual forma.

Quando uma criança chega a um Estado, oriunda de um processo migratório, a obrigação dessa nação é de acolher essa criança e de aceitar a sua diferença, as suas características.

¹² Fernando Silva, *A Convenção sobre os direitos da criança*, Revista da Associação dos defensores Público do distrito federal, Ano 3, n.º 3, Dez 2008, p. 144 desenvolve a relevância de destacar este princípio em tempos de conflitos e migrações forçadas.

Apenas faz sentido assumir a orientação pelo princípio do superior interesse da criança se tal critério de decisão e intervenção for interpretado no sentido de se assumir que essa forma de decidir e intervir assenta no entendimento que a criança tem reconhecido esse estatuto pelo facto de ser criança.

O Estado não pode distinguir a sua política de protecção das crianças em função da sua origem e das suas raízes.

IV. Conclusão

As vivências experimentadas pela realidade das crianças refugiadas demonstra que, em matéria de protecção efectiva às crianças deslocadas da sua terra, do seu lar e muitas vezes da sua família, se verifica uma violação grave dos seus direitos.

Muitas vezes as intervenções que se fazem sentir neste âmbito revelam que outros interesses estaduais se fazem erguer, fazendo esquecer que apenas o interesse das crianças conhecem consagração universal como sendo superiores. A afirmação total e plena das crianças, mormente as que estão desacompanhadas, em situação de refugiadas, obriga a uma reformulação das políticas de intervenção, na certeza que existe um longo caminho por fazer.

Um Estado que não consiga afirmar-se como um defensor inquestionável e indefectível da consagração dos direitos da criança representa uma nação que se encontra longe de assegurar a plenitude dos direitos humanos.

DIREITO PENAL E DIREITOS HUMANOS

Confronto, Contenção, Simbiose dos Sistemas e os desafios dos fluxos migratórios

Pelo Prof. Doutor Germano Marques da Silva

SUMÁRIO: Introdução; 1. Democracia, direito penal e direitos humanos; 2. Confronto, contenção e simbiose entre o direito penal e os direitos humanos; 2.1. As fontes normativas e a sua leitura e interpretação atualistas; 2.2. Conflito entre o direito penal e os direitos humanos; 2.3. Contenção do direito dos direitos humanos pelo direito penal; 2.4. Simbiose entre o direito dos direitos humanos e o direito penal e a promoção dos direitos humanos pelo direito penal; 3. Direitos humanos, pluralismo democrático e multiculturalismo; 4. Conflito de valores e multiculturalismo; 5. Os desafios dos fluxos migratórios; Fecho.

Introdução

I.

A história do binómio direito penal e direito dos direitos humanos não é isenta de dificuldades, revelando situações ora de conflito, ora de equilíbrio, ora de simbiose. O conflito ocorre especialmente nos regimes de carácter autoritário que proclamam a superioridade dos direitos do

Estado sobre os dos indivíduos¹ e é bem menor nos democráticos que buscam realizar a sua simbiose.

As dificuldades não resultam, porém, apenas da diversidade dos regimes políticos, mas também das circunstâncias históricas que mesmo nos regimes democráticos tendem a fazer recuar os direitos humanos face à pressão da criminalidade e do populismo criminal, ora a limitar o direito penal em tempos de estabilidade e sossego social, ora tendem a harmonizar-se à medida que se vai aprofundando e consolidando o ideal democrático na comunidade.

É assim porque de um lado temos um direito objetivo (*jus poenale*) pelo qual se exprime o poder coercitivo do Estado em ordem à realização dos seus fins ou tarefas, nomeadamente da segurança e da paz, cuja violação acarreta sanções que afetam a liberdade, quando não a própria vida, a honra e o património, e do outro os direitos individuais ordenados à tutela da dignidade pessoal, da liberdade e desenvolvimento da pessoa humana. Dito de outro modo: «a lógica do Estado, a dinâmica da ordem, de um lado; a lógica do indivíduo e a dinâmica da liberdade, do outro»².

Vamos apenas analisar as relações entre o direito penal e o direito dos direitos humanos nos Estados de direito democrático já que não nos motiva o seu estudo nos regimes autoritários, além do mais, por falta de informação suficiente e fiável. A análise das relações entre os direitos humanos e o direito penal mostra-se muito relevante sobretudo quando consideramos a função limitadora dos direitos humanos relativamente ao direito e processo penal, porquanto ambos concorrem para preservar a liberdade contra a tirania e defender a igualdade contra toda a assimetria, seja da justiça ou da lei. Tanto mais importante é o seu estudo quanto se verificam no espaço europeu, mesmo na União, fluxos autoritários que tendem a limitar princípios básicos dos direitos humanos que se julgavam aqui de há muito consolidados.

¹ ARENDT, Hannah, 2018 e 2021.

² GOUTTES, Régis de, 2000, pp. 133 ss.

II.

Outra perspectiva interessante, embora mais específica e complexa, respeita ao conflito de valores que ocorre tanto no seio do direito penal quanto no do direito dos direitos humanos e entre ambos, bem como nas sociedades multiculturais, a reclamar a sua superação ou equilíbrio.

1. Democracia, Direito Penal e Direitos Humanos

I

A ideia de democracia assenta em três pilares fundamentais: a regra da maioria, o respeito dos direitos humanos e o culto da liberdade³. Mesmo a sociedade estruturada democraticamente não pode renunciar, pelo menos no estágio atual do seu desenvolvimento, à repressão penal para defesa dos valores essenciais à vida em comunidade, mas a vontade da maioria do povo que legitima e corporiza o poder punitivo do Estado não é um poder ilimitado, é limitado pelo direito dos direitos humanos, mas não só.

Não só, mas também pelos direitos humanos. Se anteriormente ao Iluminismo o direito penal era essencialmente punitivo e arbitrário, ao direito penal moderno é essencial a função de garantia dos indivíduos contra os abusos, estabelecendo em bases de legitimidade democrática os pressupostos materiais e formais da intervenção do Estado. Por isso que o decisivo no direito penal objetivo não seja apenas a cominação de sanções para as condutas que descreve (os crimes), mas também a disciplina do *jus puniendi*.

Já o Iluminismo reclamava como limite ao poder punitivo, para além da necessidade e gravidade da ofensa e da proporcionalidade da sanção, o direito natural⁴, então concebido como um ordenamento superior, transcendente e racional, que nenhum poder político podia sacrificar. O conceito foi evoluindo, positivando-se como ordenamento jurídico supranacional e constitui agora o “direito dos direitos humanos”. cujo texto fundamental é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas

³ GOMES, D. António Ferreira, 1980, p.10 ss.

⁴ BECCARIA, Cesare, 2014, pp. 64 ss.

em 10 de dezembro de 1948 e completado e desenvolvido por numerosos textos internacionais.

II.

Os direitos humanos são propostos e defendidos como valores comuns a todos os humanos de todo o tempo e cultura e representam a síntese de um vasto espectro de tradições legais, culturais, religiosas e políticas com o objetivo de definir uma base comum que toda a humanidade possa considerar com o fim de conservar e promover alguns valores básicos do ser humano.

A pretensão do direito dos direitos humanos constituir um corpo normativo que proclame e proteja os valores humanos essenciais é, porém, difícil de realizar em virtude da diversidade de culturas e sistemas jurídicos particulares. É disso exemplo o direito dos Estados islâmicos, subordinado à religião, com a pretensão de se impor a todas as pessoas e não apenas aos crentes e cidadãos desses Estados, o que contrasta com o direito dos Estados ocidentais⁵, mas é disso exemplo também o direito de alguns regimes políticos de Estados com tradições culturais de cariz autoritário e o povo despolitizado ou pouco vocacionado para a política⁶.

III.

O princípio do Estado de direito democrático visa, fundamentalmente, dar resposta ao problema do conteúdo, extensão da atividade e modo de proceder do Estado, conformando as estruturas do poder e a ação política segundo a medida do Direito, ou seja, no que ao direito penal importa, apenas sancionando atos ou comportamentos contrários ou desviantes da ordem jurídica, designadamente por lesões graves dos bens constitucionalmente protegidos. O poder punitivo do Estado encontra-se limitado por um conjunto de valores e princípios de natureza constitucional, mas também de natureza supraconstitucional como o são os valores que o direito dos direitos humanos veicula e consagra. Na prática democrática, a defesa daqueles valores, enquanto essenciais para a sobrevivência da democracia, não está sujeita à regra da maioria que constitui também um dos pilares essenciais do ideal e regime democráticos.

⁵ *Idem*, p.119.

⁶ LAVIS, Alexis, 2022, pp.30ss.

2. Confronto, Equilíbrio e Simbiose entre o Direito Penal e os Direitos Humanos

2.1. As fontes normativas e a sua nova leitura e interpretação atualistas

O texto base sobre direitos humanos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), mas este texto tem sido desenvolvido por muitos outros textos normativos a nível universal, no âmbito das Nações Unidas⁷, e regionais e aprofundados e/ou explicitados pela jurisprudência de tribunais supranacionais com jurisdição sobre violações dos direitos humanos. A nível universal há que destacar o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos, de 16.12.1966, e a nível regional europeu a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (geralmente designada como Convenção Europeia dos Direitos Humanos-CEDH), adotada em Roma em 4.11.1956⁸.

Facilmente se entende que, como todos os grandes textos e princípios oferecem novas leituras e interpretações conforme os tempos que lhes sucedem, os direitos humanos não cristalizaram aquando da sua proclamação, donde a grande importância da jurisprudência na sua interpretação e aplicação em resposta às circunstâncias de cada tempo e espaço⁹. Na Europa é especialmente relevante a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que tem uma grande influência sobre as legislações e jurisprudência internas dos Estados¹⁰.

2.2. O conflito dialético entre o direito penal e os direitos humanos

I.

O direito penal construiu-se sobre uma dialética, opondo, de um lado, as exigências da repressão e da luta contra a criminalidade, de outro,

⁷ São exemplos: Convenção sobre a prevenção e punição do genocídio, 1948; Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, 1951; Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, 1965; Convenção sobre a Abolição da Escravatura e comércio de escravos, 1956; Declaração sobre Direitos da Criança, 1959; Convenção sobre a Tortura e outras Penas e Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, 1987.

⁸ Outros exemplos: Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (CADHP), 1981 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969.

⁹ MASSÉ, Michel, 2009, pp.43 ss.

¹⁰ Sobre a CEDH, Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2019-2020.

a necessidade de proteger o indivíduo contra os riscos de perseguições abusivas e de arbítrio do Estado. Esta dialética traduziu-se num duplo movimento: (i) o direito penal limitado pelos direitos humanos; (ii) os direitos humanos contidos pelo direito penal.

Na conceção clássica do direito penal, a preocupação primeira era proteger os cidadãos contra o arbítrio do *ancien* sistema repressivo, tanto no plano substantivo quanto no processual, tendo adotado grandes princípios, considerados pelo Iluminismo como princípios de direito natural de base racional e que ainda agora integram os valores universais do direito dos direitos humanos: lesão ou perigo de lesão de interesses individuais mas comunitariamente relevantes, legalidade dos crimes e das penas, não retroatividade da lei penal desfavorável, não descriminação quanto a agentes e quanto às vítimas, personalidade as penas, etc. . Se no plano teórico, dos princípios, estes direitos humanos fazem hoje parte integrante do direito penal dos Estados de direito democrático, existem alguns direitos especialmente ameaçados: o direito à dignidade, o direito à liberdade e segurança, o respeito da vida privada e o processo equitativo, na interpretação e aplicação que deles é feita pelas autoridades internas de cada Estado.

II.

O direito à dignidade (Preâmbulo e art. 1º da DUDH e art. 3º da DEDH), síntese de todos os direitos humanos que respeitem à integridade física e moral da pessoa, implica, entre o mais, que a pessoa não sofra nem tortura, nem pena ou tratamento desumano ou degradante em qualquer fase do processo. Como exemplo da violação, a jurisprudência do TEDH tem-se ocupado especialmente do tratamento dado aos reclusos, do controlo dos interrogatórios policiais e da caracterização de certas penas, etc.

O direito à liberdade e à segurança (art.3º da DUDH e art. 5º da CEDH) e à liberdade de expressão do pensamento (art. 19º da DUDH e art. 10º da CEDH), violados por meio da privação arbitrária da liberdade e condicionamento e repressão das manifestações da liberdade de expressão.

O direito ao respeito da vida privada (art.12º da DUDH e art. 8º da CEDH), violado pela interferência nas relações íntimas socialmente irrelevantes, pelo condicionamento de atos de consciência, pela interferência nas comunicações privadas, a título de exemplo.

A exigência de processo equitativo: (art. 11 da DUDH e art. 6º da CEDH) presunção de inocência, direito de ser informado sobre a acusação,

direito a um tribunal independente e imparcial, respeito do contraditório e de igualdade de armas, publicidade das audiências, direitos de defesa, proibições de prova, duração razoável do processo e da privação da liberdade da liberdade, direito a recurso, etc.

O confronto é muito frequente e mesmo quando estes direitos substantivos e processuais estão também consagrados nos textos constitucionais internos a prática das autoridades é-lhes frequentemente desconforme ou minimalista, em regra por falta de cultura democrática dos seus aplicadores¹¹.

2.3. Contenção do direito dos direitos humanos pelo direito penal

O direito dos direitos humanos é, porém, também limitado pelo direito penal em razão de circunstâncias várias que vão ocorrendo com o correr dos tempos. Acontece assim com a intensificação da criminalidade desde os finais do século passado, fruto em grande parte da globalização económica e incremento da atividade económico-financeira; com o terrorismo que assola o mundo e suscitou o movimento de “guerra ao terrorismo”, proclamado por Bush, e que se converteu em “guerra ao crime” e “tolerância zero”; pelo “populismo penal” a reclamar a centralidade na satisfação da vítima e a vindicta, a protestar contra o “excesso” de direitos de defesa dos suspeitos e, em geral, pelo enraizamento do direito social que preconiza a igualdade material mais do que a formal e conduz à discriminação positiva.

As circunstâncias referidas ressuscitaram metodologias de investigação criminal do tipo inquisitório, que se julgavam sufocadas pelo triunfo dos direitos humanos; o enfraquecimento do princípio da presunção de inocência, que muitos consideram hoje a maior mentira na prática do processo penal; a recuperação da delação premiada, pública ou mediante a insidiosa impunidade do confidente delator/colaborador das polícias; a força salvífica do agente infiltrado; a pena como festa pública; a cultura do suspeito e os processos sem factos; a perene construção dos inimigos

¹¹ Portugal foi já por várias vezes condenado pelo TEDH quer pela violação do direito à dignidade, quer do direito à liberdade e segurança e liberdade de expressão, quer pela violação do direito ao respeito da vida privada quer pela violação do processo equitativo. Cf. O site <https://gddc.ministeriopublico.pt> > faq > acordaos-relati...

com a retórica da elite corrupta como que à procura de mensagens *cool* na luta política e, em geral, a pretensão de tudo governar através dos instrumentos e ameaças do processo penal¹².

2.4. A simbiose entre o direito dos direitos humanos e o direito penal; o direito penal ao serviço dos direitos humanos

I.

Como referimos já, à ideia de democracia inere a de respeito pelos direitos humanos que constituem um limite ao poder da maioria. Não pode haver Estado de direito democrático sem respeito dos direitos humanos.

Ocorre em todos os Estados de direito democrático a procura de integração dos direitos humanos nos respetivos sistemas jurídicos, desde logo nas suas constituições, como se verifica na generalidade das constituições democráticas do pós-guerra, nomeadamente a portuguesa. À medida que o povo assume o ideal democrático como um importante valor cultural e político também os direitos humanos se vão integrando no direito interno, que os assume não apenas como limite ao poder da maioria, mas também como garantia da realização da justiça que constitui o fim do Direito.

Ao cotejarmos os artigos da Constituição da República Portuguesa com o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos fácil é verificar que não há divergências de conteúdo, tanto mais que o nosso texto constitucional dispõe expressamente no seu artigo 16º, nº 2, que «Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem».

II.

Acresce que o direito penal exerce também uma importante função em apoio dos direitos humanos. No plano interno pela atenção dada às pessoas mais frágeis no plano substantivo (crianças, mulheres, pessoas vítimas de discriminação, etc.) e no plano processual (*v.g.*, estatuto das vítimas). No internacional pelo reforço do direito penal internacional posto ao serviço das vítimas de violações graves (crimes contra

¹² AMATI, Enrico, 2020.

a humanidade, genocídios e violações graves do direito internacional humanitário) e com a criação de tribunais internacionais para o julgamento desses crimes (Tribunais penais internacionais da ex-Jugoslavia, do Ruanda e Tribunal Pena Internacional). De destacar também o reconhecimento da competência universal dos tribunais dos Estados para o processamento de certos crimes internacionais, nomeadamente dos crimes contra a humanidade^{13/14}.

3. Conflito de Valores no Direito dos Direitos Humanos e no Direito Penal

O direito dos direitos humanos abrange uma multiplicidade heterogênea de valores diversos e singulares, umas vezes complementares, outras antagônicos. É possível, por isso, encontrar, lado a lado, um valor e o seu contrário que pretendem excluir-se uns aos outros. O reconhecimento pleno de um traduz necessariamente a negação do outro. É o caso do direito à vida do nascituro e do direito à existência e saúde da mãe, quando não é possível salvar um e outra¹⁵.

O conflito suscita-se também com frequência entre as exigências de segurança e os direitos das pessoas. O debate abriu-se sobre a possibilidade do uso da tortura no caso em que seja o único meio para desvendar uma grave ameaça terrorista. Questiona-se se devem salvar-se os princípios ou as vidas humanas inocentes? As respostas não são unânimes¹⁶, mas predomina a opinião de poder usar-se da tortura, ainda que moderada, ou seja, na medida do estritamente necessário¹⁷. Se a paz assume carácter de valor predominante, a sua preservação justificará

¹³ GOUTTES, Régis de, 2000, p.139.

¹⁴ Exemplo da competência universal dos tribunais nacionais foi a detenção do general Augusto Pinochet pelo Reino Unido em 1998 e os mandados de detenção internacional emitidos em 1999 pelo juiz espanhol Baltasar Garzon contra vários militares argentinos suspeitos de crimes de genocídio, terrorismo e torturas cometidos entre 1976 e 1983 na Argentina, ao tempo da ditadura das juntas militares.

¹⁵ MERLI, Antonella, 2008, p.217.

¹⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, 2017, pp. 221 ss.

¹⁷ CUNHA, Conceição Ferreira da, 2014, pp. 52 ss.

a atribuição ao Estado de poderes incontroláveis quer sobre os súbditos quer sobre outros Estados?¹⁸.

Um outro exemplo muito significativo de conflitos respeita ao chamado direito penal do inimigo¹⁹. Aqui preconiza-se a violação ou restrição dos direitos humanos dos delinquentes perigosos (inimigos) em nome da salvaguarda dos direitos dos cidadãos. É simplesmente a negação do Direito.

Nestas situações de conflito e para a sua resolução, não sendo possível hierarquizar os valores em conflito, não há soluções universalmente justas, sendo igualmente legítimas as posições de todos, laicos e crentes, porque a solução é sobretudo de natureza moral²⁰.

4. Direitos Humanos, Pluralismo Democrático e Multiculturalismo

Se é verdade que todas as sociedades humanas têm muito em comum é também certo que nem todas as culturas e formas de vida, morais e religiosas ou não, são compatíveis com o carácter laico da concepção ocidental dos direitos, mas os direitos humanos têm vocação e pretensão de validade para todos os povos e culturas por constituírem alguns valores básicos do ser humano, que devem ser reconhecidos a toda a pessoa humana.

Em democracia, a assunção individual dos valores não é do interesse coletivo, do Estado, não respeita à comunidade, pertence exclusivamente ao espaço de liberdade de cada pessoa. Por isso, mesmo os Estados confessionais ou com religião de Estado, reconhecem, por força da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 18º da DUDH), a legitimidade de qualquer visão do mundo e da vida, de cada moral e de cada verdade.

Um moderno sistema de direito penal não tutela princípios políticos nem concepções ideais como valores de consciência, exigindo, em nome de uma pretensa concepção moralmente mais alta de convivência,

¹⁸ MERLI, Antonella, 2008, p.223; CONDE, Francisco Muñoz, 2004, p. 13

¹⁹ JAKOBS, Günter, 2006.

²⁰ MERLI, Antonella, 2008, p.227.

uma adesão incondicional, sancionando penalmente a desobediência. Pelo contrário, concede a cada um a íntima reserva nos confrontos dos próprios valores fundantes da democracia, limitando-se a exigir a observância das leis²¹.

A ofensa aos sentimentos éticos ou às ideologias, às convicções religiosas, mesmo se dominantes na coletividade, não constitui dano social, sendo por isso irrelevante para o direito penal, mesmo quando provoque, ou possa provocar, perturbação na consciência coletiva ou de grupo, que se reconhecem e encontram coesão na própria concepção geral dos valores.

A liberdade de pensamento, consciência e religião bem como a liberdade de opinião e de expressão, consagrados nos arts. 18º e 19º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos artigos 9º e 10º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, assim como o princípio da igualdade constituem os alicerces do pluralismo democrático e do multiculturalismo social.

5. O Desafio dos Fluxos Migratórios

Questiona-se se o conteúdo dos direitos humanos pode ser sujeito a variações em consideração das diferenças culturais²², especificamente se a tutela penal deve atender às diferentes culturas dos agentes dos comportamentos tipificados como crimes.

Os valores e costumes importados pelo imigrante, que age movido por razões de consciência, devem coordenar-se com os princípios essenciais de uma sociedade democrática. Não se trata de impor à minoria os valores predominantes na sociedade, mas antes de reconhecer que o Estado, mesmo que multicultural, deve impor como vinculantes para todos as regras fundamentais que respeitam aos direitos fundamentais do indivíduo, sem o qual não seria possível garantir a convivência²³.

Este princípio não obsta a que os valores e costumes do imigrante devam ser ponderados para a avaliação e graduação da sua culpabilidade

²¹ DIAS, Augusto Silva, 2016.

²² *Idem*, pp. 135 ss.; MONTE, Mário Ferreira, 2014, pp. 97 ss.

²³ MERLI, Antonella, 2008, pp. 331 ss.

e de tal modo que a falta de consciência da ilicitude pode levar, se o erro não lhe for censurável, à sua impunidade (art. 17º do Código Penal)²⁴.

Fecho

É tempo de concluir que o espaço mais não permite. Fica apenas um apontamento e a provocação para estudo mais profundo.

Temos de reconhecer que no contexto do mundo atual é difícil acreditar na vigência dos direitos humanos, mas, parafraseando D. António Ferreira Gomes, *já será muito louvável e dignificante acreditar que hão de impor-se no mundo e procurar humildemente a melhor aplicação dos seus princípios às condições mutáveis do tempo histórico e impetrar com decisão e coragem essa aplicação*²⁵.

Ao tempo em que escrevo este artigo os direitos humanos são barbaramente trucidados pela guerra na Ucrânia. Anima-me o facto de que nunca uma democracia perdeu uma guerra contra um regime autoritário e a esperança de que a atroz violação dos direitos humanos não ficará impune.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, em 3 volumes, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019-2020.
- AMATI, Enrico, *L'Enigma Penale — L'Affermazione Politica dei Populisti nelle Democrazie Liberali*, Turim, Giappichelli, 2020.
- ARENDT, Hannah, *La Nature du Totalitarisme*, Paris, Payot & Rivages, 2018; idem, *Il n'y a qu'un seul droit de l'homme*, Paris, Payot & Rivages, 2021.
- BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, (trad. José Faria Costa), 4º Ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- CONDE, Francisco Muñoz, *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Milenio — Prólogo a la Edición Española*, Valencia Tirant lo Blanch, 2004.
- CUNHA, Conceição Ferreira da «Uso da tortura e impedimento de ato terrorista», Grupo de Professores de Direito e Processo Penal Jorge de Figueiredo Dias, *Multiculturalismo e Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2014.
- DIAS, Augusto Silva, *Crimes Culturalmente Motivados*, Coimbra, Almedina, 2016.
- GOMES, D. António Ferreira, «A Sociedade e o Trabalho; Democracia, Sindicalismo, Justiça e Paz», *Revista Direito e Justiça*, Vol. I, nº 1, 1980.
- JAKOBS, Günter, *Derecho Penal del Enemigo*, (trad. De Manuel Cancio Meliá, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2006.

²⁴ DIAS, Augusto Silva, **2016**, pp. 394 ss.

²⁵ Ob.cit., p. 11,

- GOUTTES, Régis de, «Droit pénal et droits de l'homme», Bernard Bouloc et alii, *La place du droit penal dans la société contemporaine*, Paris, Dalloz, 2000.
- LAVIS, Alexis, «Le Peuple Chinois, et Moi et Moi et Moi..», *Philosophie Magazine*, n° 158, abril 2022.
- MASSÉ, Michel, «Modernité et postmodernité en droit: quelques repères», Michel assé et alii, *Un droit penal postmoderne?*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009.
- MERLI, Antonella, *Democrazia e Diritto Penale*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.
- MONTE, Mário Ferreira, «Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa», Grupo de Professores de Direito e Processo Penal Jorge de Figueiredo Dias, Multiculturalismo e Direito Penal, Coimbra, Almedina, 2014.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial*, Coimbra, Almedina, 2017.

A TUTELA DOS VALORES CONSTITUCIONAIS, UM SISTEMA AGRILHOADO

Pelo Dr. Ricardo Sá Fernandes

Em memória de Alfredo Gaspar, António Goucha Soares, António Serra
Lopes, Fernando Abranches Ferrão, Joaquim Pires de Lima, Manuel
Sertório e Maria de Jesus Serra Lopes, advogados, meus mestres e
meus amigos.

1.

Na jurisdição penal, os valores constitucionais relevantes são dados adquiridos: processo equitativo, tutela jurisdicional efetiva, presunção de inocência, proteção da vítima, julgamento público e em prazo razoável, tribunal independente e imparcial, garantias de defesa, direito ao recurso, legalidade, contraditório, igualdade de armas, transparência e proporcionalidade.

2.

O problema está no divórcio entre a proclamação desses valores e a realidade. Bem sabemos que a ação da justiça é, por natureza, imperfeita. Advém da sua raiz humana. Todavia, mais de 40 anos de advocacia,

na tradição de uma verdadeira profissão liberal, que tenho procurado exercer de forma independente e justa, levam-me a concluir, sem medo de errar, que subsistem vezes de mais profundas injustiças materiais – penalizando ora arguidos, ora vítimas – para as quais o sistema judicial não dá esperança nem saída.

3.

Não está em causa a competência ou a honorabilidade de juízes, procuradores, advogados, polícias, peritos ou funcionários de justiça, que, no geral, cumprem adequadamente as suas funções.

É certo que já me vi confrontado com situações em que a má-fé e até a perfídia de alguns intervenientes judiciários também existiu. Mas esses são casos raros, não é deles de que cuido neste texto.

4.

Aquilo que me alarma? De que gostaria que tomassem consciência? É que vivemos num sistema agrilhado, sem janelas, nem frestas, nem válvulas de escape que, em caso de erro, assegurem efetivamente os valores constitucionais que partilhamos.

E por que é assim? Na minha avaliação, pela convergência de três fatores que subsistem de forma endémica: cultura jurídica formalista e burocrática, falta de escrutínio externo e soluções legislativas desajustadas da realidade.

Vou ilustrá-lo nos quatro temas de que me ocupo neste texto.

5.

Tendo em mente que viso fundamentalmente analisar os mecanismos de correção do erro judiciário, não me vou debruçar sobre o que se passa na base (na investigação, no inquérito ou, em geral, nos tribunais de primeira instância). Nesta reflexão, aquilo que eu quero realçar é a falta de instrumentos consistentes para garantir – com a maior extensão possível – uma tutela jurisdicional efetiva para os eventos em que o

sistema falha. Já assisti, e gostaria de não ter visto tanto, a impotência e a frustração da luta contra a injustiça. Espero contribuir para melhorar a justiça em Portugal. Podem ser apenas pequenos passos, que, contudo, são enormes para quem se sente injustiçado..

6.

O **primeiro tema** tem a ver com a insuficiência dos meios que garantem a tutela dos valores constitucionais a assegurar pela instância que, em última *ratio*, tem a missão de os defender: o Tribunal Constitucional..

7.

Na fiscalização concreta da violação dos princípios constitucionais, o legislador português adotou um regime de verificação da compatibilidade dos critérios normativos utilizados com a Constituição. Significa isto que, quando um processo judicial chega ao Tribunal Constitucional, não lhe compete verificar se a decisão judicial violou ou não quaisquer preceitos constitucionais. Pode até tê-los violado de forma ostensiva, mas não é esse o escopo do juízo que é pedido ao tribunal. Aquilo que o Tribunal Constitucional tem de apurar é se foi utilizado um critério normativo que viole a Constituição. Ou seja, se uma determinada norma, ou conjunto de normas, por si ou pela interpretação que foi adotada pelo tribunal, gera ou não uma inconstitucionalidade.

8.

Ora, frequentemente, aquilo que se debate não é tanto o critério normativo adotado, mas a violação direta da Constituição pela concreta decisão prolatada.

Consciente desta dificuldade, geradora de uma falta de tutela jurisdicional efetiva, desde cedo o Tribunal Constitucional passou a admitir como objeto da sua avaliação os critérios normativos implicitamente convocados nas decisões judiciais, mesmo que não expressamente invocados. Durante algum tempo, o Tribunal Constitucional foi generoso nesse esforço,

o que permitiu assegurar a tutela direta dos valores constitucionais.

Aconteceu, todavia, que a procura do acesso ao tribunal, por vezes com intuitos meramente dilatatórios, foi crescendo à medida que os intervenientes processuais se foram apercebendo de que dispunham de mais um meio para fazer valer os seus direitos.

Foi assim que, gradualmente, o Tribunal Constitucional encetou um percurso inverso àquele que inicialmente tinha trilhado, adotando soluções restritivas na apreciação dos requisitos de acesso à sua jurisdição. Mais, eivado de uma cultura orientada por filtros meramente formais, foi estreitando a porta de entrada em termos que, não raras vezes, conduz a verdadeiras situações de denegação de justiça.

Hoje em dia, é mais fácil um camelo entrar pelo fundo de uma agulha do que ver assegurada, em matéria penal/processual penal, a tutela da Constituição.

Ora é o arco normativo invocado pelo recorrente que não coincide milimetricamente com o da decisão judicial, ora é a *ratio decidendi* que não é precisamente igual, ora é a ausência de um verdadeiro sentido normativo devidamente distanciada do caso concreto, ora é o ónus da suscitação prévia que não foi cabalmente satisfeito, ora é qualquer outra coisa, quase tudo tem servido de pretexto, de forma exagerada e até abusiva, para dificultar o conhecimento do recurso. Ademais, por causa desses excessos formais, Portugal já tem sido condenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Não menosprezamos nem a qualidade técnica das decisões, nem a competência dos juizes do Tribunal Constitucional, mas isso não nos impede de dizer, de forma clara e sem ambiguidades, que não existe hoje uma adequada tutela jurisdicional dos direitos fundamentais consagrados na nossa ordem jurídica.

9.

Uma análise da estatística do Tribunal Constitucional pode demonstrar o que digo. Tomando por referência o ano 2021, de acordo com o relatório de atividades publicado no portal do tribunal, foram proferidos 948 acórdãos e 769 decisões sumárias. Daqueles, apenas 2 visaram a fiscalização preventiva e 11 a fiscalização abstrata sucessiva. Por outro lado, 168 tiveram a ver com o processo eleitoral, 53 com a atividade partidária e 2 com titulares de cargos políticos. Acrescem 6 acórdãos do plenário e 148 sobre reclamações.

Assim sendo, o grosso dos restantes, ou seja, 558 acórdãos, a que se somam 769 decisões sumárias, pronunciaram-se sobre a fiscalização concreta, isto é, sobre questões de inconstitucionalidade suscitadas em processos judiciais.

Embora o Tribunal Constitucional publique a totalidade dos acórdãos e das decisões sumárias – uma boa prática que, infelizmente, não é praticada pelos restantes tribunais superiores –, a verdade é que não dispomos de um tratamento estatístico detalhado que nos permita avaliar o número das decisões de mérito proferidas. Contudo, em princípio, em face dos dados relativos às decisões sumárias e aos acórdãos proferidos em conferência, pode dizer-se que, na maioria das vezes, os processos ou são sumariamente indeferidos ou não veem a luz de uma decisão de mérito.

De qualquer forma, segundo os dados a que se pode ter acesso através do portal do tribunal, sabemos que, em 2021, foram proferidos 173 acórdãos em secção, os quais dizem respeito a processos que terão passado o crivo de um juízo sumário de indeferimento. Porém, desses 173 processos, apenas em 28 foram julgadas inconstitucionais as normas, ou os entendimentos normativos, objeto dos recursos. Desses 28 processos, somente 1 era sobre matéria penal e 4 com matéria processual penal, sendo certo que 2 destes acabaram por ser revertidos em decisões do plenário.

Pelo exposto, o Tribunal Constitucional, em 2021, apenas duas vezes julgou inconstitucionais entendimentos normativos adotados no âmbito do processo penal. E esses dois casos não encerravam questões de primeira grandeza. No acórdão 494/21, debatia-se o entendimento de que a faculdade do arguido de praticar o ato processual dentro dos três primeiros dias úteis subsequentes ao termo do prazo deveria ser precedido de declaração a manifestar essa intenção (para além do pagamento da multa devida). No acórdão 491/21, discutia-se a obrigatoriedade da audição do arguido quando o tribunal pretende revogar a suspensão da execução da pena de prisão. Em ambos, julgo que o tribunal decidiu bem (aliás, as decisões recorridas eram patentemente infundadas). Em matéria penal propriamente dita, o tribunal proferiu uma única declaração de inconstitucionalidade, a qual, de resto, foi bastante infeliz, uma vez que, a propósito do artigo 387.º do Código Penal, declarou que os maus-tratos causados a animais de companhia não mereciam a dignidade da tutela penal.

10.

A estatística não mente. Em sede de garantia dos valores constitucionais, na área da jurisdição penal e de processo penal - seguramente uma daquelas em que essa tutela mais se justifica, a atividade do tribunal foi residual e pouco relevante.

11.

É por isso que julgo que se impõe que seja instituído um regime autónomo de tutela de direitos fundamentais que não se circunscreva a um juízo de (in)constitucionalidade normativa, modalidade que é adotada em várias ordens jurídicas (por exemplo, EUA, Alemanha, Suíça ou Espanha), segundo um figurino que tem o recorte do chamado recurso de amparo.

Tal recurso permitiria pôr cobro a decisões judiciais que ofendem direta e ostensivamente direitos fundamentais, sem que esteja propriamente em apreciação uma questão normativa de constitucionalidade¹.

12.

Não é, porém, uma solução isenta de riscos pela sobrecarga que poderia implicar na atividade processual do Tribunal Constitucional, o que obviamente tem de ser acautelado, porque todas as alternativas processuais têm de ter em conta a realidade dos meios de que dispomos.

Por essa razão defendo que, nesse âmbito, deveria ser conferida ao Tribunal Constitucional uma ampla margem de discricionariedade na avaliação de requisitos gerais, relacionados com a ocorrência de uma grave lesão dos direitos tutelados ou com a relevância substancial do tema convocado.

Por outro lado, o próprio regime do controlo da constitucionalidade normativa deveria ser reequacionado, muito embora, nesta sede, isso

¹ Como já sustentei em “Contributos para uma (urgente) reforma da Justiça”, organização de André Lamas Leite, Nova Causa Edições Jurídicas, 2022..

implicasse uma revisão constitucional. Mantê-lo-ia como está quando o objeto fossem normas, por si ou conjugadamente consideradas. Contudo, quando se visasse um determinado entendimento normativo, extraído entre outros possíveis, o Tribunal Constitucional deveria igualmente passar a dispor de uma margem de discricionariedade, tal como acima referido. Por último, a não ser como exceção, estes recursos extraordinários não deveriam ter efeito suspensivo.

13.

O **segundo tema** versa o regime do *habeas corpus*, instituto fundamental para proporcionar, em casos particularmente graves, uma reação adequada e rápida relativamente às situações de abuso de poder que conduzam a prisões ou detenções ilegais.

14.

Cabendo o *habeas corpus* em virtude de detenção ilegal ao juiz de instrução da área onde os detidos se encontrem – instituto em relação ao qual, ainda recentemente durante a pandemia, foram proferidas decisões justas sobre confinamentos ilegais –, vou concentrar-me no *habeas corpus* em virtude de prisão ilegal (da competência do Supremo Tribunal de Justiça), o que, nos termos do artigo 222.º do Código de Processo Penal, pode ter três fundamentos: ter sido efetuada ou ordenada por entidade incompetente; ser motivada por facto pela qual a lei a não permite; manter-se para além dos prazos fixados pela lei ou por decisão judicial.

15.

Analisei os acórdãos publicados desde 2012, ou seja, durante cerca de dez anos e meio. Ressalvo que a base de dados da DGSI, que foi a consultada, não me garante que tenha considerado todos os acórdãos proferidos. Neste período, foram indeferidos 236 pedidos de *habeas corpus*, tendo sido deferidos 15. Destes, 7 tratavam da inobservância dos prazos legais, mormente de prisão preventiva ou de colocação em Centro de Instalação

Temporária. Outros 5 versaram prisões ordenadas sem que tivesse ocorrido trânsito em julgado da decisão penal condenatória. Outros 2 foram deferidos porque os requerentes estavam presos por crimes que não admitiam a prisão preventiva (tráficos de menor gravidade). Outro por incumprimento de uma anterior decisão do Supremo Tribunal de Justiça. Ou seja, em todos as providências que obtiveram deferimento, o Supremo Tribunal debruçou-se sobre questões eminentemente formais, quase sempre quando excedidos os prazos legais ou por falta de trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

16.

Todavia, há também situações extremas de erro grosseiro, patente, supino e grave na declaração enunciativa dos pressupostos que levaram ao decretamento da prisão preventiva, seja na verificação dos fortes indícios da prática do crime, seja na avaliação dos requisitos gerais do artigo 204.º do Código de Processo Penal (perigo de fuga, perturbação do inquérito, continuação da atividade criminosa ou perturbação grave da ordem e tranquilidade pública).

Ora, custa a acreditar que, ao longo destes últimos dez anos, isso nunca tenha sido cabalmente suscitado em sede de *habeas corpus*. Da minha experiência pessoal, tive recentemente um processo em que, salvo melhor opinião, era manifesto o erro e o Supremo Tribunal, ainda assim, refugiou-se no argumento de que essa avaliação não cabia no âmbito da providência.²

17.

Curioso é que o Supremo Tribunal tem invariavelmente proclamado que esse erro flagrante na declaração enunciativa dos pressupostos da

2 Cfr. acórdão do STJ, de 11.05.2022, proferido no proc. n.º 84/12.5TELSB-Z.S1; e o nosso artigo “Manuel Pinho, uma prisão ilegal”, Público, em 20.05.2022.

prisão preventiva, quando decorra do próprio texto da decisão judicial em apreciação, cabe no escopo da providência de *habeas corpus*, como pode ser ilustrado pelas seguintes decisões:

i) No acórdão do STJ de 03.06.2020, proferido no proc. n.º 528/19.9PCSTB. S1, decidiu-se que pode ser apresentada petição de *“habeas corpus em virtude de prisão ilegal, nas situações extremas de abuso de poder ou erro grosseiro, patente, grave, na aplicação do direito, descritas nas três alíneas do n.º 2 do artigo 222.º (...) Reserva-se-lhe a teleologia de reacção contra a prisão ilegal, ordenada ou mantida de forma grosseira, abusiva, por chocante erro de declaração enunciativa dos seus pressupostos (...) O que importa é que se trate de uma ilegalidade evidente, de um erro directamente verificável com base nos factos recolhidos no âmbito da providência confrontados com a lei, sem que haja necessidade de proceder à apreciação da pertinência ou correcção de decisões judiciais (...)”*;

ii) No acórdão do STJ de 20.11.2019, proferido no proc. n.º 185/19.2ZFSLB-A. S1, foi julgado *“que importa é que se trate de uma ilegalidade evidente, de um erro directamente verificável com base nos factos recolhidos no âmbito da providência confrontados com a lei, sem que haja necessidade de proceder à apreciação da pertinência ou correcção de decisões judiciais”*.

iii) No acórdão do STJ de 01.02.2007, proferido no proc. n.º 06P4705, referiu-se que a *“providência visa, pois, reagir, de modo imediato e urgente, contra a privação arbitrária da liberdade ou contra a manutenção de uma prisão manifestamente ilegal, ilegalidade essa que se deve configurar como violação directa, imediata, patente e grosseira dos seus pressupostos e das condições da sua aplicação”*;

iv) Tal afirmação é novamente proclamada por acórdão do STJ, de 18.04.2007, proferido no proc. n.º 07P1430, onde se mencionou que a *“providência visa, pois, reagir, de modo imediato e urgente, contra a privação arbitrária da liberdade ou contra a manutenção de uma prisão manifestamente ilegal, ilegalidade essa que se deve configurar como violação directa, imediata, patente e grosseira dos seus pressupostos e das condições da sua aplicação”*.

18.

E houve mesmo um acórdão, em 2007, em que o Supremo Tribunal decretou o *habeas corpus* por considerar a existência de um erro grosseiro na avaliação

de uma alegada ocorrência de perigo de fuga: *“as decisões que apliquem, mantenham ou substituam medidas de coação são impugnáveis por via de recurso ou através da providência de habeas corpus, não existindo, entre os dois modos de impugnação, relação de litispendência ou de caso julgado, independentemente dos respetivos fundamentos. (...) Ao decretar a prisão preventiva do arguido sem uma indicação precisa dos concretos factos que o permitiam, embora referindo-se à existência de perigo de fuga (...), o juiz agiu com abuso do poder, na medida em que desrespeitou grosseira e flagrantemente as normas que preveem as restrições ao direito à liberdade e, em consequência, violou os direitos constitucionalmente garantidos”* (cfr. acórdão de 27.11.2007, proferido no proc. n.º 07P4472).

19.

Pelo exposto, é incontornável que existe uma grande distância entre a proclamação justa de que a providência de habeas corpus deve ser decretada quando, em face do teor do acórdão, for detetado um erro grosseiro na declaração enunciativa dos pressupostos que levaram à prisão preventiva e uma prática excessivamente restritiva que conduz a que nunca, ou quase nunca, se proceda a uma avaliação substancial da questão em pauta..

20.

Compreende-se que o Supremo Tribunal se reserve para os eventos de uma gravidade insuperável, sob pena de banalizar o instituto e sobrecarregar a mais alta instância judicial portuguesa com uma procura para a qual não haveria capacidade de dar uma resposta efetiva. Mas essa percepção não deve levar a uma intransigente insensibilidade em relação à injustiça material evidente. De que serve a solenidade de uma sessão pública – que talvez fosse de dispensar, a não ser quando o tribunal a julgasse necessária – e a garantia de uma decisão no prazo de oito dias, que o Supremo Tribunal religiosamente cumpre, se um formalismo excessivo acaba por impedir uma tutela jurisdicional efetiva, quando ocorre o abuso de poder?.

21.

O **terceiro tema** prende-se com a revisão das sentenças penais condenatórias, cuja decisão cabe ao Supremo Tribunal de Justiça. É um assunto particularmente sensível porque não se pode esquecer o seu reverso, isto é, o valor da segurança e da estabilidade da ordem jurídica.

22.

Dreyfus passou pela ilha do diabo, mas teve direito à sua reabilitação judicial, através de um novo julgamento. Os acusados no “processo Outreau” – contemporâneo francês do nosso “processo da Casa Pia” – tiveram direito a ser reabilitados em sede de recurso, depois dos acusadores terem reconhecido que tinham mentido. Um pouco por todo o mundo democrático, aqui e ali, as justiças vêm a reconhecer os erros cometidos sob a sua égide. Veja-se, por exemplo, a força social e jurídica do “Projeto Inocência” nos EUA. Veja-se recentemente como o Cardeal Pell, condenado em duas instâncias por crimes de abuso sexual, veio a ser inocentado, em matéria de facto, pelo Supremo Tribunal Australiano.

23.

Em Portugal, há uma grande resistência em aceitar a revisão das sentenças condenatórias, não pela falta de enquadramento legal, mas sobretudo por um certo atavismo jurisprudencial e doutrinário. Não temos o hábito de admitir o erro judiciário e de assumir as consequências das falhas do sistema. Não é tanto a questão jurídica, mas a tradição cultural.

24.

Sustentado numa análise dos acórdãos publicado na DGSI, avaliei dez anos e meio de recursos extraordinários de revisão de sentença penal. Foram negados 218 recursos e concedida a revisão a 30.

Dos recursos que tiveram provimento, a grande maioria não tinha por objeto condenações em prisão efetiva e, quando isso ocorria, com raras exceções, tratava-se de condenações inferiores a cinco anos (em princípio suscetíveis de suspensão na sua execução). 7 processos reportavam-se a

condenações por crimes de condução sem habilitação legal, 3 a crimes de condução em estado de embriaguez, 2 a crimes fiscais, 2 a crimes de difamação (por força da condenação do Estado Português pelo TEDH), 3 relativos a decisões de revogação da suspensão da execução da pena, sendo os restantes referentes a crimes de injúria, burla, desobediência, peculato, tráfico de estupefacientes de menor gravidade, detenção de arma proibida e cheque sem cobertura. Houve ainda um deferimento sobre a substituição de uma pena de prisão e um outro sobre um caso de expulsão do território nacional. Em várias ocasiões, o recurso fundava-se em eventos de usurpação ou erro de identidade.

Apenas 4 dos recursos analisados durante este longo período comportavam penas robustas de prisão (superiores a cinco anos). Uma condenação por prática de crime de tráfico de estupefacientes, numa pena de 10 anos de prisão (fundado em cartas rogatórias que chegaram aos autos depois do julgamento). Uma condenação por crimes de violação, numa pena de 8 anos de prisão (fundado em sentença proferida em processo cível, onde foi julgado que determinada testemunha declarara falsamente o que fora considerado no processo-crime). Uma condenação por crime de homicídio, numa pena de 18 anos (fundado na reavaliação da imputabilidade do arguido, efetuada numa perícia de outro processo em que ele foi submetido a uma medida de internamento de 15 anos). Uma condenação por crimes de falsificação, numa pena de 6 anos (fundado numa usurpação de identidade, demonstrada numa perícia posterior ao julgamento). Nestes 4 recursos mais impressionantes, tratava-se de temas relativamente pacíficos, defendidos ou até patrocinados pelo Ministério Público. Neles, o Supremo Tribunal prevaleceu-se sempre de diligências processuais (cartas rogatórias, perícias ou sentença) produzidas após o julgamento.

25.

A razão principal pela qual naufraga a maioria das tentativas de obter a revisão de sentença e o direito a um novo julgamento reside nos critérios utilizados na definição do que são factos ou meios de prova novos, a partir dos quais se suscitam dúvidas sobre a justiça da condenação, o que corresponde ao fundamento previsto no artigo 449.º, n.º 1, al. d) do Código de Processo Penal. Durante muito tempo, o Supremo Tribunal entendia que factos ou meios de

prova novos eram aqueles que não tinham sido apreciados no processo que conduziu à condenação, mesmo que não fossem desconhecidos do arguido no momento do julgamento. Esse entendimento foi progressivamente revisto e hoje a posição consolidada é a de que os eventos devem não só ser novos para o tribunal, mas também para o próprio arguido. Compreende-se que a excecionalidade do recurso de revisão não seja, por regra, compatível com a complacência perante a inércia do arguido na dedução da sua defesa. Mas divergimos da jurisprudência que apenas admite o conhecimento anterior dos factos pelo recorrente quando o impedimento para os apresentar tenha sido “absoluto e inultrapassável”³.

Outro dos entraves que dificultam o acesso à revisão do processo consiste na orientação perfilhada de que a retratação de coarguidos, ofendidos ou testemunhas, mesmo que determinantes para a condenação, não é, por si, razão suficiente para a procedência do pedido. Mais grave é a jurisprudência que considera que a alteração do depoimento prestado por uma testemunha no julgamento só pode fundamentar autorização de revisão de sentença depois de uma sentença transitada em julgado ter considerado falso tal meio de prova⁴. Então, não sabemos que essa eventual condenação está sujeita a vicissitudes imponderáveis, não estando a verosimilhança do meio de prova dela dependente?

26.

Não pode duvidar-se que em Portugal, como em qualquer outro país, ocorrem erros judiciais, os quais são riscos inerentes ao funcionamento do sistema. Deficiências na investigação, pessoas que mentiram, memórias avariadas, erros de identificação, falhas na defesa, influência mediática, preconceito na decisão, são tantas e variadas as causas que podem levar à condenação de inocentes. Contudo, é inaceitável que razões formais se sobreponham à exigência de uma justiça material, quando, de forma racional e fundamentada, se suscitam dúvidas consistentes acerca de uma

3 Cfr. acórdão do STJ de 21.11.2018, proferido no proc. 885/15.6TIPRT-A.SI.

4 Cfr. acórdãos do STJ de 02.12.2021, 27.05.2021, 09.01.2013, proferidos, respetivamente, nos procs. n.os 1718/02.9JDLB-ZZ.SI, 205/18.8GCAVR-B.SI e 709/00.9JASTB-J.SI.

condenação penal, sobretudo quando isso leva à privação da liberdade daquele que, julgado culpado, afinal é igualmente vítima⁵.

27.

Sustento, por isso, que o critério decisivo para o deferimento de um pedido de revisão deve residir na existência daquelas dúvidas consistentes. Mesmo que os factos ou os meios de prova já fossem do conhecimento do arguido e por qualquer motivo, razoavelmente atendível, não tenham sido usados no julgamento. Mesmo que, tratando-se da retratação ou de novas versões sustentadas por testemunhas, se credíveis, não tenha havido condenação por perjúrio. Suscitada uma dúvida grave – consistentemente formulada – sobre o bem fundado da condenação, o caminho só pode ser o da realização de um novo julgamento. É o que exige uma consciência justa.

28.

Ainda a propósito do recurso de revisão, quero deixar uma nota de profundo dissenso relativa à jurisprudência que se tem firmado no Supremo Tribunal de Justiça no sentido de não aceitar os pedidos de revisão fundados em condenações do Estado Português proferidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, quando este tenha julgado que ocorreram vícios procedimentais que lesaram o direito a um processo equitativo⁶.

5 A existência de erros judiciais em Portugal não pode ser escamoteada, sobretudo quando atinge os mais pobres, os migrantes e os inadaptados. Está, por isso, de parabéns o Projeto Inocência, lançado em 2020, por um grupo de jornalistas, juristas e investigadores, que visa a revisão de casos em que os condenados reiteram a sua inocência. Não me será levado a mal que traga ainda à colação o serviço público prestado pela jornalista Sofia Pinto Coelho (registo de interesses: é minha mulher, casados em regime de escrupulosa separação de atividades profissionais), particularmente nas séries televisivas “Condenados” e “A Prova”, da SIC, a que se reporta igualmente o seu livro “Condenados – A justiça também pode errar” (2017), trabalhos que versaram sobre eventuais erros judiciais.

Cfr. acórdãos do STJ de 02.12.2021 e de 21.03.2012, proferidos, respetivamente, nos procs. n.os 1718/02.9JDLNB-ZZ.S1 e 878/04.1TAMTS-B.S1.

6 Cfr. acórdãos do STJ de 02.12.2021 e de 21.03.2012, proferidos, respetivamente, nos procs. n.os 1718/02.9JDLNB-ZZ.S1 e 878/04.1TAMTS-B.S1.

A sua verificação pelo TEDH não pode deixar de suscitar, *ipso facto*, uma dúvida pertinente sobre a justiça da condenação.

29.

O **quarto tema** leva-nos àquela que é para mim a mais preocupante deformação da nossa prática judiciária no contexto do processo penal. Estou a referir-me ao recurso em matéria de facto, cujos termos se têm vindo a degradar de forma crescentemente inaceitável.

É certo que não se devem fazer generalizações. Há muitos juízes desembargadores a fazer uma escrupulosa avaliação dos fundamentos convocados pelos recorrentes. Mas há outros que têm vindo a perfilhar uma orientação que não assegura uma tutela jurisdicional efetiva em sede de recurso sobre a matéria de facto.

30.

A circunstância do artigo 412.º, n.º 3, al. b) do Código de Processo Penal estabelecer que o recorrente deve especificar as concretas provas que impõem decisão diversa da recorrida tem levado a que se consolide uma jurisprudência que deturpa o exercício de substituição que o tribunal de recurso deve fazer em relação ao juízo proferido pela sentença recorrida, salvaguardando, como é evidente, os termos em que o recurso é interposto e as limitações decorrentes do princípio da imediação.

É frequente a prolação de acórdãos que se limitam a afirmar que não têm qualquer censura a fazer ao percurso lógico seguido pela primeira instância, abstendo-se de avaliar ou, às vezes, até de mencionar as questões fácticas suscitadas pelos recorrentes. Vejam-se alguns exemplos:

- “O que é necessário e imprescindível é que, no seu livre exercício de convicção, o tribunal indique «os fundamentos suficientes para que, através das regras da ciência, da lógica e da experiência, se possa controlar a razoabilidade daquela convicção sobre o julgamento do facto como provado ou não provado». E convém referir que quando o tribunal recorrido forma a sua convicção com provas não proibidas por lei, prevalece a convicção do tribunal sobre aquelas que formulem os

Recorrentes.” (cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.11.2016, proferido no proc. n.º 2100/07.7TAOER);

- A reavaliação da matéria de facto só deve ter lugar quando “*a convicção obtida pelo tribunal a quo constitui uma impossibilidade lógica, uma impossibilidade probatória, uma violação das aludidas regras [da experiência comum], uma manifestamente errada utilização de presunções naturais*” (cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18.01.2022, proferido no proc. n.º 794/17.4SGLSB);
- Ou até uma singela declaração de que os meios de prova convocados “*não levam de todo a pôr em causa a livre convicção do tribunal a quo*” (cfr. acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28.10.2019, proferido no proc. n.º 303/12.1JACBR).

31.

Não deveria ser assim.

O recurso da matéria de facto não implica um novo julgamento e não pode pôr em crise a primazia do princípio da imediação. Mas isso não significa que, com essas limitações, e dentro da delimitação da matéria recursal, o tribunal de recurso não deva fazer um exercício substitutivo relativamente à convicção formada na primeira instância, reponderando a credibilidade das provas e das presunções naturais em que se funda o tribunal *a quo*.

É, de resto, o que alguma jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça não deixou de oportunamente firmar:

- *Porém, a reapreciação da matéria de facto, se não impõe uma avaliação global e muito menos um novo julgamento da causa, também não se poderá bastar com declarações e afirmações gerais quanto à razoabilidade do julgamento da decisão recorrida, requerendo sempre, nos limites traçados pelo objecto do recurso, a reponderação especificada (ou, melhor, uma nova ponderação), em juízo autónomo, da força e da compatibilidade probatória das provas que serviram de suporte à convicção em relação aos factos impugnados, para, por esse modo, confirmar ou divergir da decisão recorrida.* (cfr. ac. STJ, proc. n.º 2894/08, 3.ª Secção, de 15.10.2008);
- *Assim, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos nos n.ºs 3 e 4 do art. 412.º do CPP, o recorrente tem direito à reapreciação da matéria de*

facto fixada em 1.^a instância pelo tribunal colectivo, o que envolve necessariamente uma nova apreciação das provas produzidas e a emissão de um novo juízo em matéria de facto, embora rigorosamente restrito aos pontos questionados pelo recorrente. (cfr. ac. STJ, proc. n.º 3066/08, 3.^a Secção, de 22.10.2008).

32.

Assim sendo, defendo que, se o recorrente apresenta uma visão consistente e credível sobre a factualidade relevante, alternativa à da condenação, em termos que se equivalham, o princípio do *in dubio pro reo* deve levar à procedência do recurso. Tal orientação é, por regra, descartada pelos tribunais de recurso.

33.

Se às dificuldades descritas acrescentarmos a jurisprudência adquirida de não admitir a prova documental não apreciada na primeira instância, mesmo quando superveniente, e uma prática consolidada de nunca recorrer à renovação da prova, fazendo tábua rasa da norma que a prevê, ficamos com um quadro dos tratos de polé a que alguma prática judiciária submeteu o recurso da matéria de facto.

34.

Temos um sistema judicial avesso a pôr-se em causa e a aceitar a correção do erro judiciário. Legislação imperfeita e desajustada da realidade, falta de escrutínio externo que ilumine a racionalidade das opções, uma cultura formalista, por tradição intelectual, mas também por preguiça e às vezes por preconceito, são fatores que levam a que o cidadão sinta que não está protegido por uma adequada tutela dos valores constitucionais. De facto, estamos prisioneiros de um figurino que já não nos serve.

35.

Quero ainda desfazer equívocos.

Reconheço o rigor técnico de uma grande parte dos acórdãos do Supremo Tribunal a que, em sede de *habeas corpus* ou de revisão de sentença penal, acima aludi de forma crítica. *Idem* para a jurisprudência do Tribunal Constitucional ou das Relações.

Consigo colocar-me na posição de quem está nos tribunais superiores perante a avalanche de quem quer assegurar os seus direitos, por vezes de forma atrabiliária. Há uma tensão constante entre quem quer fazer valer o seu ponto de vista e quem tem o dever de decidir.

O problema está na ponderação entre a opção pela solução formal, sempre mais fácil, e a ânsia pela justiça, sempre mais difícil. Os pratos da balança estão muito desequilibrados. Esquecemos o ensinamento que a intuição sábia dos romanos nos legou: *odiosa restringenda favorabilia amplianda*. Urge encontrar alternativas para devolver a confiança às pessoas: *restrinja-se o odioso, amplie-se o favorável*.

BREVE REFLEXÃO SOBRE DIREITO DA IGUALDADE, DEFINIÇÕES DE ALTERIDADE E SUBORDINAÇÃO: A DISCRIMINAÇÃO NÃO É ‘SINALAGMÁTICA’

Pela Prof.^a Doutora Teresa Pizarro Beleza^{*}

«... that strange habit of whites of prefacing any and all mention, of colored people with the identifying label of race...»¹

O Direito da Igualdade

O Direito da Igualdade, como hoje lhe podemos chamar, é constituído por um cruzamento fecundo e complexo entre vários ramos tradicionalmente separados, desde logo entre Direito Público e Direito Privado — distinção em si mesma problemática e tudo menos indiscutível. Basta lembrar que em Portugal o Direito Penal é normalmente considerado público mas, em França, é tido como privado. Seja como for: como em outras zonas de

^{*} Professora Catedrática jubiliada da Nova School of Law. Email: tpb@novalaw.unl.pt

¹ The Wedding, Dorothy West, NY, Doubleday, 1995, pp. 62-63

confluência e de notoriedade recente, o Direito da Igualdade chama a si normas e decisões, judiciais ou outras, que vão, em termos materiais, desde a Constituição ao campo das leis penais, da família, do trabalho, militares, eleitorais, da nacionalidade e por aí fora. Porquê? Porque na verdade foi nestes campos — ainda é, em algumas partes do mundo — que se construiu, também na esfera legal, a hierarquia vertical entre grupos de pessoas com valor e relevância, funções, atribuições e expectativas sociais diferentes. A ideia de que somos todos iguais em dignidade e em direitos é recente e ainda hoje contestada, também em alguns sistemas jurídicos. É importante insistir em lembrar que o Direito foi historicamente um dos discursos diferenciadores entre pessoas consoante o sexo, a raça, a religião, a classe social ou a origem familiar — coisa fácil de verificar lendo, por exemplo, as nossas Ordenações do Reino, em especial o Livro V que contém regras de natureza penal e faz de forma clara e deliberada essa diferenciação de classe, de sexo, de etnia, etc., com as consequências drásticas que vão sendo estudadas, mas nem sempre suficientemente tidas em conta.

Hoje tendemos a olhar o Direito como instância anti-discriminatória, esquecendo esse ‘ADN’ que o marca como poderoso factor de desigualdade, sobretudo em certas épocas e lugares. Sem termos consciência dessa origem e dessa relevância, é mais difícil compreender alguns problemas no contexto da eficácia e limites do discurso jurídico para fomentar a igualdade e combater as discriminações. E a forma como o Direito oscila entre períodos e textos gramaticalmente marcados ou neutros, simétricos ou assimétricos. Veja-se por exemplo a diferença entre a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres*, de 1979 (dita CEDAW, do acrónimo em língua inglesa) e a *Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, de 1965 (dita CERD, idem). Ambas elaboradas e sujeitas à aprovação dos Estados membros sob a égide das Nações Unidas. A primeira, de 1979, intitula-se e trata de discriminação *contra as mulheres*. A segunda, historicamente anterior, dispõe sobre discriminação *racial* (ou seja, em função ou a pretexto da raça), não contra, por hipótese, ‘negros’, ‘não brancos’ ou ‘pessoas de cor’ — a expressão mais detestável, em meu entender, mas comum, do vocabulário racista, ainda que muitas vezes,

se bem entendo, involuntariamente discriminadora². Ou, na legislação portuguesa, a referência clara à discriminação das mulheres no campo do trabalho na primeira lei, de 1979, sendo a linguagem 'neutralizada' quanto ao género no diploma de 1984, que estendeu o regime à função pública. Ou veja-se a forma como a *Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica*, conhecida como 'Convenção de Istambul', de 2011, identifica as mulheres (vítimas de violência doméstica) como o alvo essencial da protecção que obriga os Estados partes a providenciar, sugerindo embora a possibilidade de os mesmos Estados poderem aplicar os preceitos da Convenção a homens³.

Diferença, igualdade e hierarquias

Creio que o senso comum continua a confundir igualdade com semelhança e diferença com discriminação. E a não ver como a construção identitária (sexual ou de género, ou outra) não é neutra, nem simétrica nem por isso mesmo, digamos, 'sinalagmática'.

O problema não são as diferenças nem o objectivo destas desconstruções é a uniformização, como por vezes se argumenta. Pelo contrário, do que se trata é de perceber que 'a crença na diferença' é essencialmente um abusivo disfarce da hierarquia e do domínio (de um género / raça sobre outro / outras). O objectivo da análise é ajudar a permitir ou avaliar a máxima diferenciação, a máxima liberdade, isto é, que cada homem e cada mulher, cada ser humano, possa ser tão 'feminino' ou 'masculino' quanto lhe aprouver, ou uma pessoalíssima mistura de tudo isso — sem discutir o que 'isso' seja. Que as preferências sexuais sejam livres de se manifestarem sem a violência da patologização forçada ou da condenação legal ou social — como progressivamente as instâncias internacionais e regionais de direitos humanos têm vindo a reconhecer

² Sobre a importância e as dificuldades da linguagem nas questões raciais, é muito interessante o artigo de opinião do *The Guardian* de Laila Woozeer «As a 'mixed' person, the language to describe me isn't fit for purpose», acessível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2022/aug/30/mixed-person-language-vocabulary> Consultado em 31 de agosto de 2022.

³ Sem aqui discutir hipóteses de pessoas transsexuais, dado que a forma como a Convenção está redigida parece pensada no paradigma dito 'binário' (homens — mulheres).

e a própria Medicina a acompanhar⁴. Que a cor da pele de cada pessoa seja, realmente, irrelevante e a herança dos impérios coloniais com as suas regras e práticas de subjugação cruel e desumana seja finalmente ultrapassada. Poderá parecer contraditório que este desiderato — objecto de leis, políticas, argumentos, activismos vários — precise de passar por uma fase de afirmação positiva de identidades, sob a forma de «Black is beautiful», «Gay Pride», «In a different Voice»⁵. Mas esse é o preço e o custo da necessidade imperiosa de contrabalançar séculos de subjugação e hierarquias não contestadas ou pseudo-legitimadas por regras de natureza religiosa, científica ou outra.

Eu sei, é complicado. Sobreretudo porque pode parecer contraditório e até contraproducente e porque o abraçar acrítico de posições e activismos identitários extremados pode significar um ainda mais paradoxal conservadorismo serôdio e indesejável que tenda a simplificar, por vezes grosseiramente, o que é complexo, múltiplo, ‘interseccional’, como hoje tendemos a dizer.

Seja qual for o factor em que se baseia, trate-se de discriminação simples, múltipla, interseccional, directa ou indirecta, há sempre uma construção ou um reforço hierarquias *verticais*, não diferenças *horizontais*, entre grupos de pessoas. Ideologicamente, essa construção ou esse reforço pressupõem sempre uma divisão (separação) entre «nós» e «eles». E essa divisão, que hoje é condenada pelos sistemas democráticos, foi e é levada a cabo por práticas e discursos variados. Tradição, costumes, crenças dominantes, religião, ciências... e pelo Direito, sobretudo em certos contextos e fases. Sendo que a relevância deste, do Direito, é particularmente forte porque se trata de um discurso de autoridade e de legitimação. E, na verdade, constitutivo — ao contrário do que por vezes se diz ou imagina, o Direito nunca se limita a reflectir concepções, convicções ou pensamentos socialmente hegemónicos, antes os forma, altera ou reforça de forma tantas vezes injuntiva e até ‘imperialista’. O célebre *Statement on Marriage* de John Stuart Mill, o celebrado autor do notável ensaio *The*

⁴ É especialmente interessante nesta matéria o documento intitulado *The Yogyakarta Principles* (2006-2017), cujo objectivo é ...”To provide an authoritative, expert exposition of international human rights law as it currently applies to the grounds of sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics.” Ver <https://yogyakartaprinciples.org/>

⁵ No que respeita às mulheres, como no título do livro de Carol Gilligan: *In a Different Voice*, 1982.

Subjection of Women (1869), em que declara não tencionar exercer qualquer dos direitos que a lei lhe confere sobre a sua mulher depois de casado, por considerar injusto e inaceitável o regime legal de total subordinação das mulheres aos maridos, é exemplo paradigmático da denúncia dessa posição do Direito. Ainda hoje, apesar de todas as evoluções que foram acontecendo, o regime legal do contrato de casamento é curiosamente rígido, como um contrato-tipo ou de adesão.

Continuo a pensar que o sexismo, implicando defesa e reforço de diferenciação hierarquizada entre dois grandes grupos, suposta e inteiramente homogêneos e diferentes entre si, homens e mulheres — que é o que está em causa, sempre — ainda não é nem tão visível nem por isso mesmo tão facilmente identificável como o racismo, apesar de tudo, já vai sendo. Mas o problema da abusiva uniformização dos grupos minoritários — numérica ou socialmente — coloca-se de forma semelhante no que respeita a outros factores de discriminação, não apenas o sexo ou o género.⁶

Mas a rejeição já razoavelmente consensual do conceito de raça, cientificamente inválido e como tal invalidado, muito dificilmente encontra paralelo em idêntica contestação na identificação por género ou, ainda menos, por sexo — excepto nos limitados contextos de análises teóricas nos campos de 'Estudos de Género', de 'Teorias Queer' ou áreas conexas, como 'Estudos feministas' ou 'Estudos sobre as Mulheres' — ou, progressivamente, também sobre 'Masculinidades'. Interessante será notar que, certamente não por acaso, este termo é mais provável de surgir nestes contextos do que o correspondente 'Homens'.

A Discriminação não é, tipicamente, 'sinalagmática'

Há dias deparei-me com uma notícia na revista «CAM», editada pela Universidade de Cambridge, onde fui aluna há muitos anos. Referia a criação de um «*Black Alumni Network*». Interroguei-me qual seria a reacção se

⁶ Além do artigo citado na nota 2, é também interessante sobre estas questões (quanto a 'raça') o publicado no mesmo *The Guardian*, em data anterior, por Alex Mistlin: «So the term BAME has had its day. But what should replace it?» Acessível em <https://www.theguardian.com/commentisfree/2021/apr/08/bame-britain-ethnic-minorities-acronym> Consultado em 31 de agosto de 2022.

fosse criado um «*White Alumni Network*». Por acaso e coincidência, andava nessa altura a ler um livro que trouxera de Istambul há algum tempo, intitulado «*Istanbul in Women's Short Stories*». Seria natural publicar um correspondente «*Istanbul Men's Short Stories*»? Usei estes dois exemplos numa aula de encerramento de um Curso de Pós-Graduação em Direito da Igualdade na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Julho passado, para rebater a ideia, que de vez em quando surge no discurso público, de que o racismo ou o sexismo ou outra forma ou modo de discriminação são 'sinalagmáticos', levando por vezes a afirmar que a própria chamada de atenção para esses fenómenos é, em si mesma, discriminatória. Isto é, insistir por exemplo no racismo existente em Portugal seria uma forma de o fomentar, assim como o facto de lembrar o sexismo prevalente conteria o germe da sua permanência.

Na nossa tradição dita ocidental, a consagração da ideia de igualdade é clara na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, que tentou esconjurar os horrores da chamada II Guerra Mundial e a forma como a criação — também legal — de sub-humanos (*Untermenschen*) pelo nazismo foi capaz de justificar a maior e mais extrema crueldade contra milhões de indivíduos cuja vida e dignidade foram obliteradas. Algumas disposições desse notabilíssimo e generoso texto foram directa e claramente inspiradas pelo terror dos campos de extermínio nazis, como a proibição de tortura através de experiências médicas.

Mas na verdade as revoluções americana e francesa já tinham produzido muito antes declarações de direitos que eram formuladas como se fossem aplicáveis a toda a gente. Acontece que a linguagem aparentemente universal escondia mal o carácter selectivo e diferenciador desses embriões de democracia moderna, porque as mulheres, os escravos, os povos sob jugo colonial e os pobres estavam excluídos quer da Declaração francesa quer da americana, ambas próximas em data de finais do século XVIII. E por isso, no que respeita às mulheres, duas declarações alternativas viram depois a luz do dia. À *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789) se contrapôs, pela mão de Olympe de Gouges, a *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, de 1791⁷. Dois

⁷ Olympe de Gouges, notável personagem história revolucionária ainda hoje mal conhecida, foi condenada à morte e guilhotinada sob Robespierre. Sobre ela pode ver-se o capítulo que escrevi para a obra *The Faces of Human Rights*, eds Kasey McCall-Smith, Jan Wouters and Felipe Gómez Isa, Bloomsbury Publishing, 2019.

anos passados, em que se tornou evidente a exclusão das mulheres da esfera pública, pela proibição expressa da sua actividade política, como a participação em clubes de mulheres ou a sua presença na Assembleia. Mais tempo passou entre a americana *Declaration of Independence*, de 1776, e a resposta das mulheres, dela ausentes, como se tornou também evidente, contida na notável e creio que menos conhecida *Declaration of Sentiments*, saída da *Seneca Falls Conference*, em 1848⁸.

É verdade que quer perante o Supremo Tribunal dos EUA, quer perante o Tribunal Constitucional português, alguns dos primeiros casos respeitantes a questões de discriminação em função do sexo foram trazidos por homens que se consideravam prejudicados em comparação com mulheres em situações idênticas. Mas esses exemplos mostravam bem como a diferenciação patriarcal hierarquizada entre homens e mulheres, no plano jurídico, era ainda sinal de subordinação e dependência, fosse no campo das pensões de sobrevivência (viúvos que não eram legalmente tratados como as viúvas, porque as mulheres eram vistas como dependendo economicamente dos maridos) ou do auxílio público a pessoas impedidas de prover à sua subsistência, porque ocupadas em cuidados continuados de doentes crónicos (como no caso levado ao Supremo Tribunal dos EUA pela então Advogada Ruth B. Ginsburg⁹).

Raciocínios semelhantes são viáveis face a discriminações com base ou pretexto em qualquer das outras 'características protegidas', além do sexo (ou género), como fundamentos legalmente proibidos de diferenciação negativa, quer singular quer cumulativa ou interseccionalmente. Há sempre latente ou explícita a presença da convicção, com frequente base legal pelo menos histórica, de que há um «nós», neutro, mas superior e definidor da diferença, face ao qual os «outros» são desvio, inferiores, estranhos.

⁸ «We hold these truths to be self-evident; that all men and women are created equal; that they are endowed by their Creator with certain inalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness...» Pode ver-se o texto desta interessantíssima Declaração online, por exemplo em <https://www.nps.gov/woi/learn/historyculture/declaration-of-sentiments.htm> Consultado em 30 de agosto de 2022.

⁹ «No case better encapsulated Ginsburg's strategy in the 1970s than that of Charles Moritz. Moritz was solely responsible for the care of his elderly mother, but he had been denied a caregiving tax deduction because he was an unmarried man. By representing him, Ginsburg was able to show male judges that sex discrimination hurt men as well as women.» <https://www.achu.org/news/civil-liberties/ruth-bader-ginsburgs-fight-for-gender-equity-was-for-all-of-us> Consultado em 30 de agosto de 2022.

É também contra esta forma de pensar e agir que o Direito se tem vindo a configurar, nos planos internacional, regional e doméstico, como instância potencialmente libertadora contra discriminações injustas, a favor da igualdade entre todos os seres humanos.

Pelo menos. Que dos outros seres vivos e sencientes aqui não trato.

Teresa Pizarro Beleza
Verão 2022

ÍNDICE DE AUTORES



Prof.ª Doutora
Ana Rita Gil

Ana Rita Gil é professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, tendo exercido essas funções também na Universidade Católica Portuguesa e na Universidade Nova de Lisboa. Foi Assessora do Gabinete de Juízes do Tribunal Constitucional, Adjunta da Provedora de Justiça e membro do Mecanismo Nacional de Prevenção da Tortura.



Prof. Doutora
Ana Sofia Gomes

Ana Sofia Gomes é Advogada e Doutora em Direito, ramo de ciências jurídico-civis (Direito Internacional Privado), pela Universidade Lusíada de Lisboa, onde leciona as unidades curriculares de Direito Internacional Privado, Direito da Família e Direito das Sucessões.



Prof. Doutor
António Garcia
Pereira

António Garcia Pereira é Advogado desde 1977 e Advogado Especialista em Direito do Trabalho desde 2004. Na Ordem dos Advogados exerceu as funções de Vogal do Conselho Geral e Presidente da Comissão de Direitos Humanos (de 1998/2000) e recebeu a Medalha de Honra da Ordem em 2018; É Docente universitário desde 1975 e Doutor em Direito (2002) sendo Professor Convidado do ISEG;

É também Membro dos corpos sociais da JUTRA: Assoc. Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho; da APODIT: Assoc. Portuguesa de Direito do Trabalho e do SOCIUS-Centro de Investigação em Sociologia Económica e das Organizações.



Prof. Doutor
António Pinto
Monteiro

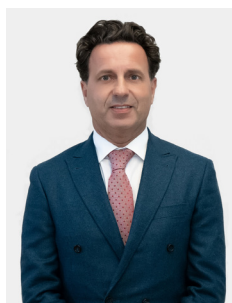
António Pinto Monteiro é Prof. Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Univ. de Coimbra, da Univ. Portucalense e da Univ. de Macau; Director da RLJ; Presidente Honorário da Academia Sino-Lusófona; Membro Honorário da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo; Condecorado com a “Medalha do Mérito Cultural da Magistratura Brasileira”; Sócio correspondente da

SISDiC-Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile; Presidente da Comissão do Código do Consumidor em Portugal.



Prof. António
Tavares

António Tavares é licenciado em Direito e Doutor em Ciência Política e Relações Internacionais. Professor Universitário na Universidade Lusófona. Provedor da Santa Casa da Misericórdia do Porto. Auditor de Defesa Nacional.



Prof. Francisco
Castelo Branco

Francisco José Guimarães Castelo Branco Ribeiro é Advogado e Doutorado em Ciência Política e Administração. É actualmente Diretor dos Serviços Académicos e Prof. Auxiliar da Universidade Lusíada - Norte e Investigador no CEJEA, Vice-Provedor da SCMP e Presidente do Conselho Executivo do C.H.C.F



Dr. Carlos Melo
Alves

Carlos Melo Alves está inscrito na Ordem dos Advogados desde 1991 e tem exercido a sua atividade profissional exclusivamente na área do Direito Penal. Durante mais de 30 anos realizou milhares de julgamentos.

É autor de vários artigos relacionados com esta área do Direito tendo, ainda, participado em palestras relacionadas

com a temática do Direito Penal.

É conselheiro do Forum Penal.



Prof.ª Doutora
Constança
Urbano de Sousa

Constança Urbano de Sousa é Doutora em Direito pela Universidade do Sarre e Professora Associada da Universidade Autónoma de Lisboa, onde coordena o projecto de I&D “Migrações Internacionais, Direitos Humanos e proteção de pessoas vulneráveis” como investigadora integrada do Ratio Legis. É membro da Rede Odysseys (*Academic Network for Legal Studies*

on Immigration and Asylum in Europe)



Dr.ª Emellin
de Oliveira

Emellin de Oliveira é Advogada, Investigadora no Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS), Docente Convidada na Universidade Portucalense, e Assistente Convidada e Doutoranda na NOVA School of Law.

Integra, em representação da Sociedade Portuguesa de Direito Internacional, o Comité “International Migration and International Law” da International Law Association. Também faz parte da Rede MoveS, como especialista nacional (Portugal) no âmbito da mobilidade intra-União Europeia. E, desde fevereiro de 2022, consta na Lista de Peritos em matéria de Asilo da Agência da União Europeia para o Asilo (EUAA, antiga EASO). É membro do Observatório de Proteção de Dados Pessoais, sendo responsável pelas atividades da Linha de Investigação Digital Borders – Proteção de dados, Vigilância e Nacionais de Países Terceiros na UE.



Prof.ª Doutora
Fernanda Paula
Oliveira

Portugal, Angola, Cabo Verde, Espanha, França, Brasil, Macau.

Professora Associada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Investigadora do Instituto Jurídico da mesma Faculdade e colaboradora do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente (CEDOUA). Tem participado em várias atividades nas áreas do Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território para Instituições Públicas e Privadas em



Prof. Doutor
Fernando José
Silva

Fernando José Silva é Advogado e Professor de Direito Penal no Instituto de Altos Estudos Militares, É Professor na Universidade Autónoma de Lisboa, e no ISPA. No Brasil leciona na UNIB, Brasília e Salvador da Baía e é Coordenador de mestrado no FORUM/APROCEFEP, Brasil;

É Coordenador de cursos de formação e membro de júri de provas de acesso do Centro de Estudos Judiciários



Prof. Doutor
Germano Marques
da Silva

Germano Marques da Silva é Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e Advogado. Tem-se dedicado especialmente à área do Direito Penal e publicado vasta bibliografia especialmente sobre Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal Económico e Responsabilidade dos Gestores.



Dr. Ricardo Sá
Fernandes

Ricardo Sá Fernandes nasceu em Lisboa (1954) e concluiu a Licenciatura e mestrado pela Faculdade de Direito de Lisboa. É Advogado desde 1979. Membro dos Conselhos Científicos da Associação Portuguesa do Direito Europeu e da Associação Fiscal Portuguesa. Assistente na FDL (1979/1992) e assessor científico da Faculdade de Direito de Bissau (1990/1992). Coordenador da ECORFI (Estrutura de Coordenação da Reforma Fiscal) e Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais (2000/2001). Autor de livros e artigos em revistas especializadas e na imprensa.



Prof.ª Doutora
Teresa Pizarro
Beleza

Teresa Pizarro Beleza é Professora Catedrática Jubilada da NOVA School of Law. Doutora em Direito (Ciências Criminais) pela Universidade de Lisboa e Agregada em Direito Público pela Universidade Nova. Desempenhou, entre muitas outras funções, a de Membro do Comité de Prevenção da Tortura do Conselho da Europa e Perita da União Europeia no Diálogo sobre Direitos Humanos com a China e o Irão.

Agradecimentos:

A Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados deseja agradecer a Mário Rocha, que gentilmente disponibilizou a fotografia do seu quadro o “Fracasso da Gravata”, alusivo à Guerra na Ucrânia, para a capa deste compêndio.



Mário Rocha

Mário Rocha nasceu em Perre, no concelho de Viana do Castelo, em 1954, dedicando-se à pintura desde 1968. Posteriormente, frequentou a Escola de Artes Decorativas Soares dos Reis e estudou com o Mestre Álvaro Rocha, excecional Ceramista e nome ímpar do panorama artístico português. Mentor do evento Artístico “Arte na Leira”, que organiza desde 1999, e associado da Sociedade Nacional de Belas Artes, tem sido um dos principais impulsionadores da Pintura e da Cerâmica, no Norte do País. Em 2015, foi condecorado com o grau de Comendador da Ordem do Mérito pelo Presidente da República, Prof. Aníbal Cavaco Silva. Em 2016, foi agraciado com Voto de Louvor pela Assembleia de Freguesia de Perre. Em 2017, recebeu o título “Cidadão de Mérito”, na Sessão Solene Comemorativa de Elevação de Viana do Castelo a Cidade. A sua Obra está representada em várias coleções particulares e oficiais, em Portugal e no Estrangeiro.



CDHOA

Comissão dos Direitos Humanos



ORDEM DOS
ADVOGADOS