

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

Anotações pelos Estudantes
da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

COORDENAÇÃO
Anabela Costa Leão
Inês Neves
Juliana Ferraz Coutinho
Luísa Neto

PORTO e FDUP

2019

 **PORTO**
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO PORTO

livres e iguais
2018
70 anos de adesão à Declaração Universal dos Direitos Humanos
40 anos de adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

**ANOTAÇÃO PELOS ESTUDANTES
DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DO PORTO**

ORGANIZADORES

ANABELA COSTA LEÃO

Prof. Auxiliar da FDUP e Investigadora do CIJE-FDUP

INÊS NEVES

Assistente Convidada da FDUP e Investigadora do CIJE-FDUP

JULIANA FERRAZ COUTINHO

Prof. Auxiliar da FDUP e Investigadora do CIJE-FDUP

LUÍSA NETO

Prof. Associada da FDUP e Investigadora do CIJE-FDUP

PORTO E FDUP, MAIO DE 2019

PUBLICAÇÃO CORRESPONDENTE A

Declaração Universal dos Direitos Humanos | Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Anotações pelos estudantes da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

COORDENAÇÃO

Anabela Costa Leão

Inês Neves

Juliana Ferraz Coutinho

Luísa Neto

EDIÇÃO

Universidade do Porto . Reitoria

EXECUÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

ISBN

978-989-746-209-2

All rights reserved. No reproduction, copy or transmission of this book may be made without written permission of the author. Short excerpts from it may, nevertheless, be reproduced as long as the source is acknowledged

ÍNDICE

Nota Prévia	5
Lista Geral de abreviaturas e acrónimos.....	7
Responsabilidade das anotações.....	9

COMENTÁRIOS

Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	13
Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.....	199

NOTA PRÉVIA

- I. Na sequência do desafio dirigido à *Faculdade* pela Comissão Oficial das Comemorações dos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos 40 anos da adesão à Convenção para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (comummente conhecida como Convenção Europeia dos Direitos Humanos), a equipa responsável pela docência das unidades curriculares de Direito Constitucional e de Direitos Fundamentais do curso de licenciatura em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, lançou um projeto de “obra coletiva” dirigido aos estudantes deste curso, visando a produção de um comentário/anotação daqueles dois instrumentos internacionais fundacionais da cultura jurídico-civilizacional internacional e europeia.
- II. A iniciativa inscreve-se na continuidade editorial da Constituição anotada por estudantes da FDUP em 2006, no âmbito dos 30 anos da CRP.
- III. Nos termos em que foram densificados os parâmetros mínimos de anotação - e não obstante a liberdade pressuposta reconhecida e aliás evidentemente reconhecível no texto que agora se dá à estampa — pretendeu-se que cada anotação pudesse sintetizar elementos normativos e *indirizzos* jurisprudenciais.
- IV. Mas não quisemos, em momento algum, coartar o livre pensamento e organização, naturalmente diversos, de profundidade e geometria variáveis, juntando estudantes do 1.º ao 4.º ano da licenciatura em Direito, nacionais e internacionais.

- V. Que seja uma obra de todos, que explicita os termos em que a educação para a cidadania democrática e para os direitos humanos hoje deve fundar o aprofundamento do Estado de Direito, que honre a Faculdade e celebre o marco que constituem estes dois instrumentos basilares do ordenamento jurídico internacional dos direitos humanos: é este o nosso desejo.

A Comissão Organizadora

Anabela Costa Leão

Prof. Auxiliar da FDUP e Investigadora do CIJE-FDUP

Inês Neves

Assistente Convidada da FDUP e Investigadora do CIJE-FDUP

Juliana Ferraz Coutinho

Prof. Auxiliar da FDUP e Investigadora do CIJE-FDUP

Luísa Neto

Prof. Associada da FDUP e Investigadora do CIJE-FDUP

LISTA GERAL DE ABREVIATURAS E ACRÓNIMOS

AAVV	Autores vários
AR	Assembleia da República
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CC	Código Civil
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CESCR	<i>Committee on Economic, Social and Cultural Rights</i>
CFR	Confrontar
CNECV	Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CNPD	Comissão Nacional de Protecção de Dados
CNU	Carta das Nações Unidas
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
CVI	Centro de Vida Independente
DIP	Direito Internacional Público
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
Eds.	Editores
<i>l.e.</i>	<i>id est</i>
Ob. cit.	Obra citada
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONG	Organização não governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
P.	Página
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais
PP.	Páginas
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
UN	United Nations

UNCHR *United Nations Commission on Human Rights*
UNESCO *United Nations for Education, Science and Culture Organisation*
UNDP *United Nations Development Programme*
v. *versus*
V.g. *Verbi gratia*

RESPONSABILIDADE DAS ANOTAÇÕES

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS		
Artigos	Tema	Responsabilidade da anotação
Preâmbulo	Preâmbulo	Hugo Rossi Figueirôa
1.º	Princípios da liberdade, igualdade, e fraternidade	Sofia Nunes
2.º	Proibição de discriminação	Hugo Rossi Figueirôa
3.º	Direito à vida, à liberdade e à segurança	Joana Rita Petornilho Efe de Barros e Sylvane Vital Videira
4.º	Proibição da escravatura e da servidão	Nuno Abreu e Lima
5.º	Proibição da tortura e de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes	Jeanne Marcelle de Souza Torres
6.º	Reconhecimento da personalidade jurídica	Daniel Bessa de Melo
7.º	Igualdade perante a lei	Carolina Merlin Galvani
8.º	Direito de ação	Inês José da Silva Henriques e Matilde Sofia Pinto Andrade
9.º	Proibição de privação arbitrária da liberdade	Ana Cláudia de Barros Pereira
10.º	Tutela jurisdicional efetiva	Alexandra Caetano Domingues
11.º	Garantias do processo penal	Mónica Cid Nobre
12.º	Direito ao respeito pela vida privada e familiar	Carolina Raquel Silva Castro Gomes e Joana Isabel Rodrigues Ferreira
13.º	Direito de deslocação e de emigração	Carolina Merlin Galvani
14.º	Direito de asilo	Carolina Merlin Galvani
15.º	Direito à nacionalidade	Carolina Merlin Galvani
16.º	Direito a casar e a constituir família	Maria Luísa Torres de Eckenroth Ramos Moreira
17.º	Direito à propriedade	Mafalda Serra Pissarra Tato Diogo, Maria Luísa Torres de Eckenroth Ramos Moreira e João Luís Belchior Tomé Pilão
18.º	Liberdade de pensamento, consciência e religião	Vera Sofia Correia Caetano

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS		
Artigos	Tema	Responsabilidade da anotação
19.º	Liberdade de expressão	Ana Luísa Fonseca e Melo de Almeida, Inês Isabel Martins Brandão e Sofia Isabel Silva Ferreira da Costa
20.º	Liberdade de reunião e de associação	Maria Luís Martins Oliveira Rodrigues e Maria Raquel Oliveira Alves
21.º	Direito de participação política	Paula Roberta Amorim Menescal
22.º	Direito à segurança social	Daniela Gomes e Inês Carvalho e Melo dos Santos Moreira
23.º	Direito ao trabalho	Sérgio Gabriel Rocha Moreira
24.º	Direito ao repouso e aos lazeres	Ana Melro
25.º	Proteção da família	Jonato Lucio Xavier, Joel Filipe Ferreira Silva e Júlio Baggio Vero
26.º	Direito à educação	Carolina China Barros, Margarida Arada Leitão Pinto Morais e Rita Manuel Borges Santos Marques
27.º	Fruição e criação cultural	Inês Temporário dos Santos Carvalho e Maria Beatriz Gonçalves de Aquino
28.º	Princípio de efetividade dos direitos humanos	Nuno Abreu e Lima
29.º	Deveres dos indivíduos	Jaime Pereira Leite Neto Parra
30.º	Salvaguarda dos direitos humanos	Ana Rita Silva Antunes e Beatriz Lopes Ribeiro

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS		
Artigos	Tema	Responsabilidade da anotação
Preâmbulo	Preâmbulo	Ana Cristina Pires Rodrigues e Ana Isabel Cruz Martins da Silva
1.º	Obrigações de respeitar os direitos humanos	Ana Cristina Pires Rodrigues e Ana Isabel Cruz Martins da Silva
2.º	Direito à vida	José Pedro Oliveira Pinto
3.º	Proibição da tortura	Brígida Malheiro, Maria Eduarda Fagundes e Rita Reis
4.º	Proibição da escravatura e do trabalho forçado	José Pedro Oliveira Pinto
5.º	Direito à liberdade e à segurança	Alberto Cá Júnior
6.º	Direito a um processo equitativo	Cátia Margarida Vieira da Rocha
7.º	Princípio da legalidade	António Graça Moura
8.º	Direito ao respeito pela vida privada e familiar	Francisco Miguel Santos Godinho
9.º	Liberdade de pensamento, de consciência e de religião	José Maria Barroso Serrão, Marta Ribeiro da Cunha Santos e Tiago Filipe Pereira Cabral
10.º	Liberdade de expressão	Júlio Baggio da Silva Vero
11.º	Liberdade de reunião e de associação	César Alves, Miguel António Parente e Rute Bessa
12.º	Direito ao casamento	Sara Daniela Silva Castro
13.º	Direito a um recurso efetivo	Catarina Ribeiro, Francisca Pinto e João Diogo Barbosa
14.º	Proibição de discriminação	Tiago Miguel Ribeiro dos Santos
15.º	Derrogação em caso de estado de necessidade	Carolina China Barros e Margarida Arada Leitão Pinto Morais
16.º	Restrições à atividade política dos estrangeiros	Beatriz Polidoro e Carolina Sande Sá Topa
17.º	Proibição do abuso de direito	José Maria Barroso Serrão, Marta Ribeiro da Cunha Santos e Tiago Filipe Pereira Cabral

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS		
Artigos	Tema	Responsabilidade da anotação
18.º	Limitação da aplicação de restrições aos direitos	José Maria Barroso Serrão, Marta Ribeiro da Cunha Santos e Tiago Filipe Pereira Cabral
Comentário conjunto aos Títulos II e III (19.º a 59.º)	Comentário conjunto (Criação do Tribunal; Número de juízes; Condições para o exercício de funções; Eleição dos juízes; Duração do mandato e destituição; Secretaria e relatores; Assembleia plenária do Tribunal; Tribunal singular, comités, secções e tribunal pleno; Competência dos juízes singulares; Competência dos comités; Decisões das secções quanto à admissibilidade e ao fundo; Devolução da decisão a favor do tribunal pleno; Atribuições do tribunal pleno; Competência do Tribunal; Assuntos interestaduais; Petições individuais; Condições de admissibilidade; Intervenção de terceiros; Arquivamento; Apreciação contraditória do assunto; Resoluções amigáveis; Audiência pública e acesso aos documentos; Reparação razoável; Decisões das secções; Devolução ao tribunal pleno; Sentenças definitivas; Fundamentação das sentenças e das decisões; Força vinculativa e execução das sentenças; Pareceres; Competência consultiva do Tribunal; Fundamentação dos pareceres; Despesas de funcionamento do Tribunal; Privilégios e imunidades dos juízes; Inquéritos do Secretário – Geral; Salvaguarda dos direitos humanos reconhecidos por outra via; Poderes do Comité de Ministros; Renúncia a outras formas de resolução de litígios; Aplicação territorial; Reservas; Denúncia; Assinatura e ratificação)	Cláudia Catarina Ribeiro da Silva, Helena Isabel Pinto, Maria Raquel Alves e Maria Luís Rodrigues

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

COORDENAÇÃO

Anabela Costa Leão

Inês Neves

Juliana Ferraz Coutinho

Luísa Neto

Anotações pelos Estudantes
da Faculdade de Direito da
Universidade do Porto



PORTO e FDUP

2019



DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS¹

PREÂMBULO

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do homem;

¹ A Declaração foi objeto de publicação em Portugal no Diário da República, I Série A, n.º 57/78, de 9 de março de 1978. Nos termos da [Resolução do Conselho de Ministros n.º 21/2019](#), de 29 de janeiro, determina-se a adoção da expressão universalista «Direitos Humanos» por parte do Governo e de todos os serviços, organismos e entidades sujeitos aos seus poderes de direção, superintendência ou tutela. É essa também a nomenclatura utilizada pela Comissão Oficial das Comemorações em que a presente publicação se insere.

Considerando que é essencial a protecção dos direitos do homem através de um regime de direito, para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão;

Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declararam resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efectivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais;

Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso:

A Assembleia Geral

Proclama a presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efectivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.

COMENTÁRIO

I. Com o fim da primeira guerra mundial, deparamo-nos com uma Europa destruída. Além do decréscimo populacional verificado, também houve um severo prejuízo económico. Países como Alemanha, França, Itália, Áustria, Polónia e Rússia registaram situações de inflação e endividamento nacional alarmantemente altos. As taxas de desemprego cresceram em cerca de 30%, gerando miséria e desespero, ambiente propício para a ascensão de movimentos revolucionários.

Itália, uma democracia jovem (1912), viu-se abandonada por seus aliados após a guerra, desiludindo todos aqueles que esperavam uma compensação pelo grande sacrifício que tiveram no conflito. Nesse contexto, surgiu a figura de Benito Mussolini, veterano de guerra, prometendo auxiliar os trabalhadores e refrear o individualismo capitalista através do poder do Estado. É assim que viria a nascer o fascismo.

Através de sua militância (também conhecidos como “os camisas negras”), Mussolini foi capaz de pressionar o rei Victor Emmanuel III a nomeá-lo para comandar a nação, a despeito de o seu partido ter menos cadeiras no congresso do que os liberais, católicos, conservadores, socialistas e comunistas. Nas eleições de 1924, os fascistas aumentaram o número de lugares no Parlamento, o que levou à sua dissolução, com ela se iniciando uma era de totalitarismo e repressão a dissidentes políticos².

II. Em 1921, os Estados Unidos, país que emergiu como maior poderio econômico no pós-guerra, entrou numa rápida crise econômica, na qual surgiu a figura do secretário de Comércio Hebert Hoover, futuro presidente dos Estados Unidos. Hoover era bastante crítico sobre a postura do presidente Harding acerca da crise, pois acreditava que ele não estava tomando ações severas para a controlar, sendo Hoover um grande defensor do investimento em obras públicas como forma de combate à crise. A partir do esforço de Hoover, os Estados Unidos duplicaram sua venda de títulos de obras públicas e desde então o país se vinha organizando para enfrentar futuras crises, a partir do paradigma de uma “nova ciência econômica”³. No governo Hoover, em 1929, a crise começou a tomar forma, sendo o dia 24 de outubro de 1929 marcado pelo *crash* da Bolsa de Nova Iorque. Com ele, a renda real americana caiu em 36% em 4 anos⁴, o desemprego ascendeu de 3,2% para 26,7% em 1934, mais de 34 mil americanos não tinham quaisquer rendimentos, para não mencionar que a subnutrição subiu em 20%⁵ e em meados de 1933 mais de um milhão de hipotecas eram executadas diariamente. Isto posto, tudo se resume a um enorme desastre social⁶.

Evidentemente que, atento o facto de os Estados Unidos serem a grande potência econômica da época, o mundo inteiro acabou sendo levado pela crise, que atacou todo o globo, desde a Europa, até os países da América Latina⁷. Este circunstancialismo se mostrou propício para à emergência de fatores ponero-gênicos, explorados por indivíduos com maior capacidade de impor seu próprio

² GEOFFREY BLAYNEY, *Uma Breve História do Século XX*, 2.ª Ed., São Paulo, Fundamento, 2011, pp. 111-116.

³ MURRAY N. ROTHBARD, *A Grande Depressão Americana*, São Paulo, Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012, pp. 213-226

⁴ MILTON FRIEDMAN, *The Great Contraction*, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. 15.

⁵ ROTHBARD, *A Grande Depressão...*, ob.cit., p. 19

⁶ NIALL FERGUSON, *A Ascensão do Dinheiro: A história financeira do mundo*, São Paulo, Planeta, 2009, p. 226.

⁷ GEOFFREY BLAYNEY, *Uma Breve História do Século XX*, 2. Ed., São Paulo, Fundamento, 2011, p. 120.

mundo conceitual aos outros. Outros estes que, perante um padrão simplificado de ideias, assentes em dados facilmente acessíveis, são levados a acreditar terem encontrado uma resposta fácil para a sua situação social decadente ou mesmo para a satisfação de sua personalidade igualmente deformada⁸.

E é isso que acontece na Alemanha pós-primeira guerra. A sociedade alemã já estava fragilizada devido à derrota militar; a dívida nacional era três vezes maior do que a renda, a hiperinflação chegava aos 182 bilhões por cento⁹; o descontentamento imperava entre os militares e o povo alemão se via severamente abalado pela situação. Nesse contexto, o ressentido veterano de guerra Adolf Hitler surge para a história, ministrando cursos sobre história e economia na Universidade de Berlim.

Em 1919, Hitler filiou-se no Partido Trabalhista Alemão, ganhando espaço dentro do partido com seus discursos inflamáveis e, dois anos depois, tornou-se seu líder. Em 1923 os nazistas organizaram uma insurreição, o "*putsch*" (golpe) de Munique, que visava convencer o ditador da Bavária, Gustav Von Khar, a apoiar sua revolução. Esse plano fracassou, Khar enganou os nazistas para que fosse libertado e, uma vez solto, trabalhou para conter os planos de Hitler. O fracasso do movimento fez com que Hitler fosse condenado a cinco anos de prisão, dos quais só cumpriu nove meses de pena. Foi, porém, durante esse período, que Hitler escreveu sua obra *Mein Kampf* (Minha Luta), um manifesto político que sustenta a necessidade de a Alemanha se rearmar, exterminar a minoria judaica, defender a supremacia da raça ariana, entre outros tópicos. Já em liberdade, no ano de 1925, Hitler reconstruiu o partido e preparou-o para a conquista do poder pela via eleitoral, tendo engrandecido graças ao fracasso da coalizão liberal e social democrata em gerir a crise que surgiu em 29¹⁰. Apesar de não ter conseguido ser eleito, Hitler ganhou um grande fluxo de adeptos e, em 1933, após sucessivos fracassos de chanceleres, Hindenburg nomeou-o chanceler da Alemanha. Sob uma série de manobras políticas, Hitler tornou-se ditador e instaurou o III Reich.

III. Os anos iniciais do governo de Hitler foram marcados por uma diminuição artificial do desemprego na sociedade alemã que, a despeito de não ter diminuído efetivamente, foi assim retratado pela propaganda nazista e pela maquiagem dos indicadores oficiais. Neste sentido, o próprio Hitler reconhecia que a luta contra o desemprego era algo secundário uma vez sopesado com a

⁸ ANDREW LOBACZEWSKI, *Ponerologia: Psicopatas no poder*, São Paulo; Vide, 2015, pp. 126-127.

⁹ FERGUSON, A *Ascensão...*, ob.cit., pp. 99-101.

¹⁰ LAURENCE REES, *O Carisma de Adolf Hitler: o homem que conduziu milhões ao abismo*, São Paulo, Leya, 2012, pp. 36-52.

necessidade de restaurar o exercito alemão¹¹, até então limitado pelo Tratado de Versalhes. Em 16 de março de 1935, Hitler anunciou, de forma unilateral, que este não seria mais válido, tudo isso sob a conivência das grandes potências¹².

À medida que figuras como Hitler e Mussolini assumiam papéis de grande relevância na vida pública, foi crescendo o número de pessoas que começavam a tomar consciência do que estava por vir. Em 4 de abril de 33, o então secretário de Estado do Vaticano, Pacelli (Pio XII), ordenou que o núncio apostólico em Berlim advertisse Hitler quanto à perseguição de judeus¹³, ato que marcou o primeiro conflito entre o futuro papa e o ditador. O alerta não era injustificado, dado que apenas no ano de 1933, tinham sido 37 mil membros os membros da fé judaica a deixarem Alemanha¹⁴, motivados pela crescente supressão de seus direitos políticos, que iam desde não ocupar cargos públicos até perderem sua cidadania alemã¹⁵.

Entretanto, os atos de Hitler não se limitariam apenas à Alemanha, visto que ele acreditava em uma política externa expansiva, que levaria seu país a uma glória tamanha que redimiria (ou, pelo menos, justificaria) todo sangue que intencionava derramar. Aproveitando-se de um cenário internacional marcado tanto pelo medo das grandes potências de repetir o desastre humano que foi a primeira guerra, quanto pela crise que as fez refrear os gastos em armamento, os nazistas se rearmaram, sob a alegação de que apenas visavam reparar os erros do tratado de paz, o que fizeram sob o beneplácito da comunidade internacional¹⁶. É nesse contexto que novamente o Papa Pio XI aparece, emitindo um alerta através da encíclica "*mit brennender sorge*" ("com profunda preocupação"), onde condena o regime e a doutrina nazistas, não apenas pelo seu atentado aos direitos humanos, como pela sua idolatria ao Estado¹⁷.

¹¹ RICHARD J. EVANS, *O Terceiro Reich no Poder: O relato Completo e Fascinante do Regime Nazista Entre 1933 e 1939*, São Paulo; Planeta, 2011, pp. 444-446.

¹² GEOFFREY BLAYNEY, *Uma Breve História do Século XX*, 2. Ed., São Paulo, Fundamento, 2011, pp. 129-131.

GORDON THOMAS, *Os Judeus do Papa*, São Paulo: Geração Editorial, 2013, p. 77.

¹⁴ RICHARD J. EVANS, *O Terceiro...*, ob.cit. , p. 722.

¹⁵ Enciclopédia do Holocausto. *Exemplos de Legislação Anti-Semita: 1933-1939*, Pesquisável em <https://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10007459>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁶ RICHARD J. EVANS, *O Terceiro*, pp. 798-812.

¹⁷ Pio XI. *Mit Brennender Sorge*. Pesquisável em http://w2.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_14031937_mit-brennender-sorge.html, último acesso em 16 de abril de 2019

Nesse mesmo período, Mussolini estava em uma situação complicada, visto que, da inimizade que gerou com a Inglaterra por conta do seu imperialismo na África, acabou se isolando da comunidade internacional, tendo que buscar o suporte da Alemanha. Essa união foi bem sucedida, tendo sido capaz de passar por cima da pressão internacional e expor a fraqueza das grandes potências, o que surtiu influência determinante na vitória de Franco na guerra civil Espanhola. Juntamente com isso, a Alemanha resolveu aliar-se ao Japão, sob o pretexto de, assim, se protegerem contra a União Soviética¹⁸.

IV. Dessa aliança surgiu a ofensiva que gerou a segunda guerra mundial, um longo período onde as grandes potências se confrontaram, derramando uma quantidade imensa de sangue, em uma chacina cujo símbolo maior se tornou o campo de concentração de *Auschwitz*, local em que mais de um milhão de judeus foi cruelmente assassinado. São inúmeros os relatos da desumanidade de *Auschwitz*, desde o mal tratamento, à tortura e à humilhação que sofriam os prisioneiros, prisioneiros esses cuja esperança de sobrevivência não durava mais do que três ou quatro semanas¹⁹. Todas estas, são marcas indeléveis na história da humanidade, e que definiram o imaginário popular acerca desse período.

Nesse sentido, não é de estranhar que logo no prefácio da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, adotada pouco depois da guerra, inaugure com uma condenação aos "*atos de barbárie, que revoltam a consciência da humanidade*", isto é, com uma referência clara aos desastre humano causado pela guerra. Com isso, cabe notar a ênfase dada a conceitos como o de dignidade da pessoa humana, direitos inalienáveis, liberdade de crença e expressão, os quais desrespeitados pelos países totalitários que emergiram naquele período, tanto em sua faceta fascista, quanto em sua faceta nacional-socialista.

Também é possível notar um projeto de universalização dos direitos humanos, encorajando uma cooperação comum entre as nações para que se desenvolvam relações amistosas entre elas, de forma que a evitar uma nova tragédia. Além disso, também há um convite para que os Estados trabalhem em conjunto na direção da aplicação universal dos direitos constantes da Declaração, utilizando como meios o ensino e a educação, de forma que sejam reconhecida a sua aplicação universal e efetiva no mundo.

¹⁸ RICHARD J. EVANS, *O Terceiro...*, ob.cit., pp. 814-831.

¹⁹ MIKLOS NYISZLY, *Auschwitz: O testemunho de um médico*, São Paulo, Record, 2000, p. 36.

V. Em 1945, com a Carta de São Francisco, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de manter a paz, sendo suas ações coordenadas sob os pilares de harmonia, desenvolvimento e cooperação. A partir da sua criação, símbolo foral do nascimento do Direito Internacional Público, se fez necessário criar um documento jurídico que pudesse trazer mais segurança para as nações: a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um documento de suma importância para a preservação dos direitos humanos tendo, pela primeira vez, estabelecido uma proteção universal sobre a matéria. Na sua elaboração, entrevistaram líderes de todas as regiões do mundo, diversas culturas e ordenamentos jurídicos, que, conjuntamente, poderiam efetivar a promessa de não permitir a repetição das atrocidades. Com efeito, em 1946 foi apresentado, na Assembleia Geral da ONU, um esboço preliminar da Declaração, que depois foi remetido à Comissão de Direitos Humanos, reunida pela primeira vez em 1947. Presidida por Eleanor Roosevelt, viúva do presidente americano Franklin D. Roosevelt, a Comissão contou com a presença de mais de 50 países na redação da Declaração vindo seu texto final a ser apresentado em 1948.

Sendo a DUDH o documento mais traduzido do mundo – 360 idiomas –, funciona a mesma como fonte das Constituições de muitos Estados, além de servir como base a uma série de tratados internacionais ratificados desde 1945, possibilitando, assim, que os Direitos Humanos fossem preservados.

VI. Após a ratificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos por mais de 50 países em todo o globo, desenvolveu-se uma proteção e vigilância internacional dos direitos humanos. Acima das soberanias estatais, há uma Organização mundial soberana no plano internacional – a ONU – que, graças à aquiescência da Ordem Jurídica e Jurisdicional do Direito Internacional, garante um certo controle sobre os Estados. Felizmente, existiram depois da Declaração de 1948 outras Convenções sobre direitos humanos, votadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas²⁰. Acontece porém que o caminho ainda é longo: o desafio da humanidade é garantir a plena proteção dos direitos humanos, a partir de organização e eficiência dos governos e do poder político mundial.

Hugo Rossi Figueirôa

3.º ano da licenciatura em Direito

²⁰ ESCOLA DE GOVERNO. *Os Direitos Humanos na Declaração Universal de 1948 e na Constituição Brasileira em Vigor*, pesquisável em <http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/115-direitos-humanos-declaracao-1948>, último acesso em 16 de abril de 2019.

ARTIGO 1.º

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.



COMENTÁRIO

UNITED NATIONS, pesquisável em <https://www.un.org/en/sections/universal-declaration/history-document/index.html>

I. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante DUDH) emergiu como resultado da experiência da II Guerra Mundial, da qual a comunidade internacional guardou memória até hoje, dadas as atrocidades aí cometidas. A DUDH foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, em 10 de dezembro de 1948, tendo sido redigida por dezoito representantes de diversas origens políticas, sociais e culturais (destacando-se Eleanor Roosevelt que presidiu ao comitê de redação) e é um importante marco na história dos Direitos Humanos, estabelecendo os direitos fundamentais universalmente

protegidos. Atualmente, encontra-se traduzida em mais de 500 idiomas.^{21/22}

Tendo o seu projeto começado antes daquela data, importa destacar que o primeiro esboço da DUDH contou com a participação de mais de 50 Estados. Naquele mês de dezembro de 1948, aquando da votação, oito nações abstiveram-se, não tendo havido votos contra. Os Estados sabiam que estavam participando num momento histórico que representava o consenso em torno da assunção do conceito de valor supremo da dignidade da pessoa humana, tendo esta sido uma tarefa gigantesca.²³

II. A DUDH é aceite como a base do direito internacional dos direitos humanos, tendo inspirado sucessivamente um *corpus* de mais de oitenta documentos²⁴ de direitos humanos legalmente vinculantes de promoção e proteção daquele desiderato, sendo a base da defesa da dignidade da pessoa humana para o gozo dos seus direitos naturalmente intrínsecos. Assim, a DUDH representa o reconhecimento universal de determinados valores, direitos e liberdades, os quais intrínsecos à pessoa humana e, portanto, inalienáveis e aplicáveis a todos e em qualquer circunstância.

A universalidade, a interdependência, a indivisibilidade, a igualdade e a não-discriminação foram mote de discussão acesa ao longo dos tempos, com a certeza porém, que, mais do que um dever de proteção, seria necessário promover os referidos princípios fundamentais. Assim, “todos os Estados membros das Nações Unidas ratificaram pelo menos um dos nove principais tratados internacionais de direitos humanos, e oitenta por cento ratificaram quatro ou mais, dando expressão concreta à universalidade da DUDH e dos direitos humanos internacionais”²⁵.

Ora, através da ratificação dos referidos tratados, os Estados assumem o compromisso da implementação de medidas compatíveis com os seus deveres e obrigações em geral, para respeito e promoção dos direitos humanos. Desta feita,

²¹ UNITED NATIONS, pesquisável em <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

²² UNITED NATIONS, pesquisável em <https://www.un.org/en/udhrbook/#7>, último acesso em 16 de abril de 2019.

²³ UNITED NATIONS, pesquisável em <https://www.un.org/en/sections/universal-declaration/history-document/index.html>, último acesso em 16 de abril de 2019.

²⁴ UNITED NATIONS, pesquisável em <https://www.un.org/en/sections/universal-declaration/foundation-international-human-rights-law/index.html>, último acesso em 16 de abril de 2019.

²⁵ UNITED NATIONS, pesquisável em <https://www.un.org/en/sections/universal-declaration/foundation-international-human-rights-law/index.html>, último acesso em 16 de abril de 2019.

o sistema jurídico interno deve garantir não só o respeito por essa fonte legal de protecção como os mecanismos internacionais necessários à sua salvaguarda.

III. A ideia dos “direitos imprescritíveis do homem enquanto homem” remonta à Grécia antiga, onde, numa das tragédias de Sófocles – Antígona – é demonstrado, de forma clara, que o indivíduo tem direito à resistência perante abusos do poder desrespeitadores da sua consciência. Seguiram-se outros Autores, como Aristóteles, São Tomás de Aquino, Locke, Kant, até chegarmos a 1789, ano que simboliza o surgimento da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, impulsionada por França, com o objetivo concreto de dar àquela expressão foros de universalidade. Contudo, foi a II Guerra Mundial que gerou e relançou o desafio de uma Declaração verdadeiramente universal de defesa de direitos inalienáveis. Antes, não se deverá esquecer, contudo, o Código de Nuremberga (1947) que assumiu como objetivos os de proteger a liberdade e a dignidade do indivíduo, e que posteriormente deu origem, em articulação com a DUDH, aos grandes ensinamentos da ética biomédica e da bioética. É de destacar que o artigo 1.º da DUDH estabelece uma articulação com as questões bioéticas, referindo-se à igualdade, entre outras dimensões.²⁶

IV. Nesta sequência importa frisar que a DUDH no seu artigo 1.º proclama que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

Os direitos humanos e a bioética estão concertados conforme a perspetiva normativa, sendo que a eficácia das normas e o seu conteúdo dependem de várias condições sociais, culturais e económicas. Assim, a DUDH simboliza a confirmação da interseção e consolidação da aplicação dos seus princípios.²⁷

Os diversos direitos fundamentais encontram o seu alicerce no conceito de dignidade humana e por conseguinte, ela deve estar na concretização de cada um deles.

A ideia de “dignidade da pessoa humana”, poderá ser considerada como algo “de puramente apriorístico ou a-histórico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente”, uma vez que compete ao legislador

²⁶ GILBERT HOTTOIS, “Direitos do Homem” in *Dicionário de Bioética*, Gilbert Hottois; Marie-Hélène Parizeau (Eds), Lisboa, Instituto Piaget, 1993, pp. 160-168.

²⁷ AA DE OLIVEIRA, The intersection between bioethics and human rights in the light of the universal declaration on bioethics and human rights, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2011, Jan-Jun (34), pp. 21-50.

na comunidade jurídica, reconhecer e admitir como legítimo um «“pluralismo” mundividencial ou de concepções».²⁸

A fraternidade como conceito filosófico, encontra-se intimamente ligada aos conceitos de liberdade e igualdade, tendo sido esta tríade formalmente adotada como mote revolucionário. Este conceito encontra fundamento nas escolhas da vida em sociedade tornando o Homem num animal social e político.

V. Por sua vez, considerando a questão supra sobre a responsabilidade dos Estados, o artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) refere que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”.

Verifica-se, a este propósito, que existem, ao longo da CRP, algumas tomadas de posição no que concerne ao termo dignidade: do n.º 1 do artigo 13.º (Princípio da igualdade) resulta que “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.”, nos n.º 2 e 3 do artigo 26.º (outros direitos sociais) lê-se que “A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.” e “ A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.”, e alínea e) do n.º 2 do artigo 67.º (Família) “ Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”. Adicionalmente no artigo 206.º (Audiências dos tribunais) é referido que “As audiências dos tribunais são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento.”.

Constata-se, assim, a transversalidade do artigo 1.º da CRP, o que cremos resultar também da imposição do artigo 1.º da DUDH, ao determinar a sua aplicabilidade a direitos sociais prementes, nomeadamente o direito à família, aqui trespassando a essencialidade da igualdade e da liberdade.

VI. A jurisprudência tem recorrido ao princípio da dignidade da pessoa humana, concretamente a propósito do direito à habitação (relativamente ao qual se refere existir sempre um mínimo que o Estado deve satisfazer)²⁹;

²⁸ Acórdão do TC n.º 105/90.

²⁹ Acórdão do TC n.º 101/92.

e, ainda, no âmbito do Direito Penal, ao nível dos efeitos estigmatizantes capazes de perturbar a “readaptação social do delinquente”³⁰ ou, também, no que concerne aos princípios constitucionais de política criminal (o princípio da culpa, da necessidade da pena ou das medidas de segurança, princípio da legalidade e igualdade)³¹.

Nesta medida, importa aprofundar o conceito de “pessoa”, nas suas várias potencialidades, e à luz de uma significância de continuidade, atento o desenvolvimento contínuo do ser humano, desde a sua conceção. O conceito de pessoa poderá assumir contornos diversos, alcançando uma significância biológica, ontológica, jurídica e ética.³²

VII. A dignidade humana pode ser encarada em determinada medida como uma “referência indispensável para a adesão a cada ideal de vida”. O que se lhe atribui (como forma de atributo universal comum a todos os homens) está diretamente relacionado com o Homem e a sua inalienável dignidade, isto é, um profundo e incomensurável valor. Curiosamente, a religião eleva o Homem a um ser superior aos demais animais, sendo por isso portador de uma dignidade particular. Nesta senda, o Homem é um ser único e irrepetível, sendo, por isso, o responsável pelo seu próprio caminho, dotado de incalculável dignidade. Pensadores como Platão, Aristóteles e São Tomás de Aquino, colocam o Homem como o ser no vértice da natureza criada, feito à imagem e semelhança de Deus. Também Kant refere que o Homem é um fim em si mesmo e não deve ser utilizado como meio para se atingir um fim³³. Ele é dotado de uma racionalidade com determinada perspectiva moral, sendo capaz de se pronunciar em determinadas contingências. Sendo um valor em si mesmo, dotado de racionalidade, voluntariedade e autonomia, ele possui uma dignidade intocável, tornando-se um ser livre, com a capacidade de se autodeterminar e autoconscienciar.

Ora, aquele artigo 1.º da CRP, bem como o artigo 1.º da DUDH indiretamente, sustentam a República mas fazem também uma referência clara a todos os direitos fundamentais, suportando-os, por isso, a todos, e em particular, aos que têm implicação direta com o princípio da dignidade, como o direito à vida

³⁰ Acórdão do TC n.º 16/84.

³¹ Acórdão do TC n.º 238/92.

³² BERNARD KEATING, “Pessoa Potencial” in *Dicionário de Bioética*, Gilbert Hottois; Marie-Hélène Parizeau (Eds), Lisboa, Instituto Piaget, 1993, pp. 301 e 302.

³³ ARDITA MARIA GRAZIA, “Dignidade humana” in *Dicionário de Bioética*, Vila Nova de Gaia, Editorial Perpétuo Socorro, 2001, pp. 275-278.

ou à integridade pessoal, por exemplo. A ideia de reconhecimento que surge nesta sequência é inquestionável, na medida em que existe uma tradução do conceito de dignidade como um valor absoluto, tornando ilícitos todos os atos que atentem contra ela. Pode ainda chegar-se ao patamar de reflexão profunda, onde os interesses individuais deverão prevalecer sobre os da sociedade ou ciência em exclusivo. O primado do ser humano assente na consciência jurídica internacional baseia-se sistematicamente em diversos conceitos e direitos tais como os que já foram referidos anteriormente mas reside essencialmente no conceito de respeito pelas legítimas expectativas das gerações futuras.³⁴

VIII. Importa ainda mencionar a importância da defesa do princípio da autonomia em todas as atividades que envolvam as pessoas, nomeadamente onde se julgue que está em causa um princípio maior como as atividades de saúde pública e pesquisa epidemiológica. Assim, a obtenção do consentimento informado como forma dessa concretização de promoção da autonomia e defesa da dignidade humana é essencial.³⁵

O legislador adota como prática comum uma técnica que visa a salvaguarda intrínseca do poder de interpretação e que se resume ao seguinte brocardo: *Omnis definitio in jure periculosa est*. (Toda a definição na lei é perigosa.). Excluindo-se termos muito técnicos, habitualmente os legisladores preferem não definir com precisão os conceitos, deixando essa tarefa para *a posteriori* eliminando constrangimentos que se relacionem com o respeito pela diversidade cultural e até normas bioéticas enquadradas em determinada comunidade, sendo esse, portanto, o caso da dignidade humana.³⁶ O apelo à dignidade reflete uma preocupação real sobre a essencialidade de promoção do respeito pelo valor intrínseco dos seres humanos, assim como pela integridade da espécie humana.³⁷

³⁴ HELENA PEREIRA DE MELO, "O biodireito" in *Ética em Cuidados de Saúde* Daniel Serrão e Rui Nunes (Eds) Porto Editora, Porto, 1998, pp. 171-174.

³⁵ KH MENG. ['Informed consent' in public health activities: based on the universal declaration on bioethics and human rights, UNESCO], *J Prev Med Public Health*, 2008 Sep; 41(5): 339-44.

³⁶ R ANDORNO, Global bioethics at UNESCO: in defence of the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, *Journal of Medical Ethics*, 2007 Mar; 33(3): 150-4.

³⁷ R ANDORNO, Human dignity and human rights as a common ground for a global bioethics, *The Journal of Medicine and philosophy*, 2009 Jun; 34(3): 223-40. doi: 10.1093/jmp/jhp023. Epub 2009 Apr 22.

IX. Podemos concluir que a dignidade humana tem uma conotação intrínseca pois não depende da origem, de qualquer função ou cargo ocupado e/ou da sua contribuição política, fundando-se sempre na autonomia ética da pessoa caracterizada axiologicamente. Para além disso, a dignidade está intimamente ligada a um reconhecimento objetivo de valor absoluto – é uma dignidade incorporada que assume um lugar em determinada experiência pessoal, não sendo substituível.

De acordo com João Loureiro, entende-se por dignidade humana “o valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética e que alicerça uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos”.³⁸

Assim, paralelamente aos direitos, concorrem os deveres³⁹ o que obriga naturalmente a um dever de proteção por parte do Estado, existindo a obrigação nesse sentido de garantia de uma vida digna. É neste percurso que a identidade pessoal se constrói, à luz do livre desenvolvimento da personalidade. Será importante referir que a dignidade não poderá assentar apenas na verificação de determinadas características como a autoconsciência (veja-se o exemplo dos incapazes).⁴⁰

Em suma, o conceito de dignidade da pessoa humana está intimamente ligado ao mais profundo fundamento da ordem jurídica que transcorre os direitos sociais, prevalecendo como um direito absoluto, enraizado na liberdade e na igualdade, sobre diferentes paradigmas inquisitórios de interpretação

Sofia Nunes

2.º ano da licenciatura em Direito

³⁸ JOÃO CARLOS LOUREIRO – *Os genes do nosso (des)contentamento – dignidade humana e genética: notas de um roteiro in* Genoma e Dignidade Humana, Rui Nunes, Helena Melo e Cristina Nunes (Eds), Coimbra, Gráfica de Coimbra Lda, p. 229.

³⁹ CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, Reflexão ética sobre a dignidade humana cnecv n.º 26/CNECV/99, pesquisável em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273058936_P026_DignidadeHumana.pdf, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁴⁰ JOÃO CARLOS LOUREIRO, *Os genes...*, ob.cit., pp. 205-234.

ARTIGO 2.º

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

COMENTÁRIO

I. No que diz respeito ao comentário do artigo 2.º, será utilizado aqui o entendimento de Max Weber segundo o qual o Direito é construído por efeito de variadas combinações e recombinações de tradições, valores e racionalidade⁴¹. É necessário perceber que o comportamento discriminatório acompanhou todas as civilizações da história até certo ponto, onde começaram a ser levantadas preocupações humanitárias com os povos explorados de maneira mais contundente. Essa mudança acontece no seio da civilização cristã, principalmente a partir do momento em que os relatos dos maus tratos espanhóis aos nativos do novo mundo chegaram à Espanha no século XVI, chocando a cristandade e motivando todo um movimento em direção à universalização dos direitos humanos⁴².

⁴¹ MÁRCIA REGINA CASTRO BARROSO, A Sociologia do Direito em Max Weber, *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 31, n. 16, p.41-53, jan. 2013. Pesquisável em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2013v16n31p41>, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁴² THOMAS E. WOODS JUNIOR, *Como a Igreja Católica Construiu a Civilização Ocidental*, São Paulo, Quadrante, 2014, p. 128.

Dito isso, o presente comentário dará ênfase em uma anamnese e reflexão acerca das ideias que possibilitaram o acontecimento desse importante marco na história da luta pelos Direitos Humanos, fundamental para compreensão do direito previsto no artigo 2º da DUDH.

II. Nem sempre é verdadeiro que todo o indivíduo possui pleno acesso a todos os direitos e liberdades que existem dentro do Estado ao qual faz parte. Muito pelo contrário, se observarmos sob o prisma da história, veremos que é bastante recorrente que membros de uma elite detentora dos meios políticos possuam privilégios ante ao povo. No período imediatamente anterior à promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o entre guerras e a segunda guerra mundial, diversos grupos minoritários tiveram seus direitos e liberdades tolhidos pelos regimes totalitários que emergiram. Caso marcante é o dos judeus que foram oprimidos, humilhados e chacinados pela Alemanha durante o período do nazismo⁴³.

A raiz dessa exclusão encontra sua justificação nas variadas teses de que existem diferenças entre indivíduos que fazem com que certas camadas da população sejam consideradas menos aptas ou confiáveis que outras para participar plenamente do convívio social e vida política da nação. Essa foi uma tendência constante em toda a história da humanidade, sendo grande parte das sociedades pré-modernas marcadas por uma nítida e expressa hierarquia entre determinados grupos sociais, mas que foi começou a ser desafiada pelas conquistas do Direito ocidental em um processo que se desencadeia desde o século XI em diante.

III. O Direito obteve ganhos substanciais nos séculos XI e XII, particularmente na Itália, graças ao renascimento do direito romano, que motivou a formulação de uma ciência do Direito própria, que abrangia não somente os ensinamentos romanos, como também as leis bárbaras e as capitulares carolíngias que eram resumidas e comentadas⁴⁴. Seu desenvolvimento se deu graças a uma resenha crítica das compilações de Justiniano, a *Littera Bolonienses*, que foi aceita como base indiscutível do Direito, sujeita a uma técnica de análise baseada no *Trivium* (Gramática, Retórica e Dialética). Assim foi criado o primeiro corpo de leis sistemático da Europa medieval, cujo conteúdo contribuiu para as bases do Direito ocidental moderno nas mais diversas matérias, desde os vícios de consentimento contratual até a aferição da culpabilidade penal, mostrando

⁴³ RICHARD J. EVAN, *O Terceiro Reich no Poder*, São Paulo, Planeta, 2011, pp. 722-745.

⁴⁴ MARC BLOCH, *A Sociedade Feudal*, Lisboa, Edições 70, 2000, p. 142.

grande complexidade em suas discussões⁴⁵.

Dentro desse período de fartura para o Direito faz-se necessário realçar uma figura em particular: São Tomás de Aquino, teólogo italiano do século XIII que deu uma contribuição fundamental para a filosofia do Direito.

Na doutrina tomista se entende que a “lei” é uma ordenação da razão para o bem comum emitida por alguém que toma conta da comunidade e que a promulga. Neste sentido, poderíamos predicar que a lei é um comando que induz as pessoas para um determinado fim valorado como bom pelo legislador. Isso significa que a lei pertence à razão humana, porque é da competência dela ordenar o indivíduo para seus fins. A razão prática está sempre direcionada aos fins últimos da vida humana que seriam a felicidade e a bem-aventurança, e, portanto, a lei como produto da razão deve prestar atenção na ordenação para esses fins últimos. Afinal, toda a multiplicidade das coisas terrenas deve ter como objetivo se inteirar ao todo, como a imperfeição que deveria se direcionar a perfeição.

Neste sentido, São Tomás desenvolve um sistema de fontes de Direito que poderia ser exemplificado como um losango, com a lei eterna (*Lex aetherna*) solitária no topo da hierarquia, sendo tocada pela lei divina (*Lex divina*) e a lei natural (*Lex naturalis*) abaixo dela e, por fim, a lei humana (*Lex humana*)⁴⁶. A lei eterna é a razão suprema existente em Deus, que está acima de todas as outras, regulamentando toda a criação divina, presidindo os fenômenos naturais e a existência humana⁴⁷. Essa lei eterna só pode ser alcançada pelo homem com o amparo da lei natural, que é a simples participação da criatura na lei eterna através da razão de forma imperfeita, que deve ser balizada pela lei divina, ou seja, a lei revelada por Deus ao homem, de maneira a enxergar movimentos ocultos que ele normalmente não entenderia. E na parte mais baixa da hierarquia está a lei humana, que é a lei temporal que deriva da natural por obra do legislador que a põe e a faz valer⁴⁸.

IV. Voltando ao início da exposição, quando foi mencionada a Espanha do século XVI, considerando o que já foi dito, é possível agora perceber a influência da filosofia cristã e tomista neste marco histórico. Se formos analisar os dis-

⁴⁵ THOMAS E. WOODS JUNIOR, *Como a Igreja...*, ob.cit., pp. 181-183.

⁴⁶ THOMAS AQUINAS, *Treatise on Law*, Indianapolis, Hacket Publishing, 2000, pp. 25-49.

⁴⁷ ANTONIO CARLOS WOLKMER, *O pensamento Político Medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino*, in WOLKMER, A. C. (Org.), *Introdução à história do pensamento político*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

⁴⁸ NORBERTO BOBBIO, *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*, São Paulo: Icone, 1999, p. 20.

curiosos que estavam por trás da defesa dos direitos dos índios no novo mundo é notória a influência do losango tomista, particularmente quanto à doutrina da lei natural intrínseca no homem que pode o remeter ao sumo bem, que é Deus. Tanto no histórico discurso "*Eu sou a voz que clama no deserto*" de Montesinos, quanto na defesa de Francisco de Vitória, pai do Direito Internacional, em prol do direito dos aborígenes de ter um governo, pode-se observar uma base argumentativa fundada no jusnaturalismo tomista, sustentando que da própria dignidade do homem como animal racional se segue logicamente direitos naturais que devem se tutelados⁴⁹.

Esses discursos e doutrinas causaram impacto no Direito de seu tempo, tendo o Rei da Espanha elaborado leis que regulassem as relações dos espanhóis com os indígenas, como as Leis de Burgos (1512), de Valladolid (1513) e as Novas Leis (1542)⁵⁰. Também se tornou doutrina expressa da Igreja Católica através do Papa Paulo III, onde foi emitida a bula *Veritas Ipsa*, que condenava a tese de que os índios haviam de ser escravizados por serem inábeis para a Fé Católica e que eles só deveriam ser convertidos através da pregação e exemplo de vida⁵¹. Este mesmo papa foi responsável pela encíclica *Sublimus Dei*, que reiterava a dignidade dos indígenas porquanto humanos dotados de capacidade racional e afirmava que eles não deveriam ser tolhidos de suas liberdades e propriedades, sob pena de nulidade do ato⁵².

V. Essas conquistas em prol da universalização dos direitos só chegaram a ocorrer devido ao esforço, coragem e sacrifício de intelectuais que desafiaram o poder econômico da época em nome de sua fé religiosa. Mesmo assim, longe de acabar com os abusos de poder sob os povos dominados, essas condenações e leis se mostraram insuficientes ou ineficazes, sendo os séculos subsequentes marcados por abusos tão ou mais graves, consequentes do escravismo que se alastrou por todo o globo.

Não se deve tomar esse facto como uma diminuição da importância dessas conquistas, pelo contrário, é importante nos atentarmos ao espírito que as anima: o exercício do sentimento do Direito. Esse exercício é vital porque a lei

⁴⁹ THOMAS E. WOODS JUNIOR, *Como a Igreja...*, ob.cit., pp. 129-133.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ PAULO III, *Veritas Ipsa*, 1537, pesquisável em: http://www.montfort.org.br/bra/documentos/decretos/veritas_ipsa/, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁵² PAULO III, *Sublimus Dei: On the Enslavement and Evangelization of Indians*, 1537, pesquisável em: <http://www.papalencyclicals.net/paul03/p3subli.htm>, último acesso em 16 de abril de 2019

e os princípios do Direito positivado não vêm a existir sem trabalho ou ação⁵³. A lei e a justiça não podem ser vitoriosas sem que os membros da sociedade cooperem com elas, e, para tanto, eles devem ir além de seu individualismo e se deixar mover por efeito da indignação pela violação do justo⁵⁴. Sem isso, a justiça nunca será feita lei e a lei justa nunca irá adquirir eficácia.

Sendo assim, entende-se o espírito e importância do artigo 2º da DUDH quando ele estabelece o direito de todos os seres humanos a invocar seus direitos e liberdades previstos na Declaração. Trata-se de uma garantia fundamental para que se efetive o respeito aos direitos humanos: a de postular a concretização desses direitos.

VI. É necessário perceber através da cronologia dos factos históricos mencionados ao redor desse comentário que, a despeito dos esforços feitos pelos pensadores do século XVI, a consolidação da igualdade formal de postular direitos não se tornou um direito absoluto e inquestionável de imediato. Se por um lado as ideias são capazes de motivar os homens em direção ao reconhecimento do Direito, por outro lado o Direito só passa a se concretizar através de trabalho e esforço contínuos.

A consolidação e reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana se dão de maneira tensional e mediante luta. O reconhecimento da igualdade de direitos e dignidade entre os homens não aboliu de imediato os abusos do sistema escravagista, nem evitaram Hitler, mas motivaram a luta contra essas formas de opressão. Por isso, o artigo 2º da declaração de direitos humanos é tão importante, afinal, ele consolida o entendimento comum das nações de que todos os seres humanos, indistintamente, podem invocar seus direitos e liberdades fundamentais, ou seja, afirma o direito humano de lutar pelo respeito aos seus direitos e liberdade.

Hugo Rossi Figueirôa

3º ano da licenciatura em Direito

⁵³ RUDOLF VON IHERING, *A Luta Pelo Direito*, São Paulo, Hunter, 2012. Tradução de Dominique Makins, p. 64.

⁵⁴ *Idem*, pp. 113-116.

ARTIGO 3.º

Todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

COMENTÁRIO

I. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (doravante DUDH) ainda que desprovida *per se* de vinculatividade jurídica, alicerça o reconhecimento e aplicação progressiva, universal e efetiva, de valores inalienáveis de entre os quais o tríptico de direitos à vida, à liberdade e à segurança.

Esta previsão do artigo 3.º encontra correspondência num *corpus* abundante de tratados internacionais e na legislação portuguesa. Destaquem-se o artigo 2.º e Protocolos n.ºs 4, 6 e 13 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH); os artigos 2.º e 6.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) e os artigos 6.º, 9.º, 11.º e Segundo Protocolo Adicional do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP). Finalmente, quer o direito à vida quer o direito à liberdade e à segurança inserem-se no catálogo dos Direitos, Liberdades e Garantias, encontrando consagração, respetivamente, nos artigos 24.º e 27.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP).

II. No presente comentário, debruçar-nos-emos quanto à legitimidade ético-jurídica da pena de morte, que transgride o direito a não ser morto, corolário principal do direito à vida, nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira⁵⁵. Em seguida, versaremos sobre o díptico direito à liberdade e segurança, que se ergue como baluarte à arbitrariedade. Por último, indagaremos sobre a contemporaneidade do artigo numa abordagem do sintagma – de aparência singela mas importante de não negligenciar – todo o indivíduo.

⁵⁵ Neste sentido se pronunciam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4a ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 447 ss.

III. Já presente num preceito do Decálogo judaico-cristão “não matarás” (Ex 20, 13; Dt 5, 17), tem sido, desde o Iluminismo, uma questão de vívida controvérsia filosófica saber se a pena de morte haveria de ser preservada ou abolida.

É com Cesare Beccaria e a sua obra «*Dos Delitos e das Penas*» (1764) que se dá por nascido o movimento abolicionista⁵⁶. Embora frustrado pela hostilidade dos penalistas e circunstâncias políticas de então, as sementes haviam sido lançadas, vindo a ressurgir no segundo quartel do século XIX, pela mão de escritores como Victor Hugo. O mesmo, mais tarde, viria a escrever: “Desde hoje, Portugal está à frente da Europa. Vós, Portugueses, não deixastes de ser navegadores intrépidos. Outrora, íeis à frente no Oceano; hoje, ides à frente na Verdade. Proclamar princípios é ainda mais belo do que descobrir mundos.”⁵⁷.

Deveras, é de exaltar o pioneirismo de Portugal nesta matéria, havendo sido o primeiro Estado soberano europeu e uma das primeiras nações do mundo a abolir *de iure* a pena de morte para os crimes civis.

Aliás, aquando da apresentação da proposta de lei que contemplava tal medida, invocam-se a “voz da humanidade e do sentimento”, “os ditames da ciência e as tendências da civilização”, mas também as estatísticas que demonstravam a inutilidade de tal pena, abolida de facto desde 1846, sem que se houvesse verificado qualquer aumento da criminalidade. Defende-se, assim, a adequação da legislação à realidade, pois «se se não executa, se contra a sua execução se insurgiria o sentimento e a consciência pública», não há razão para manter “essa antinomia entre as leis e os costumes”.⁵⁸ Aires de Gouveia, deputado, diria então: “A pena de morte, decerto, que não corrige; o cadáver não se corrige. Todo o facto que não tiver por consequência necessária e imediata a correção moral do sujeito culpado, não pode denominar-se pena. Chamem-lhe castigo, satisfação social, vingança, o que quiserem, mas nunca pena. Corrigir, moralizar, regenerar, reabilitar para a vida social deve ser o fim supremo da penalidade. [...]”⁵⁹.

IV. Assim, atualmente, a nossa Constituição revela um claro princípio de humanidade nos n.º1 do seu artigo 24.º, e no n.º1 do artigo 30.º, proibindo quer a pena de morte quer a pena de prisão perpétua.

⁵⁶ JEAN IMBERT, *La peine de mort*, in *Journal des Savants*, 1968, pp. 63-64, disponível em <https://urlz.fr/9wbR>, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁵⁷ ARANHA BRITO, *Factos e homens do meu tempo: memórias de um jornalista*, Lisboa, Parceria António Maria Pereira, Livraria Editora, 1908. Tomo 2, p. 200.

⁵⁸ Pesquisável em <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Paginas/abolicaoopenamorte.aspx>, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁵⁹ *Idem*.

De facto, “a centralidade do direito à vida na “ordem de valores” jurídico-constitucional portuguesa” é tal “que obriga não apenas à proibição absoluta da pena de morte no âmbito da soberania portuguesa” (nos termos do n.º2 do artigo 24.º da Constituição), “mas também à defesa da vida ante jurisdições estrangeiras”⁶⁰, consagrando-se a proibição de extradição ou de entrega a qualquer título por crimes a que, segundo o direito do Estado requisitante, corresponde a pena de morte (nos termos do n.º 6 do artigo 33.º da Constituição).

V. Ainda ao nível do direito internacional, é indispensável fazer referência quer ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos⁶¹ (que estabelece no n.º1 do seu artigo 6.º que “ninguém pode ser arbitrariamente privado da vida” e exige, no n.º2, que a pena de morte seja, tanto quanto possível, abolida) quer ao Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vista à Abolição da Pena de Morte⁶², onde se lê em preâmbulo “[R]ecordando o artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (...)”, e nos termos do qual os Estados Partes estão obrigados a abster-se de execuções (parágrafo 1.º do artigo 1.º) e devem, por todos os meios possíveis, abolir a pena de morte (parágrafo 2.º do artigo 1.º).

Em 2014, para assinalar o 25.º aniversário do referido Protocolo, o Comité de Direitos Humanos da ONU pediu aos países que procedessem à ratificação do mesmo. Na altura, 81 países já o haviam ratificado e outras 79 nações tinham abolido completamente a pena de morte (abolicionistas *de iure*) ou não a utilizavam mais (abolicionistas *de facto*). Hoje, são 86 a ter ratificado. No entanto, para as autoridades, é importante que até mesmo os tais países abolicionistas de facto ratifiquem o Protocolo para evitar que possam facilmente reintroduzir a pena de morte no futuro.

VI. No que respeita já ao direito à liberdade e à segurança, importa assinalar que a liberdade política num cidadão é aquela tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem da sua segurança ; e para que haja esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa recear um

⁶⁰ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4a ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 451

⁶¹ Datado de 16 de Dezembro de 1966 e assinado a 7 de Outubro de 1976 por Portugal, viria a entrar em vigor na ordem jurídica portuguesa a 15 de Setembro de 1978 (Lei n.º29/78).

⁶² Adotado pela Resolução 44/128 da Assembleia Geral da ONU em 15 de dezembro de 1989 e ratificado por Portugal em 1990.

outro cidadão, como referia Montesquieu em 1748.⁶³

De um ponto de vista jurídico, convém distinguir o direito à liberdade física enquanto liberdade de movimentação, *i.e.* direito a não ser aprisionado ; do direito à segurança que subentende uma proteção contra toda a detenção arbitrária. O primeiro consubstancia um dever de abstenção do Estado e dos restantes indivíduos. O segundo pressupõe um dever de garantia estatal contra toda a detenção arbitrária, justificando pela mesma, as exceções ao primeiro.

Aliás, e à semelhança da DUDH, não é por acaso que a CRP reúne o direito à liberdade e o direito à segurança num só artigo (o artigo 27º). Os direitos à liberdade e à segurança são *conditio* um do outro. De facto, a arbitrariedade é insegurança permanente.⁶⁴ Dessarte, um poder arbitrário é um poder do qual jamais podemos prever as decisões. Ora, é imprescindível que, como evidencia Guy Haarscher (1993), o governado saiba, de antemão, qual a fronteira entre o lícito e o ilícito. Só assim poderá decidir, com conhecimento de causa, entre cumprir a Lei ou transgredi-la.

Se este dever de *cognitio* abarca em primeira análise um dever, para todo cidadão, leva *ipso facto* ao direito de apenas ser responsabilizado pelos seus atos face a Lei.

VII. Salvar a segurança da arbitrariedade exige portanto que o indivíduo, cuja ação é questionada, se possa defender, perante um juiz – independente e imparcial – que, dizendo o direito, se pronunciará quanto à ilicitude da mesma.

Os princípios da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) e da publicidade corporalizam um compromisso do poder, que parece mínimo mas é, na verdade, imenso, uma vez que o Estado, depois de haver elaborado e publicado as leis, está a elas *in perpetuum* vinculado. A prévia previsão e publicação das leis em nada é suficiente mas em tudo é necessária. Com ela não podemos excluir regimes que não respeitem os direitos humanos, mas sem ela, o totalitarismo é inevitável.

Há que frisar, ainda, que o risco de detenção arbitrária é inerente a qualquer ação de aplicação da lei. Qualquer jurisdição é suscetível de fazer erros judiciais. Este risco atinge, no entanto, proporções irrazoáveis quando um indivíduo é detido sem haver sido julgado.

⁶³ MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*, Livro XI, capítulo VI, trad. Miguel Morgado, Coimbra, Almedina, 1748, p. 305.

⁶⁴ Neste ponto, segue-se amplamente GUY HAARSCHER, *Philosophie des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 4a ed., 1993, pp. 25-32.

VIII. Nesta sede, importa fazer menção tanto ao princípio da presunção de inocência, que encontra consagração, entre nós no n.º 2 do artigo 32.º da Constituição ("todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação") como ao princípio *in dubio pro reo*, emanação do primeiro e segundo o qual o tribunal deve, caso fique aquém da dúvida razoável apesar de toda a prova produzida, dar como provados os factos favoráveis ao arguido.

Assim, a privação de liberdade não afeta a segurança desde que desprovida de arbitrariedade. A pessoa que, *a contrario*, se considere ilegalmente detida (ou, entre nós, qualquer cidadão, no gozo dos seus direitos políticos, em favor da mesma, segundo o n.º2 do artigo 31.º CRP) pode requerer a providência de habeas corpus: "*Cette dernière permet à toute personne qui s'estime irrégulièrement détenue de demander au juge d'une juridiction supérieure d'ordonner, sous peine de sanction sévères, à celui qui en assure la garde, de présenter le prisonnier et d'expliquer les raisons de la détention. La Cour peut alors ordonner une libération immédiate*".⁶⁵

IX. De formações discursivas distintas, não só em tempo como em epistema, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 compõem um *continuum* na reconhecimento dos direitos fundamentais. A primeira, fruto da Revolução, revela pelo vocábulo cidadão, o cerne que reivindica – a igualdade política entre os homens. A segunda, intercorre à barbaridade da Guerra. A primeira pertence aos cidadãos, nacionais de Estados ; enquanto a segunda reúne todos os indivíduos como irmãos de uma mesma família.⁶⁶ Dessarte, a Declaração Universal dos Direitos do Homem aplica-se a todos, sem distinções algumas. Nenhum indivíduo pode ser discriminado.

X. Contudo, a realidade é outra, ainda hoje, na vida de muitas mulheres. Assistimos, como descreve Rashida Manjoo, a mortes fundadas em acusações de bruxaria, infanticídio feminino, violência conjugal, mortes em nome da honra e inúmeras outras práticas cultural e socialmente enraizadas, que, para além

⁶⁵ M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, 1995, Paris, PUF, p. 638 e JEAN MORANGE, *Droits de l'Homme et Libertés Publiques*, Paris, PUF, 4ª ed., 1989, pp. 153-154.

⁶⁶ "É ao jurista francês René Cassin que devemos a qualificação 'universal' atribuída à Declaração. » M. BETTATI E O. DUHAMEL, 1998 *apud* GENEVIÈRE PETIOT, *De la 'Déclaration des droits de l'homme et du citoyen' (1789) à la 'Déclaration universelle des droits de l'homme' (1948) constantes et changements*, 2005, Université Paris III – Sorbonne Nouvelle, p. 140, disponível em <https://urlz.fr/9w8O>, último acesso em 16 de abril de 2019.

de serem prejudiciais e degradantes para as mulheres, negam o direito à vida, à liberdade e à segurança destas: *"Gender-related killings are the extreme manifestation of existing forms of violence against women. Such killings are not isolated incidents which arise suddenly and unexpectedly, but are the ultimate act of violence which is experienced in a continuum of violence. [...] The right to life, liberty and security of women requires acknowledging that violence against women impairs and nullifies women's realisation of all human rights ; it prevents women from participating in their communities as full and equal citizens ; it reinforces male dominance and control ; it supports discriminatory gender norms ; and it maintains systemic inequalities between women and men. These factors in turn preserve and perpetuate conditions that enable violence against women to continue."*⁶⁷

XI. Assim, perante a inércia de muitos Estados em agir com a devida diligência na promoção e proteção dos direitos das mulheres, permitindo que a impunidade seja a norma, urge tomar medidas face a este quadro de violação sistemática e generalizada de direitos humanos.

Apesar dos direitos consagrados há 70 anos na Declaração escasseiam até à data desenvolvimentos normativos significativos e os esforços vêm-se praticamente resumindo à elaboração de *soft law*. Aí, a Declaração Sobre a Eliminação da Violência contra Mulheres, de 1993, é o único documento a ser consensualmente aceite a nível internacional apesar de não ter sido, até à data, suficiente para promover a garantia efetiva e eficaz desses direitos.

Rashida Manjoo postula como solução a edificação nas Nações Unidas de uma estrutura específica e compreensiva de instrumentos vinculativos, referentes à violência contra as mulheres, onde se incluisse v.g. uma Convenção Internacional sobre a Eliminação da Violência Contra Mulheres ou um Protocolo Opcional para a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulheres, que proporcionaria um enquadramento normativo claro e globalmente aplicável no que concerne à proteção das mulheres.⁶⁸

Joana Rita Petornilho Efe de Barros
Sylvane Vital Videira

Estudantes do 4.º ano da licenciatura em Direito

⁶⁷ C. FERSTNAM, A. GOLDBERG, T. GRAY, L. ISON, R. NATHAN, M. NEWMAN, *Contemporary Human Rights Challenges – The Universal Declaration of Human Rights and its continuing relevance*, Tony Gray, 2018, pp. 43-51.

⁶⁸ *Idem*, ob. e loc. cit.

ARTIGO 4.º

Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos.

COMENTÁRIO

I. Ponto preliminar para a boa intuição do preceito que analisaremos é, parece-nos, o de principiar por esclarecer os termos utilizados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Uma vez que a leitura do artigo 4.º poderá transportar imediatamente o leitor para noções históricas de uma realidade antiquíssima, que a escravatura é, e tentando evitar tal dispersão mental, optamos por precisar *ab initio* que o preceito refere que *ninguém será mantido em escravatura ou em servidão* – dois conceitos, duas realidades, duas análises se exigem, portanto. E bem assim, quanto ao conceito de escravatura, resistindo, ainda, à tentação de convocar qualquer espécie de abordagem pré-jurídica, iremos recorrer a uma definição que, apesar de já antiga, pode com alguma firmeza reputar-se de precisa: aquela que consta do artigo 1.º da Convenção relativa à Escravatura, concluída sob os auspícios da Sociedade das Nações, em setembro de 1926 (logo ratificada por Portugal). Diz-nos o seguinte: *a escravatura é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos ou quaisquer atributos do direito de propriedade*. Equipara, portanto, a escravatura a um estado de coisificação da pessoa humana, que a despe de qualquer dignidade (da “exigência ôntica” de que nos falava o Tribunal Constitucional⁶⁹) e a sujeita ao trato comum das coisas, tornando-a apropriável. Há uma inversão gritante da pessoa como sujeito de direitos, mas também como objeto de direitos, na medida em que se nega ao escravizado a sua existência

⁶⁹ Acórdão do TC n.º 607/2003.

enquanto centro de decisão e de imputação, e, consequentemente, objeto de tutela jurídica⁷⁰.

O segundo ponto do mesmo artigo acrescenta a noção de tráfico de escravos: *qualquer ato de captura, aquisição ou cessão de um indivíduo com o fim de o reduzir à escravatura*. Temos, assim, duas aceções⁷¹ para a escravatura: o estado subjetivo de sujeição que reduz o indivíduo à condição de coisa, e o tráfico de indivíduos sujeitos a tal estado.

II. Quanto ao conceito de servidão, valemo-nos agora da Convenção Suplementar relativa à Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, concluída 30 anos volvidos, em setembro de 1956, e que veio a incorporar⁷² medidas de abolição da servidão (ou *servidões*, como depois veremos), e de práticas análogas à escravatura, refletindo, assim, a orientação da Convenção sobre o trabalho forçado (1930) e da DUDH (em especial, e como é óbvio, o artigo 4.º, de que estamos a tratar). Cumpre não confundir trabalho forçado com servidão: ainda que possa haver alguma convergência de significados, o trabalho forçado ou obrigatório *compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente* (artigo 2.º da Convenção sobre o trabalho forçado), enquanto que por servidão devemos entender⁷³ o conjunto de práticas de condição servil (podendo eventualmente consubstanciar trabalho forçado). Para clarificar melhor, eis o elenco de práticas servis dado pelo artigo 1.º da citada Convenção Suplementar:

- a) Servidão por dívidas: condição que resulta do facto de um devedor se ter comprometido a prestar serviços pessoais, ou os de alguém sobre quem exerça autoridade, como garantia de uma dívida, se os serviços prestados e justamente avaliados não se destinarem ao pagamento da dívida, ou se não se delimitar a sua duração ou não se definir a natureza dos referidos serviços.

⁷⁰ ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 80, nota 8.

⁷¹ Aliás, a definição dicionarística aponta para este binómio condição-tráfico, conforme o *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa*, I, Lisboa, 2001, p. 1504.

⁷² Não obstante ter, em 1924, a Comissão Temporária sobre a Escravatura, do Conselho da Sociedade das Nações, elaborado um relatório em que reunia diferentes formas de escravatura, servidão e trabalho forçado.

⁷³ Isto é, segundo critério próprio, pois que os textos mencionados de direito internacional não nos dão uma definição técnica.

Há algo na proibição desta prática servil que nos faz recordar o jurista grego Sólon, e a sua lei *Seisachtheia*, que abolia a escravidão para aqueles que se encontrassem de tal modo endividados que não conseguissem quitar as suas dívidas... De todo o modo, o que hemos de relevar é o caráter de garantia creditória que é dado (enfim, inexoravelmente) à liberdade e autodeterminação de um indivíduo, de maneira totalmente invasiva e ablativa dos direitos pessoais mais intrínsecos, *rectius* direitos humanos.

- b) Servidão da gleba: condição da pessoa que é obrigada por lei, pelo costume ou por contrato a viver e trabalhar numa terra pertencente a outrem e a prestar-lhe, mediante remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem liberdade para mudar de condição.

Em nosso entender, estamos perante um instituto jurídico de raízes longevas, concretamente medievais. *Grosso modo* podemos dizer que o servo da gleba é aquele que se encontra adstrito a uma propriedade agrícola, e a um duplo dever: a nela trabalhar para seu sustento, e a entregar parte dos frutos ao proprietário da terra, ou a prestar-lhe determinados serviços⁷⁴. Apresentando algumas similitudes com esta prática, foram proibidas, entre nós, *ex vi* artigo 96.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), os institutos do aforamento (enfiteuse) e da colônia. Porém, apenas a permanência e dependência do *fundus* agrícola é são semelhanças, já que o aforamento e a colônia constituíam contratos civis de fonte consuetudinária, onde a liberdade das partes, ainda que onerada, existia.

- c) Transmissibilidade de pessoas: práticas em virtude das quais um homem tem um poder jurídico sobre uma mulher, mediante o qual a dá ou promete em casamento a terceiro, ou a cede a terceiro, ou, morrendo, passa a integrar o conjunto de coisas a transmitir por herança. A ideia que sub-

⁷⁴ É esta a lição de PAULO MERÊA *in Estudos de História de Portugal*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006, pp. 129 e ss.: "(...) servidão da gleba (...) consistia em não poder o servo ser separado, por venda, doação ou qualquer outra forma, da terra a que estava adscrito. Esta circunstância fazia dos servos da gleba uma categoria relativamente beneficiada, visto que, por muito onerosa que fosse a sua condição, tinham ao menos a vantagem de saber que o torrão que cultivavam continuaria assegurando a subsistência da sua família e geração. O colono servil cultivava à sua custa a respectiva gleba, entregando em regra ao senhor uma parte mais ou menos considerável dos frutos. Além disso, pagava-lhe tributos vários e prestava em seu favor serviços pessoais de vária ordem. Cumpre não esquecer que muitos servos acumulavam as tarefas agrícolas com trabalhos industriais e mecânicos."

jaz é a de uma *patrimonialização* da mulher, segundo a qual esta pode ser transmitida como se de uma coisa se tratasse.

Para acabar com estas práticas, preceitua o artigo 2.º da Convenção Suplementar: “os Estados Partes comprometem-se a prescrever, sempre que for necessário, idades mínimas apropriadas para o casamento, a fomentar a adoção de um processo que permita a ambos os futuros cônjuges exprimir livremente o seu consentimento no casamento, em presença de uma autoridade civil ou religiosa competente e a fomentar o registo dos casamentos”.

- d) Dação de filhos menores para exploração⁷⁵: prática em virtude da qual um filho menor de 18 anos é dado pelos pais, ou tutor, mediante remuneração ou não, a um terceiro com o fim de o explorar pessoal e/ou laboralmente.

Vimos então que, ao lado da escravatura, se inscrevem variadíssimas práticas análogas que partilham do mesmo denominador comum: a negação da dignidade da pessoa humana, e a esfera de direitos que lhe é inerente, a certos indivíduos. Mas retomando o conceito de escravatura, importa ainda esclarecer as suas características, mormente as da escravatura atual, posto que em relação à escravatura dita tradicional, ou histórica, a noção dada pela Convenção de 1926 é clara quanto ao seu maior atributo: a reificação. É neste sentido que o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos vem enunciar⁷⁶ três características que, hoje em dia, permitem identificar situações de escravatura: restrições à liberdade de circulação; controlo sobre bens pessoais; existência de um consentimento dado em situação de conhecimento de causa e pleno entendimento da natureza das relações entre as partes.

Estas características revelam-se grandemente nas modalidades de escravatura que atualmente grassam: a escravatura sexual e infantil⁷⁷. A primeira tipologia é tratada do ponto de vista da prostituição⁷⁸ pela Convenção para a

⁷⁵ Quer na alínea c), quer na alínea d), os termos indicativos são utilizados segundo critério próprio.

⁷⁶ Publicação de 2002: *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines* – David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, p. 7, consultável em <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaveryfr.pdf>, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁷⁷ O n.º 2 do artigo 7.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, ao definir o conceito de escravidão, dá particular destaque ao exercício dos poderes de sujeição à escravatura no âmbito do tráfico de mulheres e crianças.

⁷⁸ Sobre o tema ver *La Prostitution: Quarante Ans Après la Convention de New York (Actes du Congrès Organisé à Bruxelles les 1, 2 et 3 Mars 1990 par l'Ecole ds Sciences Criminologiques*

Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem (1950), que, nos termos do seu artigo 1.º, estatui que mesmo consentindo um indivíduo na sua sujeição à prostituição em benefício do aliciador, este deve, ainda assim, ser punido.. No ordenamento jurídico português, esta prática encerra o tipo legal do crime de lenocínio, previsto e punido pelo Código Penal no artigo 169.º, que assim dispõe: “Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos”. A segunda tipologia é desenvolvida pela Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), cujos artigos 32.º, 34.º, 35.º e 36.º visam que os Estados protejam a criança de *todas* as formas de exploração, incluindo a venda de crianças, a prostituição e pornografia infantil, e a exploração de trabalho infantil. Entre nós, relativamente à exploração sexual de menores, o Código Penal criminaliza tais práticas nos artigos 174.º e seguintes. Para além da escravatura sexual e infantil, outras violações de direitos humanos são enquadradas pela Organização das Nações Unidas como práticas subsumíveis a um conceito amplo de escravatura, tais como: a mutilação genital de crianças do sexo feminino, utilização de crianças em conflitos armados, tráfico de órgãos humanos, e determinadas práticas levadas a cabo em regimes de *apartheid*.

III. Note-se que a escravidão (entendemos nós: *escravatura em sentido amplo*), a escravatura sexual e a prostituição forçada são qualificadas como ‘crimes contra a Humanidade’ pelo Tribunal Penal Internacional, nos termos das alíneas c) e g) do artigo 7.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, concluído em 1998. Este entendimento firma, assim, um certo entendimento historicamente consolidado, que poderemos já encontrar em Montesquieu, no seu *L’Esprit des Lois* (1748), onde defende que a escravidão é contra a Natureza; na sentença do caso Somerset (1772), que é geralmente entendida como equivalendo à proibição do tráfico de escravos para o território metropolitano inglês; no alvará com força de lei de 16 de janeiro de 1773, de D. José I, que, considerando o *abominavel commercio de pecados e de usurpaçoens das liberdades, a grande indecencia, que as ditas escravidoens inferem aos* [seus] *vassallos e os prejuizos que resultam ao Estado*⁷⁹, decreta o fim da escravidão,

Léon Cornil et le Centre de Recherche-Action et de Consultations en Sexo-Criminologie), Bruxelles, Bruylant, 1992.

⁷⁹ Excertos retirados do documento que contém o alvará de 1773, consultado no Arquivo Nacional da Torre do Tombo, Leis e ordenações, Leis, maço 7, n.º 108.

de forma gradual, no território de Portugal; e, entre outros, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), em especial nos primeiros dois artigos, em que é consagrada a igualdade de direitos e a liberdade como direito imprescritível do Homem.

Atualmente, a nível interno, o nosso Código Penal tipifica os crimes de escravidão e de tráfico de pessoas nos artigos 159.º e 160.º, ambos como crimes públicos.

IV. Para além dos instrumentos de direito internacional já referidos, a proibição da escravatura vem também consagrada e/ou desenvolvida nos seguintes documentos:

- Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (adotado em 1966; ratificado em 1978 por Portugal), no artigo 8.º;
- Protocolo Adicional Relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças (adotado em 2000; ratificado em 2004 por Portugal), nos artigos 2.º e 3.º;
- Convenção Americana sobre Direitos Fundamentais (ou *Pacto de San José da Costa Rica*; assinada em 1969), no artigo 6.º;
- Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (ou *Carta de Banjul*; assinada em 1981 pelos membros da Organização da Unidade Africana – hoje União Africana), no artigo 5.º;
- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), no artigo 5.º.

V. Dois casos concretos julgados em organismos judiciais de diferente natureza e propósito merecem a nossa atenção:

a) *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Zukovic* (Processo n.º IT-96-23 & IT-96-23/1-A): caso julgado pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia (TPIJ).

Neste processo, julgado em primeira instância do TPIJ no dia 22 de fevereiro de 2001, três soldados sérvios foram acusados de escravizar várias mulheres muçulmanas (*réduire en esclavage*), apresentando os juízes uma fundamentação que relevou as características de controlo e de propriedade, de limitação da liberdade de escolha e de circulação, e os benefícios retirados pelos autores da infração. Este julgamento marcou a concetualização da noção de formas contemporâneas de escravatura, uma vez que os juízes partiram da definição tradicional da Convenção de 1926, recorrendo a uma interpretação

extensiva para a permitir aplicar às formas atuais de escravatura. Diz, deste modo, a Câmara de Apelação do TPIJ: “o conceito tradicional de escravatura evoluiu para englobar diversas formas contemporâneas da escravatura que se fundam também no exercício de um qualquer, ou de todos os atributos do direito de propriedade. Na escravatura contemporânea, a vítima não é submetida ao exercício do direito de propriedade na sua forma extrema, como na situação em que o escravo é considerado um bem móvel; mas, em todo o caso, o exercício de um qualquer, ou de todos os atributos do direito de propriedade resulta, em certa medida, numa destruição da personalidade jurídica. Esta destruição é mais grave na situação em que o escravo é considerado um bem móvel, mas trata-se apenas de uma diferença de grau”⁸⁰. Ainda que o artigo 4.º da Declaração não seja expressamente invocado, a norma de *ius cogens*⁸¹ nela plasmada orienta a ponderação deste tribunal.

b) *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de novembro de 2014* (Processo 161/05.2JAGR.D.C2.S1): neste processo, os juízes vêm dar como provados 12 crimes de escravidão, imputados a 3 arguidos que, prometendo falsamente a doze sujeitos um trabalho na agricultura, mediante remuneração mensal, assim os aliciaram a deslocar-se para Espanha, tendo aí ficado sob o completo domínio dos arguidos (sujeitando-se, nomeadamente, a espancamentos e a limitações de movimentos, já para não referir que o trabalho que prestaram nunca foi remunerado). Na douta fundamentação do juiz relator Artur Rodrigues da Costa, ressalta a convergência com os critérios de identificação da escravidão enunciados anteriormente: “Perante o exposto, subscrevemos o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27/11/2013, quando considera, serem traços característicos da escravidão: o trabalho forçado ou obrigatório, mediante a prática ou ameaça de qualquer tipo de castigo, ainda que *ab initio* o trabalho resulte de burla relativa a promessa de trabalho e emprego; o exercício de um direito de propriedade sobre a pessoa escravizada por parte de outrem, recorrendo a castigos ou a ameaças da sua prática; a desumanização; e a limitação da liberdade de movimentos”.

Pela verificação circunstanciada destes pressupostos, e feita uma interpretação do artigo 159.º do Código Penal à luz dos instrumentos de

⁸⁰ Tradução livre do excerto citado em RAFÂA BEN ACHOUR, *Le cadre juridique International de la Prohibition de l'Esclavage*, p. 10, consultável em http://www.rivistaoиду.net/sites/default/files/1_Ben%20Achour_2.pdf, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁸¹ Sobre a matéria ver CARLOS ESPALIU BERDUD, *La prohibition de l'Esclavage en Droit International comme norme de Jus Cogens*, *Revue Belge de Droit International*, I, 2014, pp. 255 e ss.

direito internacional que mencionámos nos pontos anteriores, concluiu o Supremo Tribunal de Justiça que a situação *sub judice* consubstanciava o crime de escravidão, cometido em coautoria pelos 3 arguidos relativamente aos 12 ofendidos, em concurso aparente com os crimes de sequestro, ameaça, maus tratos, coação e burla relativa a trabalho. E que estes últimos ficariam consumidos pelo crime de escravidão, dando inteira razão às considerações do Tribunal da Relação.

Nuno Abreu e Lima,

Estudante do 3.º ano da licenciatura em Direito

ARTIGO 5.º

Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

COMENTÁRIO

I. A Declaração Universal dos Direitos Humanos deixou ao mundo um legado extraordinário. Constitui um dos principais diplomas internacionais dentro do sistema da Organização das Nações Unidas, tendo fomentado, desde a época de sua elaboração até os dias atuais, magníficos contributos para a universalização dos direitos humanos.

Elaborada em uma conjuntura de pós-guerra, na qual a humanidade, estarrecida com as barbáries ocasionadas pela II.ª Guerra Mundial, define em consenso a necessidade de se criar um sistema supra-estatal, de forma a evitar a deflagração de novos conflitos globais como aqueles verificados no passado.

Há que se fazer menção, ademais, ao facto de que ao término da I.ª Grande Guerra, os países vencedores criam o que viria a ser a precursora da Organização das Nações Unidas: a Liga das Nações. Esta, porém, por variáveis motivos, dentre eles a falta de adesão por parte dos países, não se sustentou, dando origem a II.ª Grande Guerra, onde o mundo viria a ser o palco de tragédias, atentados e crimes inescusáveis contra a vida e dignidade humana.

Após esse conflito, impulsionada pelas grandes potências mundiais como os Estados Unidos e a União Soviética, e na tentativa de se obter paz e segurança entre os povos, dá-se o surgimento das Nações Unidas (UN), em 1945. Cerca de três anos subsequentes à criação dessa organização, os países signatários editam o que viriam a ser o documento de maior relevância em âmbito internacional: a DUDH.

Tal documento veio com o objetivo de atingir a universalização dos direitos humanos e expandi-lo para os seus países signatários. Nessa Declaração, são descritos os direitos básicos e primordiais que todo ser humano deve possuir, sendo esses direitos, em grande medida, os de primeira e segunda dimensão. Estes agrupam o campo dos direitos sociais, culturais e econômicos e aqueles são responsáveis por estabelecer os limites de atuação atribuídos ao Estado. Outrossim, faz-se mister ressaltar que, não obstante os direitos de terceira dimensão não possuam previsões diretas na DUDH, sua presença configura-se através de menções ao longo do texto, estabelecendo assim o seu marco teórico quanto à discussão.

II. A proposta de concretização dos valores de direitos humanos em um contexto formal, materializado pelas Nações Unidas, trouxe a edição e posterior aprovação do texto da Declaração por uma resolução. A partir dela temos todo o desenvolvimento do sistema global de Direitos Humanos e desencadeamento dos seus frutos, dentre os quais as convenções gerais, específicas, e influências em ordenações como a OEA (Organização dos Estados Americanos).

Faz-se de grande relevância também explicitar sua incidência de forma contundente nas constituições dos países que o ratificaram, visto que a concordância com os preceitos da Declaração dos Direitos Humanos é condição crucial para entrada na Organização das Nações Unidas.

No que se refere à natureza jurídica, por se tratar de uma Resolução, mais especificamente a n.º 217-A de 1948, não teria carácter vinculativo, e essa seria a posição acatada em um primeiro momento e por parte da doutrina. Todavia, mesmo não sendo um tratado internacional e sim uma resolução, esta não seria a posição mais adequada no que concerne a esse debate.

A título de exemplificação e defesa dessa tese, a jurista brasileira e ex-Secretária Especial de Direitos Humanos no Governo Federal Flávia Piovesan, posiciona-se em sua obra *Declaração Universal dos Direitos Humanos: 70 anos*, conjuntamente com Rafael de Lazari e Adolfo Mamoru Nishiyama a favor do carácter de força jurídica vinculante, visto que a declaração constituiria uma interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constante nos artigos 1.º e 55.º da Carta das Nações Unidas.

Outros argumentos favoráveis à fundamentação da DUDH como sendo de carácter vinculativo seriam que ao longo dos anos, aquela se teria transformado em norma internacional costumeira ou princípio geral do direito internacional pelo que impactaria de forma contundente nas constituições dos Estados, sendo

a sua utilização corrente como fonte para as fundamentações de decisões das cortes internacionais.

III. Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, em entrevista⁸² ao cientista político Marcos Woortmann, os direitos humanos foram adquirindo uma preeminência como linguagem de dignidade humana e emancipação social com tanto êxito que, de alguma maneira, foram apropriados até por aqueles que não tinham interesse que a emancipação social e a dignidade avançassem em tal medida.

Dessa forma, os direitos humanos, desde o momento de sua constituição, foram utilizados para todos os tipos de fins. Sabe-se que em conflitos como o da Guerra Fria, a título de exemplificação, eles foram um grande instrumento do Ocidente para aniquilar movimentos de libertação, socialistas, e revolucionários; portanto nem sempre os direitos humanos estiveram do lado que pensamos ser da dignidade e emancipação humana.

Assim, mesmo após a elaboração da DUDH, casos que ferem os direitos humanos continuaram a ocorrer, criando cada vez mais desafios para que sejam extintos, visto que, apesar da ocorrência do acolhimento da Declaração por todos os Estados-membros da ONU, não se verifica naturalmente o cumprimento de forma totalmente efetiva dos preceitos por todos os países.

IV. De entre as disposições desrespeitadas na DUDH, desde a época de sua resolução até os dias atuais, está o artigo 5.º: *Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.*

Juntamente com o artigo 4.º, constituem os chamados direitos humanos absolutos. Isso pode causar estranheza tendo em vista que, como sabemos, no Direito não há direitos absolutos, ou seja, que não possam ser flexibilizados. Há sempre uma ponderação de interesses, analisando-se os valores envolvidos no caso concreto.

Entretanto, embora os direitos humanos sejam relativos, a doutrina compreende como de maior gravidade as ações de tortura e escravidão dado que, nesses casos, trata-se de uma ação contínua, uma violação permanente aos direitos humanos que se prolonga ao longo do tempo, por intermédio dessas práticas, tornando-se ainda mais deletério à dignidade da pessoa.

⁸² Hyperlink para acesso à reportagem supracitada: <https://www.youtube.com/watch?v=I-vERfaN4sl>, último acesso em 16 de abril de 2019.

Mas, tratando-se a tortura de uma prática tão abominável, por que se perpetuou mesmo após uma tentativa de universalização dos direitos humanos e de ser definida como crime contra a humanidade?

Instaurou-se por longos períodos um debate que sugeria que tradições culturais deveriam ser respeitadas, mesmo se fossem consideradas como tortura, mas o relativismo cultural foi derrotado. Não existem circunstâncias excepcionais, seja uma guerra, instabilidade política, ou tradição que possa justificar tortura.

Ainda assim, ela não desapareceu. Usada pela França na Argélia, em regimes na América do Sul, pelos coronéis gregos, na Guerra da Bósnia e Ruanda, a tortura persistiu. Voltou a ser um instrumento de Estado a partir da guerra contra o terrorismo, nos porões da Síria, Brasil e Guantánamo. Seu objetivo é minar a resistência de uma sociedade e, em pleno século XXI, esse crime ainda persiste.



Crítica ilustrativa do modo como os direitos humanos se desdobram nos dias atuais.
Charge de Junião.

V. Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa, no n.º 2 do artigo 25.º do título II (Direitos, liberdades e garantias), preceitua, em semelhante ao disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos que *"Ninguém pode ser submetido à tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos"*.

O incumprimento e o desrespeito em relação a este artigo vêm, não obstante, principalmente por parte do Estado, apesar de este ter o dever constitucional da segurança pública. A prática de torturas, humilhações, crueldades e atrocidades promovidas em diversos estabelecimentos policiais e prisionais do país, expõe de forma desanimadora o descaso aos pressupostos na DUDH.

Em visita recente a terras lusitanas, a delegação do Comité Anti-Tortura do Conselho da Europa afirma que os dados chegam a ser alarmantes. Portugal lidera o ranking dos países da Europa Ocidental com o maior número de casos de violência policial. O comité foi o responsável pela emissão de um relatório sobre Portugal, lamentando “a ausência” de “consciência” pela parte do Ministério da Administração Interna (MAI) de que existe um alto risco de maus tratos pela Polícia de Segurança Pública ou pela GNR.

A Amnistia Internacional (AI) também é contundente em suas críticas quanto ao sistema português. A lentidão das investigações sobre os casos de denúncias de torturas cometidas pelo próprio corpo policial, bem como evidências de impunidade são os principais pontos de censura por parte dessa organização não governamental.

VI. É válido acrescentar que essa prática contra a dignidade da pessoa não é só abominada na Declaração dos Direitos Humanos. O artigo 4.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos preceitua que, mesmo em situação de excepcional perigo para a nação, onde os Estados presentes no pacto possam adotar, na estrita medida que a situação exigir, ações que sejam incompatíveis com o pacto, é vedada a derrogação do artigo 7º, que prescreve que ninguém poderá ser submetido a torturas, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, ninguém será submetido sem o seu livre consentimento a experiências médicas ou científicas.

Essa reprovação também está presente nas Convenções de Genebra (1949), onde a tortura é vedada em qualquer forma de conflito armado em que possam incidir mecanismos do Direito Internacional Humanitário.

VII. No que concerne a Portugal, para além das críticas direcionadas a atuação policial, outro problema de expressiva gravidade é o instituto das prisões. De acordo com o Comité para prevenção das torturas e tratamentos desumanos, as condições das prisões como em Lisboa, Caxias e Setúbal são totalmente cruéis e degradantes e, por conseguinte, completamente inapropriadas para receber prisioneiros.

A situação não se dá de forma distinta do outro lado do continente. No Brasil, a tortura foi e ainda é muito utilizada, sobretudo no que se refere ao regime das prisões. Em 1964, aquando da instauração da ditadura militar no Brasil, e anos seguintes, centenas de indivíduos opositores foram torturados e mortos.

Mesmo com o fim do regime militar, os desrespeitos aos pressupostos da

Declaração Universal dos Direitos Humanos não cessaram. Até os dias atuais, o Estado não assegura a integridade física dos detentos, submetendo-os a castigos intensos, celas superlotadas, permissão de agressões e ofensas por parte de outros presos, bem como outras formas de maus tratos e torturas institucionalizadas.

Essa lógica favorece a criação de um ciclo vicioso extremamente perverso e contraproducente, ao ser analisado por meio de uma óptica social. Ao se manter presidiários em condições subumanas, há a violação do próprio caráter principiológico por trás do instituto das prisões, que é exatamente o de ressocializar, e não somente aplicar punições, ainda mais sendo essas em condições de extrema degradação.

O Estado, assim, contribui para que não só não se recuperem, como também se tornem mais violentos. Quando regressam a convivência em sociedade, estarão mais propícios a voltar a cometer delitos.

VIII. Este é um cenário que precisa ser modificado. A tortura pode ser abolida. É necessário, entretanto, uma sensibilização da própria sociedade com relação à causa. Sem isso, as alterações serão infinitamente mais morosas. Ainda há um árduo e longo percurso a ser trabalhado para que esse direito seja universalizado a todos os indivíduos. É crucial que a mudança se inicie agora.⁸³

Jeanne Marcelle de Souza Torres

Estudante do 2.º ano da licenciatura em Direito

⁸³ Utilizaram-se referências dos sítios <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/coment/sobel.html>; <https://nacoesunidas.org/onu-publica-textos-explicativos-sobre-cada-artigo-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>; http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf; <https://www.publico.pt/2018/02/27/sociedade/noticia/conselho-da-europa-diz-que-portugal-e-dos-paises-europeus-com-mais-violencia-policia-1804518>; <https://www.jn.pt/sociedade/interior/amnistia-denuncia-casos-de-tortura-em-portugal-1579175.html>; <https://www.tsf.pt/sociedade/interior/portugal-acusado-de-tratamentos-desumanos-nas-prisoas-9146877.html>, último acesso a 16 de abril de 2019.

ARTIGO 6.º

Todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento em todos os lugares da sua personalidade jurídica.

COMENTÁRIO

I. Segundo a doutrina mais autorizada, a personalidade jurídica define-se como sendo a “possibilidade ou suscetibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações”⁸⁴, de participar na relação jurídica, quer no seu lado passivo, quer no seu lado ativo. Trata-se de um atributo jurídico que supõe a personalidade humana (figurando esta como seu *prius* lógico, ontológico e axiológico⁸⁵), e dela revela-se indissociável, inalienável e inextinguível. De facto, é um dado incontroverso que “todo o homem, atualmente, tem aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico como sujeito de direitos e obrigações”⁸⁶, mediante centro de imputação dos respetivos efeitos jurídicos. No que interessa a este comentário, cuidamos apenas da personalidade jurídica singular.

Enquanto “posição fundamental do homem perante a «ordem jurídica»”⁸⁷, a personalidade jurídica releva num duplo plano. Por um lado, a nenhum olhar composto é ignoto que o Direito, enquanto *regula agendi* da interação social entretida espontaneamente por sujeitos concretos, – e por o seu fundamento nunca poder ser o homem em “estado selvagem e de isolamento”⁸⁸, o homem ermo e derrelito que Duguit foi profícuo em definir como uma “abstração sem

⁸⁴ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, Coimbra, Almedina, 1992, reimpr., p. 30.

⁸⁵ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 190.

⁸⁶ ORLANDO GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1965, p. 128.

⁸⁷ LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, 4.ª ed, Coimbra, Almedina, 1995, p. 250.

⁸⁸ ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, I, Madrid, Reus, 1979, p. 7.

realidade⁸⁹ – nunca poderá prescindir da subjetividade enquanto elemento basilar da sua estrutura comunicativa. Para esta conceção clássica e formalista, a personalidade jurídica desvanece-se do seu correlato antropológico (assumindo-se como ontofóbico), aparecendo simplesmente como uma necessidade de logicidade interna da ordem jurídica, como garante de um mínimo de alteridade ou intersubjetividade; consequentemente, deste sentido técnico-jurídico – funcionalizado em torno das necessidades do comércio, imposto pelo tráfego mercantil⁹⁰ – não deflui obrigatoriamente o reconhecimento da qualidade de pessoa a todo o Homem⁹¹. Não se estranha, portanto, que o Direito, “embora violando o dever natural”⁹², tenha contemporizado (com clemência, aliás) com os institutos da servidão e da escravatura. Por outro lado, a personalidade jurídica, compreendida no seu sentido universalizante, coroa a própria noção de dignidade humana, impedindo a degradação do homem a *res* e a objeto (*hoc sensu*) do poder de disposição de outrem⁹³. No primeiro sentido, a

⁸⁹ *Apud* ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 463.

⁹⁰ Sintomático da conceção clássica do ser humano, o qual era tido como *homo faber*: o homem que produz, que empreende, que maquina... – precisamente, como mais uma variável da mesma equação, mais um fruto da terra sob o jugo de leis imutáveis, mais um membro da *pólis* que se escudava do devaneio cósmico do mundo alheio e selvático, subsistindo autarquicamente “enquanto o universo circundante prossegue o seu curso com uma indiferença quase divina” (OSWALD SPENGLER, *O Homem e a Técnica*, 2.ª ed, Lisboa, Guimarães Editores, 1993, p. 45). Este só se exprimia “através dos papéis funcionais em situações determinadas, ou por um lugar social que lhe é atribuído por nascimento ou pelo funcionamento da sociedade” (LEITE DE CAMPOS, *Nós – Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 13), só se validando na estrita medida em que (e como) participava nas funções sociais, as quais as mais das vezes eram-lhe predeterminadas pelo sistema de castas. Porque a Natureza era divina, e assim imperscrutável ao conhecimento humano, este, sujeito da mesma, balançava entre as perpétuas revoluções cósmicas da ordem e do caos, não existindo a pessoa senão como um ente histórico-temporalmente localizado.

⁹¹ Assim, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed, Coimbra, Almedina, 2005, p. 98, CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 5.ª ed, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, p. 82 e CASTRO MENDES, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, Lisboa, AAFDL, 1978, p. 82. “Il discorso legislativo, dunque, come discorso storicamente concreto, non è affatto una pura struttura logica, ma un comando che si rivolge a sogetti in possesso di certo qualità” (ENNIO RUSSO *et al.*, *Istituzioni Delle Leggi Civili*, 2.ª ed, Pádua, CEDAM, 2005, p. 224).

⁹² A expressão é de CASTRO MENDES, *Direito Civil...*, ob.cit., p. 82.

⁹³ Não obstante a polimorfia do conceito de “dignidade humana”, KANT lapidou que ela é “expressão da proibição de o Homem ser utilizado como fim para atingir um meio, pois a pessoa é um fim em si mesma”, não podendo ele se “trocar por um preço nem [se] substituir por uma coisa, sob pena de violar a sua auto-estima” (VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 328).

personalidade jurídica é um expediente jurídico, moldável e coartável, como o passado tão nitidamente o atesta; neste, é um indelével princípio do Direito moderno, “imposta ao Direito por fundamentos de variada ordem, como um valor irrecusável, e não atribuída por aquele ao Homem”⁹⁴.

II. Nos tempos pretéritos, nem sempre foi assim. Não obstante a máxima romana atribuída a Hermogeniano de que *hominum causa omne ius constitutum est* (Digesto 1, 5, 2), no cômputo do *ius civile* o reconhecimento da personalidade jurídica (ou capacidade jurídica plena, então conceitos conexos) dependia, além do nascimento com vida e figura humana, de três condições cumulativas: a liberdade (*status libertatis*), a cidadania (*status civitatis*) e a chefia familiar (*status familiae*)⁹⁵. Assim, àquele que não fosse nem livre, nem cidadão romano, nem patrono de uma família autônoma (*sui iuris*) não lhe seria reconhecida a personalidade⁹⁶: consequentemente, ficavam de fora as crianças, os escravos, os estrangeiros e as mulheres. Congénito desta construção era o papel do ser humano na comunidade envolvente: da mesma forma que só participavam da cena teatral os atores mascarados desempenhando os seus papéis (e o termo *persona* ou *prósopon* significa, precisamente, a máscara de que estes se muniam para amplificar a voz), também só seriam dotados de personalidade os sujeitos que empreendessem uma função social no palco da vida⁹⁷. Como refere Vera Lúcia Raposo, «antes dos primeiros pensadores cristãos não havia, em bom rigor, “pessoas”»⁹⁸, mas sim as categorias dos *homines*, intercaladas entre o *cives* e o *servus*, mas que não se reconduziam ao atual conceito de pessoa. A “pessoa” dos helenos e dos romanos era o indivíduo excecional prendado de qualidades sobre-humanas, tal como os heróis das odes gregas ou o príncipe romano, que assim se demovia da noção despersonalizada de humanidade⁹⁹. O *fatum* que incólume esboçava o trajeto das coisas e do cosmos tolhia qualquer apanágio de individualidade e de autonomia, as quais eram tidas como imperfeições

⁹⁴ CARVALHO FERNANDES, *Teoria...*, ob.cit., p. 82.

⁹⁵ SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano*, I, 5.a ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 106.

⁹⁶ RUI FIGUEIREDO MARCOS, A Capacidade Jurídica em Retrospectiva, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1997*, II, 2006, Coimbra, Coimbra Editora p. 185. Isto sem prejuízo de, como adiante o mesmo autor, “só o *status libertatis* [ditar] o próprio reconhecimento da personalidade. Os outros dois apenas a condicionavam na sua dimensão”.

⁹⁷ FRANCISCO AMARAL, *Direito Civil – Introdução*, 4.a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 212 e 213.

⁹⁸ VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito...*, ob.cit., p. 475 (1438).

⁹⁹ DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 22.

perante a unidade e a totalidade do ser.

III. Só o advento da Cristandade ceifou esta filosofia. Insondável à cognição humana é, agora, e apenas, o reino de Deus, que não é deste mundo; a bruma panteística do mundo físico dissipa e os fenómenos do universo tornam-se compreensíveis à luz da razão humana e das máximas da ciência. No mundo temporal, só a alma do Homem é divina, logo este não se avassala perante as leis da Natureza: a liberdade e singularidade humana são, pela primeira vez, elevadas a máximas filosóficas. A ideia de dignidade humana é o produto da labuta dos teólogos cristãos – onde se destaca a obra perene de S. Tomás de Aquino –, reconduzida “à Imagem de Deus ou à participação nos desígnios ou no escopo final de Deus”¹⁰⁰. Seguidamente, com o advento do racionalismo, os fundamentos da dignidade humana laicizaram-se e desertaram do referente transcendental-teológico¹⁰¹.

Efetivamente, a qualidade de *persona*, atribuída *ab origine* (isto é, sem mais) a todos os homens, traduz, “na sua linguagem do «dever-ser» jurídico, aquilo que afinal não é senão uma exigência da realidade num certo nível da vida cultural, atingido pelas sociedades modernas”¹⁰², decorrência do facto de a pessoa humana constituir inabalavelmente “o valor programático por excelência do Direito”¹⁰³. A este reconhecimento da essencialidade humana, encarada como um bem de primeira ordem e meritório da tutela mais vigorosa e ampla das instâncias jurídicas, a doutrina tem dado o nome de personalismo ético ou jurídico¹⁰⁴. Na lição de Bigotte Chorão, diríamos que o “personalismo jurídico vê na pessoa jurídica, tomada na plenitude da sua estrutura ontológica e dignidade axiológica, o alicerce da ordem jurídica, e pretende que esta, na medida do possível, ocorra às exigências de justiça do homem concreto”, pois “todo o homem, enquanto pessoa em sentido ontológico, está dotado de uma dignidade intrínseca e é necessariamente pessoa jurídica ou sujeito de

¹⁰⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 4.a ed, Coimbra, Almedina, 2017, p. 33. Assim, para Boécio o Homem seria uma “substância individual de natureza racional”, enquanto que a formulação tomasiana apontava para “todo o subsistente numa natureza racional ou intelectual” (MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, *Pessoa Humana, Direito e Política*, Lisboa, INCM, 2006, p. 146).

¹⁰¹ Sobre esta evolução histórica, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, ob.cit., pp. 31 e ss..

¹⁰² CABRAL DE MONCADA, *Lições...*, ob.cit., p. 251.

¹⁰³ STELA NEVES BARBAS, *Direito do Genoma Humano*, Lisboa, Almedina, 2007, p. 214.

¹⁰⁴ Na doutrina portuguesa, esta construção teve o seu maior expoente em GOMES DA SILVA, Esboço de uma Conceção Personalista do Direito, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XVII, 1965.

direito”¹⁰⁵. Entre nós, tamanha exigência tem plena consagração nos artigos 1.º e 2.º do texto constitucional, bem como no seu preâmbulo, precipitando todo o seu conteúdo útil sobre todos os ramos do Direito¹⁰⁶

IV. A personalidade jurídica não é um direito, mas sim uma qualidade jurídica ou um *status* que antecede cronologicamente a titularidade de posições jurídicas subjetivas. Na senda da doutrina italiana, diríamos que o *status* corresponde ao conjunto de “condições ou estados naturais ou civis das pessoas, que influem sobre o gozo ou sobre o exercício dos direitos” (Ferrara)¹⁰⁷, ou, numa semântica parecida, a “uma situação subjetiva derivada de uma relação pessoal por sua natureza perene, fonte de direitos, deveres e também de poderes” (Trabucchi)¹⁰⁸. Tais direitos advenientes do *status*, adianta o último autor, “afirmam-se contra todos, *erga omnes*; são também inalienáveis e imprescritíveis; porque tocam na condição jurídica fundamental e permanente dos indivíduos, são de ordem pública e portanto não admitem compressões nem alienações”¹⁰⁹. Retiramos como ilação que o reconhecimento da personalidade jurídica implica a concessão de um conjunto mínimo de direitos que ensejem o livre desenvolvimento da personalidade, permitindo a “realização por cada ser humano dos seus fins ou interesses na vida com os outros”¹¹⁰: o de participar no tráfego jurídico, de intentar ações judiciais e de se defender em juízo, de personalidade, etc. Do que se trata, efetivamente, é da consagração de uma densidade mínima e necessária da esfera jurídica de qualquer um, sendo essa, aliás, a finalidade da norma em questão¹¹¹.

¹⁰⁵ O Problema da Natureza e Tutela Jurídica do Embrião Humano à Luz de uma Conceção Realista e Personalista do Direito, *O Direito*, Ano 123, Lisboa, 1991, p. 577.

¹⁰⁶ “No direito moderno, extinta a escravidão, reconhecido aos estrangeiros o gozo dos direitos civis, e admitido que a situação familiar não altera a capacidade jurídica, a personalidade surge como projeção da natureza humana. *E a pessoa passa a ser sinónimo de homem e de sujeito de direito*” (FRANCISCO AMARAL, *Direito Civil...*, ob.cit., p. 213). Por sua vez, escreve LUÍSA NETO (*O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 195 e 196) que “a pessoa humana – toda e qualquer pessoa humana – é o bem supremo na nossa ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim, e este entendido em termos de igualdade (artigo 13.º da CRP) e de universalidade (artigo 12.º da CRP)”.

¹⁰⁷ *Apud* MANUEL DE ANDRADE, *Teoria...*, ob.cit., p. 30 (2).

¹⁰⁸ *Istituzioni di Diritto Civile*, 40.a ed, Pádua, CEDAM, 2001, p. 72 (tradução livre).

¹⁰⁹ *Istituzioni...*, ob.cit., p. 73.

¹¹⁰ MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, ob.cit., p. 100.

¹¹¹ MICHAEL BOGDAN E BIRGITTE KOFOD OLSEN, Comentário ao artigo 6.º, *The Universal Declaration Of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, coord. Gudmundur Alfredsson e Asbjørn Eide, Haia, Martinus Nijhoff, 1999, p. 147. O mesmo se diga dos seus correlatos nos

V. De qualquer forma, o objeto deste artigo é a garantia do reconhecimento da personalidade humana a toda a pessoa singular e física, enquanto tradução de um “direito básico à existência”¹¹². Impõe um inderrogável embargo à degradação – mesmo voluntária (servidão) – do ser humano a mera coisa, por tal via reforçando a proibição da escravatura; o único facto terminante da personalidade jurídica só poderá ser, portanto, a morte natural, e não a morte civil – como eram exemplos os opróbrios da *capitis deminutio maxima* e do instituto medievo da perda da paz¹¹³. Impõe também que o reconhecimento da personalidade jurídica seja contemporâneo do momento do nascimento (ou, como veremos *infra*, da concepção), não se contemporizando com este artigo, a nosso ver, o chamado prazo de viabilidade Indiscutível é a proscrição do arcano requisito da “figura humana”, que exigiria, além do nascimento com vida, a ausência de deformidades e mutilações que “descaracterizem” a identidade humana do recém-nascido.

VI. É também sabido que, quanto à natureza da personalidade jurídica, duas posições se digladiam¹¹⁴. Para uma corrente juspositivista, normativista ou formalista, a personalidade é bosquejada como uma realidade puramente formal, que se traduz numa atribuição, investidura ou criação da ordem jurídica, outorgada e negada livre e soberanamente. Já numa aceção realista ou personalista, a personalidade perfila-se como um atributo essencial do ser humano, que se funda na sua racionalidade e liberdade, e assim é corolário da sua dignidade que não admite discricionariedade ao legislador. Só esta última tese se compagina com o mandamento do artigo: todo o ser humano é sujeito de direito e pessoa, não se podendo erguer qualquer óbice a essa reivindicação.

O artigo que sondamos mune-se de um elemento espacial (“em todos os lugares”), subserviente da sua justa pretensão universalizante, mas prescinde de uma qualquer componente temporal, que se reporte ao momento a partir do qual se deve reconhecer a personalidade jurídica ao Homem, bem como àquele em que esta deverá findar. Quanto a este, é certo: só a morte natural

artigos. 16.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 3º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e 5.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos,

¹¹² MICHAEL BOGDAN E BIRGRITTE KOFOD OLSEN, *Comentário...*, ob.cit., p. 147.

¹¹³ Assim, ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral...*, ob.cit., p. 191.

¹¹⁴ Sobre esta querela, nos seus traços gerais, cfr. ANTONIO VELA SÁNCHEZ, *Derecho Civil Para el Grado I – Parte General*, 2.a ed., Sevilha, Dykinson, 2016, p. 66, JOSÉ DIAS MARQUES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Lisboa, 1958, pág. 32 e FRANCISCO AMARAL, *Direito Civil...*, ob.cit., p. 213. Em especial, MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, *O Problema...*, ob.cit., pp. 582-585.

apaga a personalidade jurídica; não será clamoroso deixar à discricionariedade das legislações nacionais o preenchimento substantivo da noção de “morte natural”, ainda que com limites (imaginemos os abusos que poderiam resultar da conspurcação dos critérios da morte presumida)¹¹⁵. O que não pode ser deixado à revelia estatal é a configuração do momento da aquisição da personalidade jurídica. Como dissemos, ela acompanha a personalidade humana – daí que, onde esta se detete, aquela não deve retardar. As legislações civis, de entre as quais também se aponta a portuguesa, contudo, propugnam que a personalidade se adquire no “momento do nascimento completo e com vida” (nº 1 do art. 66.º do Código Civil)¹¹⁶. Daí que, pelo seu elemento literal, se inculque que o nascituro – o ser humano que já foi concebido mas que ainda não nasceu, não se duvidando do seu eventual nascimento – não tem personalidade jurídica: este, como diriam os jurisconsultos etruscos, é parte das vísceras da mãe¹¹⁷.

VII. A nosso ver, esta assunção é falaciosa. Por um lado, o referido artigo 66.º é tributário da mundividência romana, para a qual o ventre feminino era uma cavidade desalumiada e obscura, da qual poderiam brotar monstruosidades; o legislador português, sufragando tal posição, desemboca num anacronismo, rejeitando os conhecimentos que a ciência moderna oferta¹¹⁸. Por outro lado, a jurisprudência (quer a nossa, quer a de outros espaços jurídicos) julga procedentes as pretensões indemnizatórias que têm por fonte a lesão da integridade da vida intrauterina, o que não se poderia arbitrar sem se reconhecer personalidade jurídica ao nascituro. Como ensina Carneiro da Frada, “só há dano se for temporalmente possível individualizar alguém – um sujeito – que tenha sido privado de uma vantagem que até aí lhe assistia. O dano requer, portanto, um sujeito que tenha ficado a suportá-lo, quando antes não estava sujeito a ele”¹¹⁹. Aliás, uma interpretação do normativo civil conforme o artigo 24.º da

¹¹⁵ Neste sentido, MICHAEL BOGDAN E BIRGITTE KOFOD OLSEN, *Comentário..*, ob.cit., p. 150.

¹¹⁶ Cfr., por exemplo, § 1.º BGB, artigos 4.º do Código Civil brasileiro e 1.º do Código Civil italiano.

¹¹⁷ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Comentário ao artigo 66º, Comentário ao Código Civil: Parte Geral*, coord. Luís Carvalho Fernandes e José Brandão Proença, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, p. 162.

¹¹⁸ Referem LEITE DE CAMPOS E STELA BARBAS (O Início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, Lisboa, 2001, p. 1259) que “os dados fornecidos pela moderna embriologia permitem afirmar que o processo evolutivo embriológico é contínuo, vai desde a concepção até ao nascimento e prossegue depois deste. Por consequência, o feto deve ser considerado geneticamente único, irrepetível e autónomo”.

¹¹⁹ A Proteção Juscivil da Vida Pré-Natal – Sobre o Estatuto Jurídico do Embrião, *Revista*

Lei Fundamental impõe-se; o legislador constitucional demonstrou argúcia ao não discriminar – discriminação essa que não poderia deixar de ser arbitrária e artificial – entre a vida após o nascimento e a intrauterina, conferindo a mesma tutela às duas. Neste sentido, Paulo Otero afirma que a “inviolabilidade, traduzindo uma proibição de qualquer forma de violação, refere-se a toda a vida humana, antes ou depois do nascimento, desde o seu primeiro instante, coincidente com a concepção, até ao seu derradeiro momento”¹²⁰. O inciso constitucional, quer na sua redação, quer no seu espírito, é inequívoco – e havendo dúvidas, o mandamento hermenêutico-constitucional do *in dubio pro libertate* (ou, melhor dito, *in persona*) impõe que se opte pela solução que maior latitude atribua ao direito em causa¹²¹.

VIII. Em jeito de conclusão, e socorrendo-nos mais uma vez da lição de Bigotte Chorão¹²², os contornos estruturais e imperativos da personalidade jurídica resumem-se ao seguinte: a) esta é um atributo inerente, por natureza, à pessoa em sentido ontológico; b) todos os indivíduos humanos vivos têm, por consequência, essa qualidade (para nós, é um verdadeiro *status* natural); c) a existência desta remonta ao momento da concepção; d) o conceito de pessoa jurídica singular é uma categoria-chave da ciência jurídica, necessária e adequada à representação do ser humano como sujeito do direito.

Daniel Bessa de Melo

Estudante do 3.º ano da licenciatura em Direito

da Ordem dos Advogados, Ano 70, Lisboa, 2010, p. 308.

¹²⁰ *Direito Constitucional Português*, I, Lisboa, Almedina, 2010, p. 40.

¹²¹ Assim, com loquacidade, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Aborto e Direito Penal*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 44, Coimbra, 1984, pp. 616 e ss.

¹²² *O Problema...*, ob.cit., p. 584.

ARTIGO 7.º

Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

COMENTÁRIO

I. Este artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra o princípio da igualdade, que encontra correspondência em legislação nacional, encontrando-se ancorado no artigo 13º da Constituição da República Portuguesa.

O princípio da igualdade já era invocado na Grécia antiga¹²³, embora sofresse fortes restrições quanto ao seu sentido real. Em cidades como Atenas, apenas os cidadãos livres podiam exercer a cidadania, portanto, excluía-se os escravos, os estrangeiros e as mulheres.

Aristóteles, depois seguido por outros filósofos, é um dos Autores responsáveis por conceituar esse princípio. Ele acreditava que a igualdade e a justiça só seriam alcançadas em sua totalidade quando os indivíduos iguais fossem tratados de forma igual, e de forma diferente, sempre que diferentes e na medida da desigualdade de cada um.

Em Roma, a desigualdade ainda prevalecia: a sociedade era estamental, e a titularidade de direitos variava com a classe social. Surge, então, pela primeira vez, o princípio da igualdade em forma de norma escrita na Lei das XII Tábuas, que dizia: "Que não se estabeleçam privilégios em leis". Mais tarde, foi criado o Édito de Caracala (212 d.C.), uma legislação que surgiu no Império Romano, e garantiu a igualdade e liberdade dos povos.

¹²³ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 24 e ss.

Um grande marco deste princípio deu-se com as Revoluções Francesa de 1789 e Americana de 1776. Com base nestes ideais de igualdade, fraternidade e liberdade, princípios básicos do cidadão foram incorporados no pensamento mundial. Institui-se, então, a ideia de que todos deveriam ter os mesmos direitos e deveres dentro de uma sociedade — movimento associado ao Iluminismo, e que buscou transmitir a ideia de igualdade entre os membros da sociedade, sem diferenças assentes em classes ou estamentos, isto é, sem diferenciar a burguesia, a nobreza, os escravos e o clero. Com o tempo, o conceito de igualdade passou a lidar com fatores discriminatórios diferentes, como as várias etnias, gêneros, crenças, etc.

Com o estabelecimento do Estado de Direito, o princípio da igualdade surgiu não só como forma de regular a igualdade de todos os homens, como ainda de garantia dessa igualdade diante da lei, procurando eliminar a desigualdade. A essa luz, deu-se a introdução do princípio nas primeiras Constituições em França, nos Estados Unidos, sendo também acolhido, após a II Guerra Mundial, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, pela ONU.

II. Neste artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o princípio da igualdade assume uma proteção legal específica. Diz Jorge Miranda: “a ideia base é que a lei é igual para todos, estabelece a proibição de privilégios, o acesso por igual aos cargos públicos, a existência de recompensa por serviços prestados.

Distinção entre igualdade jurídica e igualdade social:

- a) Igualdade jurídica — igualdade perante a lei;
- b) Igualdade social — (livre) acesso aos benefícios da civilização”.¹²⁴

Portanto, o princípio da igualdade tem dois aspectos que precisam de ser sublinhados: por um lado, a igualdade na lei (que opera numa fase de generalidade, puramente abstrata e que é destinada ao legislador), que, no processo de formação do ato legislativo, implica que nele não possam incluir fatores de discriminação. Por outro lado, pressupondo a lei já elaborada, a igualdade perante a lei, o que traduz uma imposição destinada aos demais poderes do Estado para que, na aplicação da norma legal, não a subordinem a critérios vinculados ao tratamento seletivo ou de alguma forma discriminatório.

¹²⁴ JORGE MIRANDA, *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, 1.^a ed., Lisboa, Principia, 2006, p. 45.

III. “Para além do reconhecimento puro e simples da igualdade formal, este artigo indica a necessidade de um reconhecimento da igualdade na aplicação e na proteção que é dada a todos pela lei. Não se permite que a aplicação da lei se dê de modo discriminatório e que, a pretexto de se fazer cumprir a lei, sejam negados direitos fundamentais básicos aos indivíduos, em razão do seu credo, cor da pele, condição económica, género ou orientação sexual. A todos, a mesma proteção, a todos, o mesmo acolhimento perante os Tribunais. Observa-se que a implementação prática deste direito exige a capacitação do agente público para o reconhecimento da violação”¹²⁵

IV. Nas palavras de Jorge Miranda, temos a ideia de Estado ligado ao princípio da igualdade – envolvendo-se aqui tanto os órgãos de aplicação do Direito como os órgãos de criação – e em que podemos encontrar um sentido primário do princípio da igualdade:

- a) Não haver privilégios de tratamento ou em termos positivos, Tratar igualmente os que se encontram em situações iguais;
- b) Não haver discriminação ou, em termos positivos, Tratar desigualmente os que se encontram em situações desiguais, mas de maneira a não serem criadas diferenciações arbitrárias;
- c) Ou um sentido secundário:
- d) Atribuição a todos da personalidade jurídica;
- e) Atribuição a todos de um certo número de direitos, consequência da própria atribuição personalidade e base da aquisição de todos os outros – os direitos fundamentais ou de personalidade;
- f) Atribuição a todos da mesma capacidade de direitos e deveres em função de situações idênticas, ou seja, o mesmo estatuto deve corresponder ao mesmo status ou estado (de pai, de solteiro, de funcionário, etc.).”¹²⁶

V. O princípio da igualdade é entendido, para J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira¹²⁷, como estruturante do Estado de direito democrático e social, dado que: (a) impõe a igualdade na aplicação do direito, fundamentalmente assegu-

¹²⁵ Pesquisável em <<https://www.direitocom.com/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/artigo-07o-4>>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹²⁶ JORGE MIRANDA, *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, ob.cit., pp. 46 e 47.

¹²⁷ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 4.a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 337.

rada pela tendencial universalidade da lei e pela proibição de diferenciação de cidadãos com base em condições meramente subjetivas; (b) garante a igualdade de participações na vida política da coletividade e de acesso aos cargos públicos e funções políticas; (c) exige a eliminação das desigualdades de facto para se assegurar uma igualdade material no plano económico, social e cultural.

VI. Nesse sentido, justifica-se citar jurisprudência do Tribunal Constitucional¹²⁸ que faz referência às chamadas leis medida: “Uma lei individual e concreta que sujeita a certa disciplina jurídica um ou vários cidadãos individualizados, uma ou várias situações especificadas, viola o referido princípio da igualdade, na medida em que deixa, ou pode deixar, fora dessa disciplina outros cidadãos ou outras situações factualmente iguais e que mereceriam, portanto, o mesmo tratamento jurídico”.

Portanto, para que se possa considerar conforme o princípio da igualdade disposto no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, é preciso que a tipicidade dessas tais leis se encontre expressa de forma abstrata porém determinável, como por exemplo uma disposição que refere-se a figura do Presidente da República. O Tribunal ainda cita Jorge Miranda, que admite a possibilidade da lei individual com restrições: desde que por trás da imposição da lei a determinada pessoa se possa encontrar uma prescrição ou um princípio geral. Conclui por dizer que o que está em questão é saber se a razão da medida concreta e individual tipificada em lei é acompanhada de uma “intenção de generalidade, se corresponde a uma sentido objectivo, a um princípio geral, por virtude do qual se alarga o âmbito da lei de maneira a abranger aquela medida, ou se, pelo contrário, se esgota na aplicação ou execução do que outra lei formal e material dispõe (ou disporia), sem exprimir um novo juízo de valor legal”.

Carolina Merlin Galvani

Estudante do 2.º ano da licenciatura em Direito

¹²⁸ Acórdão do TC n.º 461/87.

ARTIGO 8.º

Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

COMENTÁRIO

I. O mundo do pós-guerra começou a girar sobre novos eixos normativos, novas necessidades e concepções de Direito. Foi assim que, em 1948, assistimos ao erigir dos Direitos Humanos como égides inoxidáveis e absolutas, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Movido por novas metas, o Direito Internacional não só fundou como tomou esta Declaração como inspiração, relançando-se.

No entanto, não descurando a importância da Declaração no espectro do Direito Internacional, há que referir que ela não apaga o relevo que o texto adquire do ponto de vista da normatividade interna dos Estados. Esta importância reflete-se, por exemplo, na concordância entre preceitos de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, por meio de um tratamento das matérias muito semelhante. Este afunilar de conceitos é legítimo, dada a abrangência universal dos Direitos Humanos.

II. A influência da Declaração na esfera interna reflete-se em artigos como o que se analisa. Com efeito, o direito a um recurso jurisdicional implica uma vinculação dos Estados à efetivação dessa garantia. Trata-se, em nosso ver, de uma situação em que os Direitos Humanos estendem o seu âmbito de aplicação e inspiram os Direitos Fundamentais de um Estado.

Numa outra ótica, há que referir que o próprio recurso jurisdicional que encarna o artigo oitavo pretende, afinal, proteger os direitos fundamentais in-

ternos. É uma lógica segundo a qual os Direitos Fundamentais acabam sendo protegidos também pela normatividade internacional: o direito universal de recurso jurisdicional só completa o seu sentido se os restantes Direitos Fundamentais sob que se rege um ordenamento jurídico, forem consonantes com o preceito de justiça advogado na DUDH.

Um outro ponto de extrema importância no que tange à matéria de Direitos Fundamentais, é a análise da valoração que o Direito Internacional lhes atribui. A essa valoração está associada a linha histórica que acompanha a Humanidade, levando a que o legislador tenha entendido que um reconhecimento de preceitos cimeiros, conformes à dignidade humana, é a única solução viável de garantir a paz e arbitrar o pluralismo das relações humanas, ou talvez. Uma outra explicação passará por considerar que os Direitos Fundamentais são, não apenas formas de aproximação da humanidade na sua diversidade, como ainda modos de uniformização jurídica em matérias do vértex normativo. Contudo, certo é que os Direitos Fundamentais têm vindo a ganhar expressão cada vez mais indelével, vindo a estender o seu âmbito. Não temos hoje apenas direitos de primeira geração – os basilares Direitos Liberdades e Garantias. O Estado de Direito Democrático reconhece já uma segunda geração de Direitos – os direitos Económicos Sociais e Culturais. Fala-se inclusive, de Direitos de terceira e quarta geração, relativos a questões como a proteção e o tratamento de dados pessoais, constituindo-se assim novos desafios à rede de proteção fundamental, da Humanidade.

III. Dizer que cresce a família de Direitos Fundamentais é afirmar a perspectiva crescente da dignidade humana. Relembremos no entanto que os direitos humanos são protegidos por lei, pelo que todas as pessoas têm direito a um recurso efetivo junto dos tribunais nacionais competentes contra atos que violem os seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei. Em resumo, todas as pessoas têm direito a um julgamento livre e ao acesso gratuito a tribunais independentes e imparciais. Todos temos direito a uma via de reparação caso os nossos direitos sejam violados. Este princípio consiste na ideia de que a cada direito material corresponde uma reação processual eficiente e adequada à sua proteção.

Num Estado de Direito democrático como o nosso, os tribunais constituem um órgão de soberania basilar na tutela dos direitos fundamentais dos particulares, atuando enquanto instituições de controlo e conformação da justiça, aplicando a lei de forma vinculativa e concludente.

IV. Neste âmbito, o surgimento do princípio da tutela jurisdicional efetiva relaciona-se com a necessidade básica de, num Estado de Direito democrático como o nosso, pautado pela justiça, conceder aos cidadãos as condições necessárias para a obtenção de uma tutela judicial efetiva que os permita defender os seus direitos. O acesso aos tribunais para salvaguardar os direitos pressupõe que a tutela obtida através dos tribunais seja efetiva.

Em Portugal, este princípio obteve consagração constitucional na revisão constitucional de 1989, primeiro no artigo 268.º da Lei Fundamental, mormente nos n.ºs 4 e 5, artigo em que se verte a garantia da tutela jurisdicional efetiva quanto à impugnação de atos lesivos de direitos ou interesses legalmente protegidos. Ulteriormente, na revisão constitucional de 1997, acolheu-se o princípio no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa. Com este acolhimento, visou-se assegurar a tutela jurisdicional efetiva através de um conjunto de direitos que lhe são inerentes, nomeadamente, o direito de acesso ao Direito e aos tribunais (n.º 1 do artigo 20.º da Constituição), o direito à informação e consulta jurídicas, bem como o direito de se fazer acompanhar por um advogado (n.º 2 do artigo 20.º da Constituição), direitos estes já constantes da redação do artigo anterior à revisão constitucional, o direito de obter uma decisão judicial em prazo razoável e mediante processo equitativo (n.º 4 do artigo 20.º da Constituição) e, *in fine*, o direito à efetividade das sentenças proferidas (n.º 5 do artigo 20.º da Constituição). Neste contexto, a Constituição da República Portuguesa consagra, em termos amplos, o direito de acesso aos tribunais no artigo 20.º, mediante o qual a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses lealmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

V. Apesar de assumir uma natureza garantística dos direitos, o princípio pressupõe, como recorda Gomes Canotilho, "também dimensões prestacionais, na medida em que o Estado deve criar tribunais e processos adequados (direitos fundamentais dependentes da organização e procedimento) e assegurar prestações (apoio judiciário, patrocínio judiciário, dispensa total ou parcial de pagamento de custas e preparos), tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios económicos (CRP, artigo 20.º). O acesso à justiça é um acesso materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades"¹²⁹. Como vários autores têm assinalado, este direito de acesso ao direito é

¹²⁹ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 668.

absolutamente essencial, porquanto é a forma instrumental de proteger todos os direitos fundamentais. Não basta afirmar que a tutela é jurisdicional, esta tem de se assumir como uma tutela jurisdicional efetiva, procurando o artigo 20.º assegurar a efetividade da mesma. O Estado, através do instituto de acesso ao direito, visa garantir que a ninguém é negada a justiça, pelo que assume uma responsabilidade de organizar estruturas que deem um serviço de consulta jurídica, para garantir a informação e consulta dos cidadãos, assim como a celeridade da própria justiça.

VI. Quanto ao contencioso administrativo em especial, duas disposições intentam garantir a tutela jurisdicional, assumindo o n.º 4 do artigo 268.º da Constituição da República Portuguesa uma especial relevância, na medida em que garante a existência de meios processuais para o reconhecimento de direitos ou interesses legalmente protegidos, a impugnação de atos administrativos lesivos, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas cautelares adequadas. Tanto o artigo 20.º como o n.º 4 do artigo 268.º da Constituição da República Portuguesa, funcionam como garantias essenciais, permitindo ao cidadão obter uma decisão jurisdicional acerca de uma questão que o oponha à Administração.

VII. O direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva assume um carácter europeu e também global. A tutela jurisdicional efetiva implica que as soluções jurídico-processuais existentes agilizem a concretização judicial dos direitos conferidos por uma determinada ordem jurídica. A nível europeu, esta tutela começou por se densificar através da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, surgindo como um princípio geral de direito, posteriormente consagrada como tal no 2.º parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do Tratado da União Europeia. A esta consagração cumpre acrescer o seu reconhecimento enquanto direito fundamental, presente no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Cumpre, ainda, atentar num aspeto relevante da integração europeia, o qual passa por reconhecer a possibilidade de recurso aos Tribunais europeus. Explica-se, assim, o princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, que, de acordo com o artigo 19.º do Tratado da União Europeia, determina que os tribunais nacionais se apresentam como os tribunais comuns da União Europeia, pelo que cabe aos mesmos estabelecer as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União, atendendo ao princípio da cooperação

leal entre a União e os respetivos membros.

VIII. Não se deixe no entanto de dizer que a tutela jurisdicional se encontra sob ameaça no ordenamento jurídico português, como consta de notícia publicada pela Associação Sindical dos Juízes Portugueses (ASJP), no dia 20 de novembro de 2018¹³⁰.

De facto, e a propósito do direito à tutela jurisdicional efetiva, cumpre fazer breve menção ao direito à greve dos juízes, que pode fazer perigar, segundo cremos, o acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva. A 20 de novembro de 2018, os juízes deram início ao que seria uma greve de 21 dias. A questão funda-se na circunstância de os juízes terem, realmente, o direito à greve. Será a greve dos juízes constitucional? Na última greve dos magistrados judiciais, que ocorrera em outubro de 2005, o Conselho Superior de Magistratura (CSM) considerara o protesto lícito. Há, de facto, divergência: por um lado, entre os constitucionalistas, alguns posicionam-se contra a licitude do direito à greve por parte desta classe, argumentando que os juízes não são funcionários do Estado, antes pertencem aos tribunais, órgãos de soberania. Entre tais figuras, salienta-se a opinião de Jorge Miranda, afirmando que a classe não tem direito a esta forma de protesto, alertando que a ameaça de greve dos juízes seria ir contra a CRP, na medida em que não são empregados do Estado, mas “são, como o Presidente da República, os deputados e os ministros — o Estado a agir”. Citando artigos da Constituição para aferir o estatuto dos magistrados, Jorge Miranda considera que “um estatuto como este implica, em contrapartida, quer deveres quer restrições de alguns direitos”.

IX. Neste contexto, uma eventual greve dos juízes constituiria uma barreira ao artigo 8.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na medida em que sujeita a maior complexidade e morosidade o efetivo acesso dos interessados aos tribunais aquando da violação de direitos fundamentais, atrasando a efetividade da justiça. Na nossa ótica, os juízes deveriam possuir o direito à greve, na medida em que tal direito não afete o acesso de cada cidadão aos tribunais, assim como a celeridade e efetividade dos processos. Os juízes servem o Estado e os cidadãos, procurando alcançar o valor da justiça que orienta a atividade que exercem.

Inês José da Silva Henriques

Estudante do 2.º ano da licenciatura em Direito

¹³⁰ Vide notícia pesquisável em: <http://www.asjp.pt/2018/11/20/sera-a-greve-dos-juizes-constitucional/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

Matilde Sofia Pinto Andrade

Estudante do 1.º ano da licenciatura em Direito

ARTIGO 9.º

Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.

COMENTÁRIO

I. No presente ano de 2019, cerca de 10 milhões de pessoas se encontram presas e cerca de um terço delas aguarda julgamento¹³¹. Em alguns países, a prisão é utilizada como arma de supressão da oposição ao regime instituído, sendo que os detidos e presos veem, nestes casos, os seus direitos fundamentais violados, sendo conduzidos a prisões secretas, totalmente isolados e impedidos de consultarem advogados ou de serem visitados por familiares. A prisão de Guantánamo, instalada numa base norte-americana em Cuba, constitui talvez o exemplo mais expressivo desta realidade, já que é palco de detenções arbitrárias, detenções ilimitadas sem julgamento, recurso à tortura e transferências de prisioneiros em total ilegalidade. Organizações, como a Amnistia Internacional, lutam contra estes fenómenos.

A detenção não constitui, *per si*, uma violação de direitos humanos, pelo que o Direito Internacional se esforça por definir os limites a partir dos quais a detenção se torna arbitrária. De um modo geral, a detenção arbitrária consiste em alguém ser detido sem nenhuma razão legítima ou sem processo judicial.

Assim, a detenção arbitrária, prática que não conhece fronteiras e à qual são sujeitas milhares de pessoas, pode ter vários fundamentos e ocorrer em situações diferentes¹³²: o indivíduo limitou-se a exercer um dos seus direitos

¹³¹ Dados retirados de <https://www.amnistia.pt/tematica/detencao-e-prisao/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹³² Grupo de Trabalho sobre a Detenção Arbitrária, Ficha Informativa n.º 26 em

fundamentais assegurados por tratados internacionais; o indivíduo foi detido sem mandado de captura, sem que tenha sido deduzida contra si qualquer acusação, sem que tenha sido julgado por uma autoridade judicial competente para o efeito ou sem ter tido acesso a um advogado; ou o indivíduo permanece sob detenção, não obstante a pena ou medida aplicada já ter sido executada.

Segundo o Grupo de Trabalho sobre a Detenção Arbitrária, a privação da liberdade será arbitrária quando se insira numa das seguintes categorias: 1) quando for impossível invocar qualquer fundamento jurídico para a privação da liberdade; 2) quando a privação da liberdade resulte do exercício dos direitos e liberdades garantidos pelos artigos 7.º, 13.º, 14.º, 18.º, 19.º, 20.º e 21.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante DUDH); 3) quando o desrespeito das normas internacionais relativas ao direito a um julgamento equitativo (*fair trial*) for de tal modo grave que a privação da liberdade assuma um carácter arbitrário.

II. O direito à liberdade e à segurança da pessoa, expresso no artigo *sub judice*, é um dos Direitos Humanos mais fundamentais, encontrando consagração também na Magna Carta (1215), na *Bill of Rights* (1689), nos *Habeas Corpus Acts* (1640 e 1679), na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e no artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa (1976), bem como noutras Leis Fundamentais de outros países (veja-se o artigo 104.º da Constituição alemã) e em instrumentos de Direito Internacional (veja-se o artigo 9.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, doravante PIDCP).

A Magna Carta, no seu parágrafo 39.º, prescreve o seguinte: “Nenhum homem livre será detido ou preso, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país.”. Não obstante ter garantido direitos apenas a um grupo limitado de pessoas, nomeadamente nobres feudais, o diploma ainda assim requeria que a prisão ou detenção fosse legítima e protegia o indivíduo contra quaisquer excessos do rei.

Esta proteção contra a prisão e detenção arbitrárias constituiu uma das principais dimensões e concretizações do direito de liberdade da pessoa expressa na *Bill of Rights* e nos *Habeas Corpus Acts*. O direito foi, então, pos-

teriormente desenvolvido e o seu escopo de aplicação alargado depois da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, já que o direito à liberdade passou a ser garantido a todos os cidadãos nas Constituições dos Estados.

A DUDH assinalou um subsequente alargamento da esfera de pessoas protegidas pelos direitos humanos. Aqui o direito à liberdade surge numa versão curta e programática, deixando a sua posterior elaboração para futuras convenções de direitos humanos.

III. Na sua versão final, o artigo 9.º da DUDH é curto e vago, daí que algumas convenções sobre direitos humanos mais recentes tenham vindo dar uma concretização a este direito¹³³.

Não obstante, os projetos iniciais da DUDH continham conceitos e requisitos mais precisos como a prisão legal, o direito a uma audiência judicial imediata perante um juiz e o direito a um julgamento dentro de um prazo razoável.

Contudo, na segunda sessão da Comissão dos Direitos Humanos (2 a 17 de dezembro de 1947), não se conseguiu obter um consenso relativo ao conceito de situações possíveis de detenção. Na votação final do Terceiro Comité da Assembleia Geral, as limitações específicas ao direito à liberdade e segurança da pessoa foram rejeitadas e deixadas para futura convenção.

A palavra “exílio” foi adicionada ao artigo 9.º da Declaração, neste Terceiro Comité da Assembleia Geral, depois de proposta do Equador. Não obstante esta sugestão ter sido alvo de um amplo apoio, o desacordo prevaleceu na questão de saber se a palavra “arbitrária” também se deveria referir ao exílio. A versão final resultou, então, de um compromisso entre a proposta que tinha em vista a proibição total do exílio com a proposta que o permitia de acordo com a lei.

IV. O parágrafo 1.º do artigo 9.º do PIDCP prescreve que: “Todo o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser submetido a detenção ou prisão arbitrárias. Ninguém poderá ser privado da sua liberdade, exceto pelos motivos fixados por lei e de acordo com os procedimentos nela estabelecidos.”. Aqui, tal como no n.º 1 do artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante CEDH), o requisito para que a detenção seja legal abrange tanto o seu fundamento, como o procedimento a seguir. Este último preceito referido enumera, à semelhança da CRP, os motivos permitidos

¹³³ GUNDMUNDR ALFREDSSON/ASBJORN EIDE, *The Universal Declaration of Human Rights, A Common Standard of Achievement*, Haia, Martinus Nijhoff, 1999, pp. 209 e ss.

para a privação legal da liberdade.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (de ora em diante TEDH) estabeleceu critérios de acessibilidade e precisão no caso *Sunday Times c. Reino Unido* (1979) que devem estar reunidos de modo a cumprir a exigência de legalidade.

Assim, a interpretação do conceito “arbitrária” tem sido exigida, mormente pela concretização da proibição da prisão e detenção arbitrárias nos instrumentos de Direitos Humanos. Esta questão já havia sido considerada nos trabalhos preparatórios da DUDH, em que se lhe atribuiu o significado de “ilegal” ou “injusto”. Contudo, nenhuma destas expressões constou (e consta) do texto final da Declaração. Num momento posterior, em 1962, um estudo conduzido pelas Nações Unidas sobre este artigo adotou a seguinte definição¹³⁴: “Uma prisão ou detenção é arbitrária se for (a) motivada ou em concordância com procedimentos diferentes dos estabelecidos por lei, ou (b) dentro da previsão de uma lei cujo propósito seja incompatível com o respeito pelo direito à liberdade e segurança da pessoa”. A concretização prática dos direitos humanos exige um padrão mínimo internacional que limite o poder legislativo dos Estados. Não obstante a fraqueza do conteúdo deste padrão, já se exclui a legislação que permita uma detenção visivelmente arbitrária ou discriminatória.

A maior parte dos instrumentos de direitos humanos, com exceção da CEDH tal como supracitado, deixou a regulamentação dos fundamentos legítimos de detenção para o Direito interno. Contudo, a prisão com fundamento na impossibilidade de cumprir uma obrigação contratual não se enquadra neste âmbito, já que é estritamente proibida.

V. O indivíduo que seja preso deve ser informado das razões da sua prisão e das acusações contra si deduzidas. A comunicação tem de ser dada em conexão com a prisão efetivamente concretizada.

No que a tal concerne, não se verificam diferenças entre detenção no âmbito de um procedimento criminal e prisão com outros fundamentos. Todavia, nos procedimentos criminais, pode decorrer algum período de tempo para se completar a investigação e formular uma acusação detalhada. Nestes termos, o detido tem o direito de ser prontamente informado das acusações que enfrenta, apesar de não ter de o ser necessariamente no momento da prisão pelo motivo enunciado.

¹³⁴ Comissão on Human Rights, *Study of the Right of Everyone to be Free from Arbitrary Arrest, Detention and Exile*, 1962, pp. 23 e ss., pesquisável em <https://digitallibrary.un.org/record/642868>, último acesso em 16 de abril de 2019.

VI. O direito a um controlo judicial da prisão e detenção num procedimento e investigação criminais é assegurado por diferentes instrumentos de Direito Internacional: no parágrafo 3.º do artigo 9.º do PIDCP, no n.º 3 do artigo 5.º da CEDH e no n.º 5 do artigo 7.º da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante CADH). Adicionalmente, estes diplomas permitem o recurso a um tribunal para revisão judicial da privação da liberdade, concretamente no parágrafo 4.º do artigo 9.º do PIDCP, no n.º 4 do artigo 5.º da CEDH e no n.º 6 do artigo 7.º da CADH, aplicando-se a qualquer tipo de privação de liberdade.

O controlo judicial da prisão e detenção em procedimento criminal obedece a dois requisitos básicos: 1) o direito a ser apresentado a um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais; e 2) o direito a um julgamento em prazo razoável.

O primeiro requisito enunciado tem sido objeto de interpretação num grande número de decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e da Comissão dos Direitos Humanos, de que são exemplo os casos *Kawka c. Polónia* (Acórdão do TEDH, de 9 de janeiro de 2001) e *Schops c. Alemanha* (Acórdão do TEDH, de 13 de fevereiro de 2001)¹³⁵.

VII. O conceito de "exílio" aponta, normalmente, para a expulsão de um nacional do seu próprio país.

As disposições relativas ao direito de liberdade, na sua dimensão de liberdade de movimento, garantem ao indivíduo o direito de entrar no seu próprio país (previsto no parágrafo 4.º do artigo 12.º do PIDCP) e proíbem a expulsão de nacionais (prevista no n.º 5 do artigo 22.º da CADH). Na prática, isto leva a que o exílio seja impossível.

A cidadania é o nexo de ligação essencial entre o Estado e o povo, pelo que a privação da nacionalidade não torna o exílio aceitável.

A ausência do termo nos instrumentos de direitos humanos mais recentes explica-se pelo facto de a proibição do exílio se ter tornado uma regra de Direito Internacional costumeiro. Não obstante o recurso ao exílio ser bastante esporádico, quando utilizado, é fortemente condenado pela comunidade internacional.

VIII. O artigo 27.º da CRP prescreve o direito à liberdade, na sua dimensão

¹³⁵ Sumários de Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 2001, pesquisável em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/reports&c=>, último acesso em 16 de abril de 2019.

de direito à liberdade física, concretamente o direito de não ser detido, aprisionado ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço ou impedido de se movimentar, daí Gomes Canotilho e Vital Moreira lhe chamarem um direito à liberdade de movimentos¹³⁶. Este direito é rodeado de uma intensa garantia jurisdicional face às autoridades públicas, nomeadamente através do *habeas corpus* (artigo 31.º da CRP), do direito à indemnização por prisão ou detenção inconstitucional ou ilegal (n.º 5 do presente artigo), do duplo grau de jurisdição para efeitos de recurso e da reserva de jurisdição.

À semelhança de outros direitos fundamentais, o direito à liberdade conhece limitações, que se traduzem em medidas de privação total ou parcial da liberdade, obedecendo, porém, a um princípio da tipicidade constitucional, concretizado nos n.º 2 e 3 do artigo em análise. Aqui, a Constituição intenta apenas numa mera enumeração de alguns dos pressupostos com base nos quais se legitima a privação da liberdade, concretamente os mais diretamente atinentes à privação da liberdade¹³⁷.

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 185/96 define a privação da liberdade como uma “perturbação do âmago do direito à liberdade física, à liberdade de alguém se movimentar e circular sem estar confinado a um determinado local, sendo a essência do direito atingida por um determinado tempo (que pode ser, aliás, de duração muito reduzida)”. O mesmo Acórdão assevera a reserva de lei parlamentar em matéria de Direitos, Liberdades e Garantias, onde se insere a previsão das concretas medidas privativas da liberdade.

O dever de informação previsto no n.º 4 prescreve que os fundamentos da privação da liberdade sejam comunicados imediatamente e de forma compreensível, garantindo a proibição de prisões ou detenções arbitrárias.

IX. Em suma, podemos verificar a importância prática hodierna do artigo 9.º da DUDH, decorrente sobretudo do facto de a prisão ou detenção arbitrárias serem uma realidade permanente nos diversos países do mundo, o que justifica que a sua proibição seja concretizada não apenas nos vários instrumentos internacionais, como também na própria legislação interna dos Estados.

Ana Cláudia Pereira

¹³⁶ GOMES CANOTILHO /VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 476 – 485.

¹³⁷ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 634 – 656.

ARTIGO 10.º

Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

COMENTÁRIO

I. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante DUDH) expressa a conceção comum dos povos do mundo acerca dos direitos inalienáveis e invioláveis de todos os membros da família humana,¹³⁸ prescrevendo que para uma efetiva proteção dos direitos humanos não é suficiente uma consagração substantiva, sendo ainda necessário prever as garantias fundamentais adjetivas, de modo a reforçar os mecanismos de salvaguarda daqueles direitos¹³⁹.

Com efeito, o artigo 10.º da DUDH consagra, precisamente, as “garantias da função jurisdicional”¹⁴⁰, nomeadamente o princípio da igualdade de armas, o princípio do contraditório, o princípio da publicidade e o princípio da independência e imparcialidade do Tribunal. Deste modo, e não obstante o igual papel fundamental desempenhado por todos princípios enunciados, destacamos, na esteira de Mindaugas Simonis¹⁴¹, os princípios da independência

¹³⁸ Declaração de Teerão proclamada pela Conferência Internacional sobre Direitos Humanos em Teerão, a 13 de maio de 1968, pesquisável em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/proclamacao_de_teerao.pdf.

¹³⁹ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Anotada*, 3.a ed., Coimbra, 2005, p. 113.

¹⁴⁰ Epígrafe da autoria de Jorge Miranda – JORGE MIRANDA, *A Declaração Universal e os Pactos Internacionais de Direitos do Homem*, 1.a ed., Lisboa, 1976, pp. XXI e 5.

¹⁴¹ MINDAUGAS SIMONIS, *Effective Court Administration and Professionalism of Judges as*

e da imparcialidade do Tribunal como as garantias mais elementares e fulcrais do direito a um processo equitativo.

Por este motivo, centraremos o nosso comentário nestes dois princípios.

II. Efetivamente, no âmbito da jurisprudência portuguesa, é sobretudo sobre o princípio da independência e imparcialidade do Tribunal que os Tribunais recorrem à aplicação do artigo 10.º da DUDH. Exemplos verificam-se com o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 25.02.2010, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23.02.11 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 07.02.2017¹⁴². A referida jurisprudência analisa o princípio da imparcialidade do juiz, à luz da (in)admissibilidade do instituto da escusa (artigos 43.º a 47.º do Código de Processo Penal e artigos 119.º a 129.º do Código de Processo Civil) – garantia de imparcialidade legalmente prevista a par do instituto dos impedimentos (artigos 39.º a 42.º do Código Processo Penal e artigos 115.º a 118.º Código Processo Civil).

A imparcialidade dos juízes é fundamental no exercício da função jurisdicional e propugna que estes ocupem uma posição equidistante perante os interesses em conflito.¹⁴³ O Tribunal Constitucional tem vindo a distinguir uma dupla dimensão da imparcialidade¹⁴⁴: a imparcialidade subjetiva, que respeita ao foro íntimo do juiz (impondo a ausência de preconceitos ou ideias pré-definidas) e sendo de difícil demonstração, e a imparcialidade objetiva, que se reporta à pura objetividade e incondicional juridicidade que deve caracterizar o juízo de qualquer Tribunal, relativamente a todos os participantes processuais¹⁴⁵. A segunda dimensão assinalada tem uma importância essencial, uma vez que, conforme enuncia o brocardo anglo-saxónico, *not only must justice be done; it must also be seen to be done*. Como tal, não basta que o juiz permaneça imparcial, sendo igualmente decisivo que “um cidadão médio, representativo da comunidade” possa “fundadamente suspeitar que o juiz, influenciado pelo facto

Necessary Factors Safeguarding the Mother of Justice – The Right to a Fair Trial, International Journal For Court Administration, XX, 2019, p. 6.

¹⁴² Pesquisáveis em <http://www.dgsi.pt>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁴³ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais à luz do Novo Código*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 80 e 81.

¹⁴⁴ Cfr., ilustrativamente, Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 86/88, 935/96, 227/97 e 281/2011.

¹⁴⁵ JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, 2.a ed., Coimbra, Coimbra Editora, p. 44

invocado, deixe de ser imparcial e injustificadamente o prejudique.”¹⁴⁶ Ademais, a seriedade e gravidade do motivo causador do sentimento de desconfiança sobre a imparcialidade do juiz têm de ser apreciadas de acordo com o senso e experiência comum¹⁴⁷.

III. Esta garantia processual é assegurada, não só positivamente pelas regras de determinação do juiz natural (artigo 32.º, n.º 9 da Constituição da República Portuguesa)¹⁴⁸, como também negativamente, pela enunciação dos casos em que o juiz (i) fica impedido de exercer as suas funções num determinado processo ou (ii) pode ser afastado por suspeição¹⁴⁹. A jurisprudência nacional é rica em decisões em que tal problemática se levanta, decidindo, maioritariamente, em sentido positivo aos pedidos de escusa e recusa¹⁵⁰, promovendo o reforço da confiança nos Tribunais e na própria justiça.

IV. A par da imparcialidade, a independência dos Tribunais é “uma das regras clássicas do Estado Constitucional e uma das garantias essenciais do Estado de direito democrático”¹⁵¹ (artigo 2.º da Constituição). No âmbito da independência, é igualmente possível, desenhar-se uma dupla dimensão, neste caso, externa e interna. A independência externa dos Tribunais é um corolário do princípio da separação de poderes, que se traduz na inadmissibilidade de condicionamentos, pressões e instruções por parte dos titulares de órgãos de

¹⁴⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 24.02.2015, citando o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 05.03.1996, pesquisáveis em <http://www.dgsi.pt>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁴⁷ Conforme sublinhado no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 07.02.2017 e que justificou o indeferimento do pedido de escusa formulado.

¹⁴⁸ “A aleatoriedade na determinação do juiz da causa é conseguida, não só pela aplicação das normas de competência dos tribunais, mas também através da distribuição dos processos, a qual (...) evita a intervenção da vontade na determinação do juiz: a distribuição é automática e faz-se por meios eletrónicos, contribuindo para que o juiz da causa seja o juiz natural.” – José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo...*, ob. cit., p. 83.

¹⁴⁹ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo...*, ob. cit., p. 82.

¹⁵⁰ A jurisprudência é unânime em considerar que “deve ser deferido o pedido de escusa do juiz a quem foi distribuído para julgamento um processo por crime de falsidade de testemunho, se foi esse juiz que procedeu ao julgamento onde foi prestado o imputado depoimento falso, ordenou, na audiência, a requerimento do Ministério Público, a extração de certidão da ata para efeitos de procedimento criminal e, na sentença, considerou esse depoimento não credível.” – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23.02.2011, no mesmo sentido dos Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 17.09.2008, de 15.12.2010 e de 20.02.2013, pesquisáveis em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁵¹ GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 513.

outros poderes (nomeadamente do poder legislativo e do poder executivo), visando salvaguardar os Tribunais dos demais poderes do Estado, assim como defender os direitos e interesses legítimos dos cidadãos perante o Estado. A independência interna determina ainda que, sendo independentes relativamente aos demais poderes do Estado, os Tribunais são também independentes entre si, salvo as relações de hierarquia e supraordenação dentro de cada ordem ou categoria de Tribunais (artigos 210.º, 212.º e 221.º da Constituição), e não obstante a cooperação que entre todos os Tribunais deve haver na administração da justiça (artigo 202.º, n.º 3 da Constituição).¹⁵²

V. Em síntese, os Tribunais apenas estão sujeitos à lei (artigo 203.º da Constituição), entendida em sentido amplo, tal implicando algo mais do que a mera vinculação ao princípio da legalidade (artigo 112.º, n.º 1 da Constituição), incluindo, ainda, as normas e os princípios materiais informadores da ordem jurídico-constitucional, na qual se incluem as normas de Direito Internacional (artigo 8.º, n.º 1, 2 e 3 da Constituição) e as normas de Direito da União Europeia (artigo 8.º, n.º 4 da Constituição).¹⁵³

VI. Garantia essencial da independência dos Tribunais é, ainda, a independência dos juízes, que exige não só a sua inamovibilidade e irresponsabilidade (artigo 216.º da Constituição), como também a sua liberdade perante quaisquer ordens ou instruções das demais autoridades relativas à atividade jurisdicional, além de um regime adequado de designação com garantias de isenção e imparcialidade que evitem o preenchimento dos quadros da magistratura de acordo com os interesses dos demais poderes do Estado.¹⁵⁴ Esta garantia é reforçada pelo disposto no Estatuto dos Magistrados Judiciais (Lei n.º 21/85, de 30 de julho) e pela existência de um órgão privativo de gestão e disciplina da magistratura Judicial (o Conselho Superior da Magistratura).¹⁵⁵

VII. Para além do suprarreferido, na independência dos Tribunais pode e deve se incluir o direito do cidadão a reivindicar um esquema de organização, funcionamento e processo possibilitador de atos judiciais independentes. Esta pretensão implica uma dimensão defensiva, porque limita a liberdade de

¹⁵² GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, ob.cit., p. 513.

¹⁵³ GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, ob. cit., p. 514.

¹⁵⁴ *Idem*, ob.cit., pp. 513 e 514.

¹⁵⁵ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo...*, ob. cit., p. 81.

conformação legislativa quanto à organização dos Tribunais e restringe a margem de livre apreciação do juiz, desde logo, em incidente de suspeição e impedimento.¹⁵⁶

VIII. Muito embora a consagração internacional do princípio em apreço seja já septuagenária e as instâncias internacionais levem a cabo esforços constantes no sentido de promover a sua efetivação, o Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas e especialistas independentes têm vindo a expressar particular preocupação com a independência do sistema judicial em diversos Estados, designadamente Arábia Saudita, China, Egito, Guatemala, Guiné-Bissau, Iraque, Maldivas, Mianmar, Sudão, Turquia, Venezuela e Vietnam.¹⁵⁷

Inclusivamente, no seio da União Europeia, a Comissão Europeia viu-se forçada a proferir 3 recomendações ao Estado polaco (27 de julho de 2016¹⁵⁸, 21 de dezembro de 2016¹⁵⁹ e 26 de julho de 2017¹⁶⁰), na sequência da reforma judicial que empreendeu, tendo ainda intentado, a 2 de outubro de 2018, um pedido junto do Tribunal de Justiça da União Europeia no sentido de que declarasse “que, por um lado, ao reduzir a idade de passagem à aposentação dos juízes do *Sąd Najwyższy* (Supremo Tribunal, Polónia) e ao aplicar essa alteração aos juízes nomeados para esse Tribunal antes de 3 de abril de 2018 e, por outro, ao conceder ao presidente da República da Polónia o poder discricionário de prorrogar as funções judiciais ativas dos juízes desse Tribunal, a República da Polónia não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das disposições conjugadas do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE e do artigo 47.º¹⁶¹ da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.” No despacho de 17 de dezembro de 2018, o Tribunal de Justiça decidiu que a República da Polónia deveria, imediatamente e até à prolação do acórdão que colocará termo à instância ao processo C619/18, suspender a aplicação das disposições que operaram a reforma judiciária nos termos supracitados.¹⁶² Em causa estão

¹⁵⁶ GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, ob. cit., p. 516.

¹⁵⁷ Pesquisável em <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23898&LangID=E>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁵⁸ Pesquisável em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016H1374&from=MT>,

¹⁵⁹ Pesquisável em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017H0146&from=DE>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁶⁰ Pesquisável em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017H1520&from=CS>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁶¹ Pesquisável em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=8D20F-D9327641B62EFE9084D65E9B9FF?text=&docid=207961&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4782139>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁶² Pesquisável em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;>

medidas que atentam gravemente contra o princípio da independência.

IX. Deste modo, apesar de o princípio da independência e da imparcialidade do Tribunal ter uma longa história e estar consagrado, não só na DUDH, como no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 14.º), na Convenção Europeia dos Direitos humanos (artigo 6.º) e em muitos outros pactos internacionais e legislação interna de vários Estados, ele esbarra com tentativas contantes de violações. Essas violações assumem várias formas, desde a adoção de atos legislativos que contradizem os princípios constitucionais, a reformas dos sistemas judiciais, incluindo a escassez da administração da justiça em casos concretos.¹⁶³

X. Em suma, cremos que os direitos humanos – em especial, o princípio da independência e imparcialidade do Tribunal – ainda não são um dado adquirido, antes um processo de construção social, cuja concretização é um desafio constante. Declarar simplesmente que determinada conduta é ilícita ou proibida não é suficiente para prevenir o seu desrespeito¹⁶⁴ – urge a previsão e aplicação de medidas que os efetivem.

Alexandra Caetano Domingues
Estudante do 4.º ano da licenciatura em Direito

[jsessionid=8D20FD9327641B62EFE9084D65E9B9FF?text=&docid=209302&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4782139](https://www.unhcr.org/refugees/8D20FD9327641B62EFE9084D65E9B9FF?text=&docid=209302&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4782139), último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁶³ MINDAUGAS SIMONIS, *Effective Court Administration and Professionalism of Judges as Necessary Factors Safeguarding the Mother of Justice – The Right to a Fair Trial*, International Journal For Court Administration, XX, 2019, p. 5.

¹⁶⁴ CARLA FERTSMAN, *Contemporary human rights challenges: the Universal Declaration of Human Rights and its continuing relevance*, 1.ª ed., Londres, Tony Gray, 2018, p. 41

ARTIGO 11.º

1. *Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.*
2. *Ninguém será condenado por acções ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam acto delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o acto delituoso foi cometido.*

COMENTÁRIO

I. O n.º1 do artigo 11º da Declaração Universal dos Direitos Humanos introduz-nos o princípio da presunção de inocência.

A presunção de inocência tem como dever primeiro a proteção de inocentes. Numa linguagem acessível a todos, parece de maior importância a proteção daqueles que são acusados de algo que não fizeram. Daí que, caso não existam provas contra os mesmos, esses se presumam inocentes.

Tentando simplificar, do ponto de vista do paradigma português, a presunção de inocência é tida como um princípio constitucional democrático, defensor da dignidade da pessoa humana, postulado no nº2 do artigo 32º da Constituição da República Portuguesa¹⁶⁵. O seu correlativo processual penal traduz-se no princípio *in dubio pro reo* – isto é, em caso de dúvida, opta-se pela absolvição do réu.

¹⁶⁵ Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

II. Dito deste modo, parece algo sabido desde sempre. Afinal, é quase de conhecimento geral saber que não se condena inocentes e que, em caso de dúvida, declara-se inocente. Sabe-se isto da mesma forma que se sabe que dois mais dois são quatro e ninguém se lembra quando o aprendeu. A realidade é que, por detrás deste princípio constitucional, nesta defesa da dignidade da pessoa humana, encontra-se todo um sistema democrático estruturado e exemplificado num princípio sabido por todos nós, aparentemente simples, mas, na sua historicidade, complexo e belo. É este o princípio da presunção da inocência.

III." Qual é o bem (ou bens) em função do qual (ou dos quais) valorizamos todas as outras coisas como meios? Ou seja, qual é aquele bem (ou bens) cuja justificação é última? O bem ou valor último é muitas vezes identificado como bem ou valor intrínseco, opondo-se este ao bem ou valor meramente instrumental. Por outro lado, o problema do critério de correção é o seguinte: qual é o critério que nos permite distinguir adequadamente as ações moralmente corretas das incorretas? Não está em causa qualquer critério da ação correta, mas antes um critério que seja último. (...) O problema do bem último e o problema do critério da ação correta estão relacionados. Isto porque é natural pensar que as ações corretas promovem o bem, e as incorretas promovem o mal (o problema do bem último diz respeito à metafísica do valor; o problema do critério da ação correta diz respeito à normatividade)."¹⁶⁶

A pergunta que se coloca agora é saber se esse bem último é a própria presunção de inocência, ou se a presunção de inocência é um meio para se chegar à proteção desse bem último. E, se de um meio se tratar, que bem último protege? Esse bem último será a liberdade. Liberdade enquanto pressuposto da dignidade da pessoa humana; pois é na liberdade inerente aos seres humanos, enquanto seres dotados do uso da razão, que estes notam serem um fim em si mesmos¹⁶⁷ e, como tal, nasce a necessidade de proteção do ser humano em si aquando de atrocidades recorrentes à sua característica intrínseca: o ser-se Humano, o ser-se livre, o ser-se digno.

¹⁶⁶ AIRES ALMEIDA, DESIDÉRIO MURCHO, *Janelas Para a Filosofia*, 1.^a ed., Lisboa, Gradiva, 2014, pp.48-49.

¹⁶⁷ IMMANUEL KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 1.^a ed., Lisboa, Edições 70, 2007, pp.67-72.

IV. Mas em que medida é que a presunção de inocência, ao proteger inocentes, salvaguarda, também, a dignidade da pessoa humana? Através da epistemologia da incerteza. Com a relatividade especial, Einstein mostrou-nos que, da mesma forma que o tempo não é absoluto, também não há verdades absolutas. O tempo de determinado evento depende do ponto de vista do observador, se este está em movimento ou se permanece estático. Adequando a relatividade especial ao processo penal, verificamos que é, de facto, difícil averiguar a chamada verdade, tanto do lado da vítima como do lado do arguido. De um lado, temos a vítima, alguém cujos direitos já foram ofendidos, do outro o arguido, cujos direitos poderão vir a ser supridos (não esquecendo o princípio da proporcionalidade¹⁶⁸). Tanto um quanto outro, colocando de parte as provas periciais (não podemos olvidar a premissa de que a presunção de inocência se dá quando não existem provas ou quando estas se mostram duvidosas), retratam a sua verdade. Todavia, "no momento do crime, a vítima é o hipossuficiente e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal, opera-se uma importante modificação: o mais fraco passa a ser o acusado, que frente ao poder de acusar do Estado sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena. O sujeito passivo do processo (...) passa a ser o protagonista, porque ele é o eixo em torno do qual giram todos os atos do processo."¹⁶⁹

Se um dos fins (mas não único) do Direito Penal é a prevenção especial positiva ou de socialização¹⁷⁰, isto é, a ressocialização do agente¹⁷¹, de que vale condenar alguém cuja culpa é incerta? Isto é, cuja tal ressocialização não se mostra necessária? De que forma se oferece à sociedade garantias mínimas de um sistema que nos protege quando o mesmo nos retira direitos aquando de uma incerteza? É precisamente disto que a presunção de inocência nos protege. Todavia, devido à sede retributiva da sociedade em que vivemos, a presunção de inocência é observada como uma impunidade para o crime em vez de uma garantia para aqueles (que somos todos nós) que convivem no meio social e gostam de ser livres e preservar essa mesma liberdade.

¹⁶⁸ Nos termos do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa.

¹⁶⁹ AURY LOPES JR., *Fundamentos do Processo Penal Introdução Crítica*, 1.ª ed., Brasil, Rei dos Livros, 2016, pp. 41-42.

¹⁷⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral*, I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 50-58.

¹⁷¹ Nos termos dos artigos 40º e 42 do Código Penal português.

V.Quando se percebe que não se pode oferecer certezas, convicções inabaláveis, à sociedade, entende-se, então, que aquilo que mantém uma sociedade estruturada são sim garantias que lhe se pode oferecer. Garantias mínimas, salvaguarda e proteção de um bem último. Bem último esse que é a nossa liberdade.

A presunção de inocência é então tida em duas vertentes: como regra de tratamento e como regra probatória. Enquanto regra de tratamento, o arguido, ao longo do processo (desde do seu início, até ao trânsito em julgado da decisão final) será tratado como inocente. Enquanto regra probatória, existe a chamada inversão do ónus da prova. Por outras palavras, não cabe a quem se afirma inocente provar a sua própria afirmação; cabe, sim, à acusação a prova de culpa. O que, na realidade, não faz muito sentido. Se verificamos que se é inocente *ab initio* e que a culpa surge a determinado momento, isto é, no momento em que se pratica determinada ação, o estado natural de um indivíduo é a inocência. Se a inocência é o estado natural do indivíduo, o mesmo não precisa de provar a sua existência, pois ela existe per si sem carência de prova. A culpa, por outro lado, passa a existir a determinada altura, daí a carência de prova. Visto de outra forma, se a inocência é a negação da acusação de culpa, quem afirma primeiramente é a própria acusação, logo, uma vez mais, cabe a esta última o ónus da prova e não ao arguido. De uma última perspetiva, o pressuposto de uma presunção é, precisamente, a ausência de prova. Então, que lógica faria falar de prova de inocência quando falamos de uma presunção dessa mesma inocência? Por mais voltas que se dê na lógica das palavras, a inocência não carece de provas. A presunção de inocência é uma garantia mínima de proteção do órgão judicial contra o próprio órgão judicial, pois não podemos viver no medo daquele que aplica o Direito. A minha liberdade termina onde inicia a do outro. A presunção de inocência é uma garantia desta mesma máxima.

VI. O n.º2 do artigo 11.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos traduz a proibição da retroatividade da lei penal *in malem partem*. Nas palavras de Figueiredo Dias, só é “punido o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da prática do facto.”¹⁷² Se determinado indivíduo agir e a lei nada disser quanto a esse facto (isto é, não criminalizar essa conduta por ação ou omissão), esse mesmo indivíduo não poderá ser condenado, ainda que, no dia seguinte, essa mesma conduta venha a ser criminalizada.

¹⁷² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral*, ob.cit., pp. 193

Tudo isto se relaciona com o momento da prática do facto – determinação do *tempus delicti*.¹⁷³ Uma vez mais, releva aqui a ideia de garantias mínimas e, como tal, a proteção da liberdade e dignidade da pessoa humana como bem último.

VII. Um indivíduo quando age, age tendo em conta o sistema em que se insere, e quando toma determinada ação tem também em conta se a mesma é ou não penalizada. A penalização dessa mesma ação pode influenciar a decisão do indivíduo agir ou não agir. Se não houver uma garantia mínima de que determinada conduta será sempre lícita até aviso expresso em contrário, toda e qualquer ação poderá ser penalizada a qualquer momento e viver-se-á num clima de incerteza, caos e temor. Uma vez mais, o Direito Penal mostra-se necessário à salvaguarda e garantia dos Direitos Humanos, sendo a irretroatividade da lei penal fundamental à proteção destes mesmos bens.

O mesmo se pode dizer relativamente à aplicação de penas (ou medidas de segurança) mais graves que as previstas no momento da prática do facto.¹⁷⁴

VIII. Não há verdades absolutas, nem certezas. Todavia, é possível viver numa égide de garantias mínimas de segurança e de liberdades, onde a dignidade da Pessoa Humana é o eixo central, em que o sistema é criado de forma a que o mesmo se auto regule e não se sobreponha. Um Estado de Direito. Onde o Direito se sobrepõe ao Estado, pois a Pessoa Humana, quando nasce, nasce com Direitos, e o Estado só existe depois da Pessoa Humana o criar dentro dos parâmetros dos Direitos que possui e que a governa.

Mónica Cid Nobre
Estudante do 4.º ano da licenciatura em Direito

¹⁷³ Artigos 1.º a 3.º do Código Penal e n.ºs 1 e 3 do artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa.

¹⁷⁴ Nos termos e para efeitos do n.º4 do artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa.

ARTIGO 12.º

Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.

COMENTÁRIO

I.A protecção da esfera de intimidade da vida privada é primacial para a plena efetividade da personalidade humana. Conquanto esteja a sociedade vinculada a uma complexa teia de relações comunitárias, é cabal garantir na esfera pessoal um direito ao sossego, à reserva da vida privada, familiar, doméstica e sentimental.

A previsão deste artigo 12.º tem correspondência no n.º 1 do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, nos seguintes moldes: “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”, bem como nos artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

II. Merece ainda especial referência o n.º 1 do artigo 17.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, cuja redação é muito semelhante à do artigo 12.º da Declaração.

A história dos preceitos a que nos vimos referindo¹⁷⁵, permite-nos concluir que não se sugeriu, de modo consciente, a criação de uma garantia integral do direito à privacidade, contudo, a escolha pela utilização de um termo “chapéu”,

¹⁷⁵ Para mais desenvolvimentos vide OLIVER DIGGELMANN / MARIA NICOLE CLEIS, How the Right to Privacy Became a Human Right, *Human Rights Law Review*, XIV, Issue 3, 2014, pp. 441-458, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngu014>

o termo *privacy*, enquanto direito de privacidade em sentido amplo, permitiu que fossem aprofundados diferentes aspetos da garantia da vida privada, ainda que estes não tivessem sido pensados à altura da preparação dos instrumentos normativos supra indicados. Assim, a *privacy* alcança variados objetos de tutela, como comunicações privadas, dados genéticos, identidade, convicções religiosas, orientação sexual, entre outros¹⁷⁶:

III. "O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, direito de resguardo, como é designado pela doutrina italiana, ou direito a uma esfera de segredo, para a teoria germânica, corresponde ao reconhecimento de uma merecida tutela quanto à natural aspiração da pessoa a uma esfera íntima de vida, ao direito de estar só"¹⁷⁷. Parece essencial uma prévia delimitação do direito em causa.

IV. O Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas, cuja tarefa é monitorizar a implementação do Pacto, concebeu um comentário sobre a interpretação deste artigo, cuja compreensão se torna necessária ao entendimento do âmbito do próprio artigo 12.º da Declaração, especialmente no que toca ao papel de cada um dos Estados Partes na adoção de legislação que garanta a tutela deste direito, assim como medidas que proíbam intervenções e ataques à vida privada, à família, ao domicílio e à correspondência¹⁷⁸. Oferece-nos também um entendimento sobre "de quem" deve ser protegido este direito que, de acordo com o Comité, "deve estar garantido contra todos estes tipos de intervenções e ataques, quer provenham de autoridades estatais ou de pessoas físicas ou jurídicas"¹⁷⁹. São numerosos os casos em que o Comité dos Direitos Humanos teve de dar o seu parecer, no que respeita a violações do direito à reserva da vida privada e as suas decisões permitem-nos, de facto, entender o grande leque de situações possíveis abrangidas por este direito¹⁸⁰.

¹⁷⁶ ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário aos artigos 70º a 81º do Código Civil: direitos de personalidade*, 1.ª. ed, Lisboa, Universidade Católica, 2012, pp. 205-206.

¹⁷⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 03.05.2005, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁷⁸ Comentário Geral n.º 16, sobre o direito ao respeito da vida privada, família, domicílio e correspondência, e a proteção da honra e reputação – artigo 17º, 32ª sessão, 1988, pesquisável em <http://www.ministeriopublico.pt/> último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁷⁹ Comentário Geral n.º 16 supra citado, pesquisável em <http://www.ministeriopublico.pt>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁸⁰ A título exemplificativo, temos o caso *Coeriel and Aurik vs The Netherlands*, em que o Comité decidiu que era uma violação do direito à privacidade quando as pessoas não são autorizadas a alterar o seu nome por motivos religiosos.

V. É ainda de convocar a projeção do Tribunal Constitucional Alemão quanto à demarcação do conteúdo abarcado pelo conceito de vida privada. Assim, “equipara este direito a uma autodeterminação, abrangendo o direito de fazer escolhas essenciais numa esfera de intimidade e comportando também um direito ao segredo, na medida em que a divulgação intempestiva de factos próprios do sujeito seja de molde a ameaçar o exercício efetivo de outras liberdades”¹⁸¹.

Por outro lado, e atendendo à configuração de Paulo Mota Pinto¹⁸², será cabal a distinção entre o direito à proteção da vida privada e a *privacy*, que subsiste no modelo norte-americano. Assim, considerando-se o direito à reserva da vida privada em sentido técnico, este definir-se-á atendendo aos pressupostos delineadores concebidos pelo próprio sujeito. Assim sendo, os contornos relativos à extensão da privacidade definem-se em dois momentos: um momento individual- subjetivo e um momento objetivo-comunitário.

VI. O momento subjetivo caberá ao momento individual de valoração sobre a modelação da vida pessoal privada, prefigurando aqui o necessário livre-arbítrio quanto à limitação pela vontade da esfera de segredo. Quanto ao momento objetivo, surgido pela imperativa necessidade de garantia da esfera reservada do indivíduo, pela impreterível insuficiência da liberdade de determinabilidade individual, interessa a referência ao interesse objetivo de segredo, como valoração normativa objetiva comum¹⁸³.

VII. À luz do exposto, o direito de reserva da vida privada, que abrange o estrato familiar, o domicílio, a honra¹⁸⁴ e reputação, afigura a garantia daquele que é, atendendo à jurisprudência americana, *o right to be let alone*¹⁸⁵. Desta

¹⁸¹ Comentário de LUÍSA NETO ao art. 80º do CC, Ana Prata *et al.*, *Código Civil Anotado*, I, 1.a. ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 117 ss.

¹⁸² PAULO MOTA PINTO, A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, II, 1.a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 527 ss.

¹⁸³ Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Perspectiva Jurídico-Criminal*, 1.a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 101 ss.

¹⁸⁴ Pauta-se, ainda, a adstringência inadmissível da *exceptio veritatis*: “[É] que não está aqui em causa a proteção da reputação ou da honra, mas a da privacidade, pelo que se tutela mesmo o segredo da desonra e não se admite a prova da verdade dos factos imputados”, como refere PAULO MOTA PINTO, O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, *Boletim da Faculdade de Direito: Separata*, LXIX, 1.a. ed., Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1993, p. 533.

¹⁸⁵ Para densificação do conceito vide: RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de*

forma, caberá no âmbito do direito à privacidade esta contingência relativa ao direito à solidão, que dispõe a incumbência da inadmissibilidade de intromissões externas no que se refere à esfera de isolamento¹⁸⁶. A este respeito será de enfatizar o papel da sociedade moderna e da progressiva divulgação de informações, no sentido de que constitui uma crucial responsabilidade individual a delimitação da fronteira dos círculos pessoais de reserva.

Nesta senda, importa atender à sistematização material deste direito, numa tentativa de determinação do conteúdo do direito, atendendo ao disposto pela 'teoria dos três graus' ou 'três esferas', desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs. Desta feita, o primeiro grau concerne ao reconhecimento de uma esfera de intimidade em sentido estrito, prefigurando esta uma área de segredo inviolável e intangível¹⁸⁷. Aqui se compreende o espaço mais impenetrável da esfera da vida privada, como os pensamentos, as opiniões e as sensações que se pretendem manter em absoluto reservadas¹⁸⁸.

Num plano menos inacessível, mas igualmente reservado, prefigura-se a esfera vida privada, confidencial, e cujo conhecimento se substancia com a relação de confiança previamente estabelecida entre as pessoas. A este respeito se saliente que quanto a esta esfera pessoal se invoca o direito de promover a defesa contra a divulgação de notícias privadas ainda que lícitamente obtidas pelo divulgador¹⁸⁹.

Quanto a uma terceira esfera indicar-se-á, como esfera mais ampla, a da vida pública, concernente aos aspetos passíveis de exposição pela necessária vivência em sociedade, contemplando, assim, os comportamentos e atitudes deliberadamente acessíveis ao público e suscetíveis de por todos serem conhecidos.

VIII. A DUDH prevê assim uma proteção especial a este direito humano, que se concretiza também no direito fundamental previsto no artigo 26.º da CRP e se reflete no direito de personalidade a que se refere o artigo 80.º do Código Civil, como se verá.

Personalidade, 1.a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 316 ss.

¹⁸⁶ Para uma referência mais desenvolvida, vide: MARIA RAQUEL GUIMARÃES, A tutela da pessoa e da sua personalidade como fundamento e objecto da disciplina civilística: Questões actuais, *Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP*, II, 1.a. ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 291 ss.

¹⁸⁷ Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Perspectiva Jurídico-Criminal*, 1.a. ed, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 96.

¹⁸⁸ ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *Privacy e protecção de dados pessoais*, 1.a ed., Lisboa, AAFDL, 2015, p. 448.

¹⁸⁹ PAULO COSTA JÚNIOR, *O direito de estar só. A tutela penal do direito à intimidade*, 3.a ed., São Paulo, Siciliano Jurídico, 2004, p. 30.

Assim, e enquanto direito fundamental à luz da ordem constitucional, previsto no domínio dos Direitos, Liberdades e Garantias, afigura-se este direito pessoal no texto constitucional no n.º 1 do artigo 26.º, o qual consagra a reserva da vida privada e familiar – e com uma projeção dinâmica no direito ao livre desenvolvimento da personalidade também constitucionalmente previsto desde 1997. Por sua vez, determina o n.º 2 do mesmo artigo a efetividade de garantias face à obtenção e utilização abusivas de informações relativas às pessoas e ao seu seio familiar. Em sentido convergente afiguram as garantias previstas no n.º 8 do artigo 32.º quanto ao processo criminal, na medida em que se consideram nulas as provas obtidas de forma abusiva no que tange ao substrato da intimidade da vida privada, no domicílio, correspondência e telecomunicações. Por fim, e em termos complementares, o artigo 34.º consagra a a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, com o mesmo propósito do n.º 3 do artigo 35.º referente à preservação da privacidade no tratamento de dados pessoais.

IX. Como dito, comporta também o Código Civil português a consagração do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, nomeadamente no seu artigo 80.º, na sua qualidade de direito de personalidade especial, cuja previsão se articula com o enquadramento especificado no artigo da DUDH que ora se anota. Assim sendo, o cerne permanece na faculdade compulsória de inibição face à intromissão na privacidade de outrem (n.º 1 do artigo 80.º do Código Civil), e na reversa prerrogativa de delimitação da esfera privada, a qual deverá adstringir a esfera restrita face a intromissões e divulgações (n.º 2 do artigo 80.º do Código Civil). Esta dupla cláusula carece de taxatividade, conquanto não elenque exaustivamente o conjunto de situações, vivências, atitudes e informações que possam ser abrangidas pela reserva da privacidade.

X. Em suma, o direito à reserva da vida privada disponente na Declaração Universal dos Direitos Humanos alude ao direito à coibição de estranhos quanto ao acesso a informações e disposições da vida conexcionada como privada pelo próprio, da mesma forma que se percebe o direito como uma interdição à divulgação das informações que se tenham sobre a vida privada de outrem¹⁹⁰. Por esta razão, os artigos 26.º da CRP e 80.º do Código Civil adquirem índole exemplificativa e não exaustiva e devem ser moldados no ordenamento jurídico

¹⁹⁰ GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 467 ss.

português atendendo aos contornos sociais envolventes, na medida em que os fenómenos violadores da reserva privada são crescentes, na esteira da transgressão de direitos confluentes como o direito à imagem ou à honra.

XI.É, ainda assim, imprescindível a referência à possibilidade de limitação deste direito por razões de ordem pública¹⁹¹. Será inconcebível a investidura contra a reserva pessoal e privada em virtude de interesses públicos de menor valor, no entanto, "a ofensa é lícita quando o interesse público em jogo seja de tal modo ponderoso e a necessidade da ofensa seja de tal modo imperiosa que o exercício do direito à privacidade se torne abusivo quando exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito"¹⁹². Não deixaremos, no entanto, de apontar uma erosão do direito à privacidade no contexto da adoção de políticas de combate ao terrorismo. Esta deve-se a um aumento do uso dos poderes de vigilância e das novas tecnologias, sem as garantias adequadas, conforme disposto no Relatório de 2009, do Relator Especial para a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais no combate ao terrorismo¹⁹³, que se refere à partilha de informações pessoais entre agências de segurança, por razões de combate ao mesmo. Esta é uma situação excecional, em que os Estados estão legitimados a limitar o direito à privacidade, no quadro jurídico internacional, contudo, o combate ao terrorismo não legitima os Estados, de forma automática, a qualquer interferência ao direito à privacidade.

Carolina Gomes

Joana Ferreira

Estudantes do 3º ano da licenciatura em Direito

¹⁹¹ Acresce ainda que conforme dispõe o n.º 2 do artigo 81.º do Código Civil, será sempre passível de revogação qualquer restrição em face de direitos de personalidade.

¹⁹² PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 81.

¹⁹³ UNITED NATIONS, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, HRC Report on The Right to Privacy, Martin Scheinin, 2009, pesquisável em <http://www.ohchr.org>, último acesso em 16 de abril de 2019.

ARTIGO 13.º

1. *Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado.*
2. *Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país.*

COMENTÁRIO

I. A Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama, no seu artigo 13.º, a liberdade de locomoção ou liberdade de movimento. Conhecido como “direito de ir e vir”, afasta qualquer restrição ilimitada da liberdade de circular. Compreende o direito de acesso, ingresso e trânsito em todo o território nacional, bem como o direito de permanência e saída. É um direito resultante do princípio da liberdade, reiterando a natureza do homem em movimentar-se, deslocar-se de um lugar a outro, ali permanecendo o tempo que melhor lhe aprouver, havendo a possibilidade de estabelecer ou não residência no local e exercendo permanentemente esse direito.

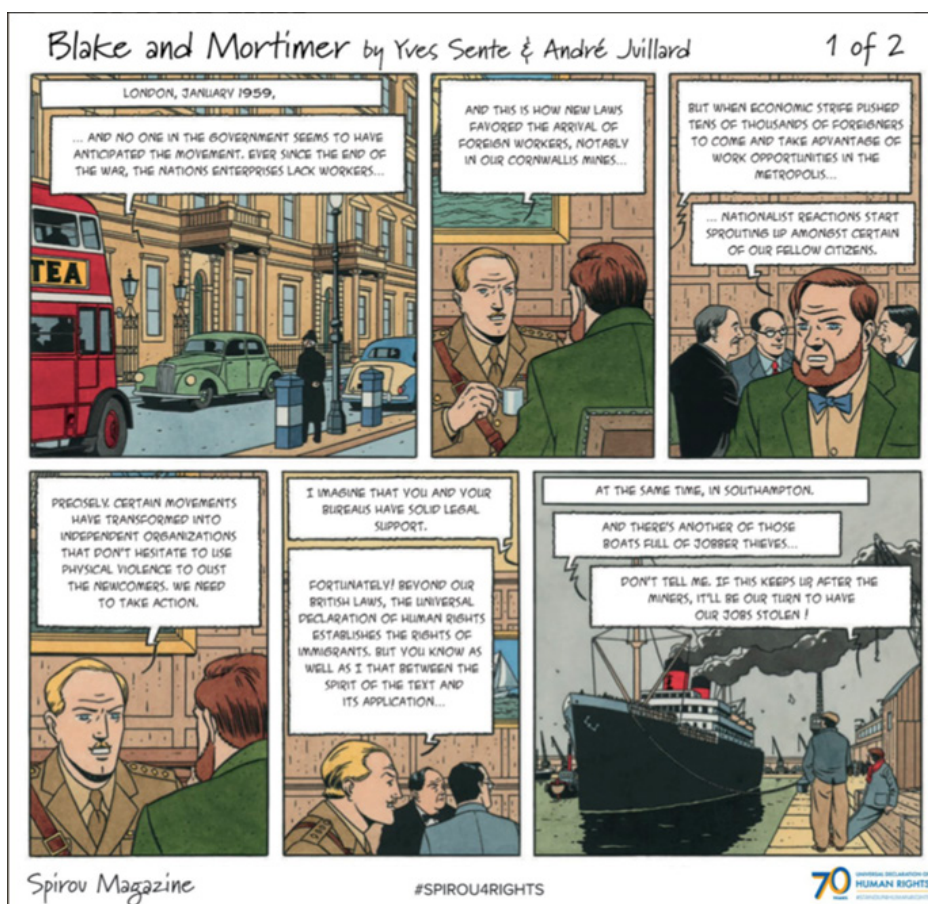
II. Este direito, como qualquer outro, não é absoluto. Países podem restringir o movimento das pessoas em seu território em situações excepcionais, como mantê-las em seus vilarejos durante um surto de infecção por vírus, ou impedi-las de deixar suas casas se houver ameaça de algum desastre natural que justifique a limitação ao movimento, por exemplo. As restrições ao direito à liberdade de locomoção devem limitar-se ao necessário (princípio da proporcionalidade), ter caráter geral e abstrato e devem salvaguardar o núcleo essencial do direito em causa, sendo proibido o excesso dessa restrição. A restrição de direito é retirar parte do exercício do direito e deve ser necessária para solucionar situações de colisão, conflito ou concorrência, devendo prevalecer o interesse público maior.

III. A liberdade de deslocação é, de facto, uma das questões centrais da atualidade, milhares de pessoas são forçadas a se deslocar por guerras, conflitos, perseguições, bem como mudanças climáticas: é o que ocorre com moradores de Estados insulares como Maldivas, que correm risco de ficarem submersas ou de se tornarem inabitáveis. Atualmente, é recorrente a violação a este princípio consagrado no artigo 13.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos. No referido artigo, encontramos respaldo para consagrar o direito de buscar segurança em outra parte do país e o direito de pessoas deslocadas internamente encontrarem uma solução estável ao retornar para onde costumavam viver, estabelecendo residência onde encontram segurança. A Somália, por exemplo, foi alvo de críticas internacionais por tentar limitar estes direitos e forçar as pessoas a voltarem para as suas regiões de origem, em vez de permitir que vivessem onde se sentiam mais seguras.

IV. Diferentemente destas pessoas forçadas a se movimentar, há outras que gostariam de transitar livremente mas não podem. É o que acontece com os uigures, um grupo étnico minoritário predominantemente muçulmano baseado em sua maior parte na XUAR, uma região autónoma situada no Noroeste da China. Muitos dos uigures que se mudam para o estrangeiro, principalmente para o Japão, sofrem repressão do governo chinês. A polícia na XUAR ordena que muitos regressem ao local de origem, e ao regressar são enviados para campos de internamento de massas — ditos de “re-educação” ou “treino vocacional” pelas autoridades de Pequim — onde enfrentam tortura e outros tratamentos ilegais. “Para os uigures que vivem no estrangeiro, no Japão e não só, regressar a casa é uma faca de dois gumes. Por um lado, querem ver os seus entes queridos. Mas, por outro, colocam-se em risco de detenção arbitrária”.¹⁹⁴ Os uigures que se encontram no estrangeiro também tem receio que, mesmo que consigam evitar a detenção em campos de internamento ao regressar a XUAR, se vejam impedidos de voltar a deixar a China devido a retenção ou expiração de documentos essenciais, como o passaporte. Há casos na Embaixada chinesa no Japão em que, após o passaporte chinês ter sido expirado, os funcionários exigem que a pessoa volte à XUAR para renovar o documento, o que para muitos a trata-se de um método do governo chinês para forçar os uigures a regressarem ao país. Esta recusa arbitrária de renovar o passaporte é uma grave violação ao artigo 13.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹⁹⁴ Pesquisável em <https://www.amnistia.pt/a-escolha-impossivel-que-enfrentam-os-uigures-que-vivem-no-exterior-da-china/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

V. Outro caso de violação ao direito à liberdade de circulação e que está intimamente relacionada com o artigo 14.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos é a situação das pessoas naturais de Myanmar que estavam refugiadas em Bangladesh. Através de um acordo celebrado pelos governos dos dois países, Bangladesh anunciou que enviaria os refugiados de volta ao país de origem, o que intensificou o medo dos chamados rohingya. Os refugiados não foram ouvidos e muitos esconderam-se das autoridades para não serem enviados de volta. Nicholas Bequelin, diretor da Amnistia Internacional no Sudeste Asiático e Ásia Oriental, diz que: "A falta de transparência em volta de todo este processo é horrível. A população traumatizada pela mortal campanha de Myanmar está agora aterrorizada sobre o que será o seu futuro — e onde. Os regressos neste momento não podem ser seguros nem dignos e constituirão uma violação das obrigações a que o Bangladesh está vinculado pela lei internacional"^{195/196}.



¹⁹⁵ Pesquisável em <https://www.amnistia.pt/plano-para-fazer-regressar-rohingya-do-bangladesh-para-myanmar-poe-milhares-de-pessoas-em-risco/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁹⁶ Utilizou-se a referência ao sítio <http://consciencia.net/artigo-13-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos-direito-a-liberdade-de-movimento/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

Blake and Mortimer by Yves Sente & André Juillard 2 of 2

I SURE HOPE YOU'RE RIGHT, RAJESH. SOME SAY THAT THE FOREIGNERS ARE EXPLOITED AND THAT THERE ARE THOSE KEEPING THEM FROM ENTERING THE COUNTRY!

COME NOW, MOTHER! THOSE STORIES ARE JUST RUMORS.

LOOK! IT'S WRITTEN HERE, BLACK ON WHITE. THE ARTICLE 13, P2, OF THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS, SAYS THAT ALL PEOPLE HAVING LEFT THEIR COUNTRY HAVE A RIGHT TO RETURN TO IT WHENEVER THEY WISH! NO ONE CAN KEEP US OUT!

MAY THE GODS HEAR YOU, MY SON. MAY THE GODS HEAR YOU.

WILL CAPTAIN BLAKE BE ABLE TO ASSURE THE RIGHTS OF THE MIGRANTS ARE RESPECTED AND AT THE SAME TIME MAKE THE NATIONALISTS HEAR REASON? WILL RAJESH AND HIS FAMILY FIND IN ENGLAND THE LAND OF HOPE THEY'VE IMAGINED? YOU WILL LEARN THIS AND MORE, DEAR READERS, READING A NEWSPAPER... TODAY.

Y. Sente & A. Juillard

Spirou Magazine

#SPIROU4RIGHTS

70 UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS

Carolina Merlin Galvani

Estudante do 2.º ano da licenciatura em Direito

ARTIGO 14.º

1. *Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países.*
2. *Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por actividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas.*

COMENTÁRIO

I. Não obstante a Declaração Universal dos Direitos Humanos ter tratado em 1948 do direito de buscar e usufruir do asilo em outros países, a prática de conceder asilo em terras estrangeiras a pessoas que estão fugindo de perseguição é uma das características mais antigas da civilização. Em textos escritos há 3.500 anos, durante o florescimento dos antigos grandes impérios do Oriente Médio, como o Hitita, Babilónico, Assírio e Egípcio Antigo, já se encontram referências à concessão de asilo¹⁹⁷. O instituto do asilo é tão antigo como a própria humanidade e, nasce do instinto de preservação, próprio do ser humano, que foge do perigo e da morte, com o propósito de encontrar um lugar que lhe ofereça a proteção necessária à sua integridade física e possa garantir a sua sobrevivência¹⁹⁸.

II. O asilo é uma forma de extensão da proteção que o Estado confere aos seus nacionais para pessoas de outras nacionalidades que, por razões de perseguição, precisam de buscar fora do seu país de origem a proteção de que

¹⁹⁷ DANNIELLE ANNONI, *O direito internacional dos refugiados e o Brasil*, 1.a ed., Curitiba, Juruá Editora, 2012, p. 79.

¹⁹⁸ FÁBIO ANDRADE MEDEIROS *et al.*, *Direitos Humanos e Vulnerabilidade e a Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1.a ed., Santos, Leopoldianum Editoria Universitária, 2018, p. 235.

necessitam e não está sendo assegurada por ele. Portanto, o asilo pode ser definido como uma proteção que as pessoas recebem de um Estado que não o seu Estado de nacionalidade ou de origem, em função de perseguição sofrida no seu próprio Estado. Essa proteção é chamada de asilo territorial, quando concedida dentro do território do próprio Estado, e asilo diplomático quando a proteção se dá em território que não o do Estado em questão, mas que está sob autoridade deste. Conforme o ensinamento de Francisco Rezek, "Asilo político é o acolhimento, pelo Estado, de estrangeiro perseguido alhures – geralmente, mas não necessariamente, em seu próprio país patril – por causa de dissidência política, de delitos de opinião, ou por crime que, relacionados com a segurança do Estado, não configuram quebra do direito penal comum"¹⁹⁹. Portanto, podemos concluir que existem elementos essenciais que precisam de estar presentes para tipificar o asilo, nomeadamente: (i) que quem solicite o asilo busque proteção de um Estado do qual não seja nacional, uma vez que o asilo é, sobretudo, a extensão da proteção que o Estado concede aos seus cidadãos aos cidadãos de outra nacionalidade; (ii) que o requerente seja alvo de perseguições iminentes²⁰⁰; (iii) que a pessoa não esteja fugindo de punição por crimes comuns.

III. O direito previsto no artigo 14.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de proporcionar o direito ao asilo político (seja ele territorial ou diplomático), também possibilitou o surgimento de outra modalidade prática de proteção a pessoas que dela necessitam – o refúgio²⁰¹. Nesse sentido, três anos após a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é aprovada a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados. De acordo com a Convenção de 1951, "refugiada é a pessoa que não só não é respeitada pelo Estado ao qual pertence, como também é esse Estado quem a persegue, ou não pode protegê-la quando ela estiver sendo perseguida"²⁰². Logo, "é possível identificar que os dois institutos jurídicos, asilo e refúgio, conquanto possuam normas próprias para suas regulamentações, bem assim históricos diversos, podem ser justificados a partir

¹⁹⁹ FRANCISCO REZEK, *Direito internacional: curso elementar*, 11.ª ed, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 214.

²⁰⁰ Para qualificarmos uma situação ao abrigo do regime do asilo, a perseguição não pode ser algo do passado distante nem ser uma projeção do futuro – precisa de ser uma perseguição factual.

²⁰¹ LILIANA LYRA JUBILUT, *O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação pelo ordenamento jurídico brasileiro*, 1.ª ed., São Paulo, Método, 2007, p. 42.

²⁰² FLÁVIA PIOVESAN, *Temas de direitos humanos*, 7.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014, p. 249.

de uma mesma origem normativa – este artigo 14.º da DUDH – que assegura proteção ao cidadão que necessite de se deslocar do seu país de origem ou de residência habitual, em busca de um lugar para viver em paz e com segurança”²⁰³.

IV. Temos, fundamentalmente, três vias de proteção internacional: «o asilo constitucional, previsto no n.º 8 do artigo 33.º da Constituição da República Portuguesa, e no n.º1 do artigo 3.º da Lei n.º 27/2008, de 30 de junho²⁰⁴; o asilo “convencional”, previsto no artigo 1.º da Convenção de Genebra, no artigo 27.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, na Diretiva 2004/83/CE, do Conselho e no n.º2 do artigo 3.º da lei do asilo; e a proteção subsidiária, prevista no artigo 15º da Diretiva 2004/83/CE do Conselho e no artigo 7.º da lei do asilo. As duas primeiras vias conduzem ao reconhecimento do estatuto de refugiado – é o que resulta do n.º 9 do artigo 33.º da Constituição e do artigo 4.º da lei do asilo. A terceira via, que se designa por proteção subsidiária conduz à autorização de residência por razões humanitárias. Em qualquer destas vias, o reconhecimento ou não de uma destas formas de proteção internacional depende de um juízo de prognose, em que a partir dos dados existentes, se aprecia se aquela pessoa tem ou não condições de regressar em segurança ao seu país de origem»²⁰⁵. Portugal é dos poucos países europeus que consagra o direito de asilo como direito fundamental na Constituição, e elucida no n.º 8 do seu artigo 33.º quem pode ser titular de direito de asilo no país: “...estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua actividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana.” Tal disposição, portanto, consagra o direito ao asilo e densifica o respetivo âmbito de proteção.

V. Num estudo efetuado na Europa nos anos 90 em que uma das questões colocadas aos relatores de diversos Estados europeus era, precisamente, a de saber qual o conceito de perseguição empregue para fins da determinação do

²⁰³ FÁBIO ANDRADE MEDEIROS *et al.*, *Direitos Humanos e Vulnerabilidade e a Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1.ª ed., Santos, Leopoldianum Editoria Universitária, 2018, p. 241.

²⁰⁴ Com a redação que lhe foi dada pela lei 26/2014, de 5 de maio.

²⁰⁵ ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA *et al.*, *O contencioso do direito de asilo e proteção subsidiária*, p. 43, último acesso em 16 de abril de 2019, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_o_contencioso_do_direito_de_asilo_e_protecao_subsidiaria.pdf.

estatuto de refugiado, chegou-se à conclusão que, na generalidade dos Estados, se seguia um conceito retirado do dicionário, sem nenhuma construção jurídica rigorosa a suportá-lo^{206 207}. Subjacente a perseguição estaria uma ideia de “caça”, de ser seguido e vigiado pelas autoridades que tencionam uma retaliação ou causar, em amplo sentido, o mal. Não seria, portanto, necessário ser militante de grandes causas, como a Constituição parece exigir. Seria justificado o asilo para as pessoas que possuíssem diferente raça, sexo, religião, opção sexual ou outra característica que conduzisse a essa retaliação. No entanto, o conceito de perseguição precisa de ser mais do que o conceito estabelecido no dicionário. “Devemos a um autor canadiano, James Hathaway, ter transformado o conceito de perseguição ao ligá-lo ao Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁰⁸, para, a partir daí, ler o conceito de perseguição a partir dos direitos humanos, definindo-a como uma violação grave dos direitos humanos”²⁰⁹. Não é necessário provar que o concreto sujeito está a sofrer sanções injustificadas para haver perseguição. Basta que ele pertença a determinada religião, raça, sexo ou tenha alguma característica que o diferencie e que o seja motivo das violações graves dos seus direitos fundamentais por ele sofridas.

VI. A proteção que o asilo concede tem limites, conforme resulta do n.º 2 do artigo 14.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tais limites não se restringem apenas ao *supra* referido, antes resultando da própria determinação de quem pode beneficiar dessa proteção internacional. Do asilo também não podem beneficiar autores de crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade. Também não podem dela beneficiar pessoas que tenham cometido crimes graves de direito comum – que a nossa lei concretizou como crimes puníveis com pena de prisão superior a 3 anos – antes de terem entrado em território nacional. Finalmente, não pode acolher-se sob o manto da proteção internacional quem tenha praticado atos contrários aos fins e aos princípios das Nações Unidas. A verificação destes pressupostos negativos leva à recusa de proteção internacional, ainda que se encontrem preenchidos os pressupostos positivos indispensáveis à concessão da proteção por via do direito de asilo. “O âmbito de proteção do direito de asilo não consiste, pois, numa delimitação

²⁰⁶ JEAN-YVES CARLIER / PHILIPPE DE BRUYCKER, *Qu'est-ce qu'un réfugié?*, 1.ª ed., Bruxelas, Bruylant, 1998.

²⁰⁷ ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA *et al.*, *O contencioso do direito...ob.cit.*, p. 47.

²⁰⁸ JAMES HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, 1.ª ed., Toronto, Butterworths, 1991.

²⁰⁹ ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA *et al.*, *O contencioso do direito de asilo...*, ob.cit., p. 47.

prima facie de um conjunto de pessoas que, por serem estrangeiras ou apátridas, podem vir a gozar, em termos definitivos, de proteção internacional. O âmbito subjetivo desta proteção há-de resultar de um conjunto amplo de pressupostos que, sendo de sinal contrário, permitirão a quem cumpra satisfatoriamente os pressupostos positivos, não se verificando na sua situação concreta os pressupostos negativos, ser titular do direito de asilo”²¹⁰.

VII. Passados mais de 70 anos da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a questão do asilo e reconhecimento do status de refugiado a pessoas que carecem de sair dos seus países de origem por serem vítimas de perseguição ainda se encontra muito atual. Podemos fazer referência ao caso de Edward Snowden, um analista de sistemas que trabalhava para a CIA e para a NSA e que, desde 2013, se vê obrigado a viver na Rússia, país que lhe concedeu asilo, porque após tornar públicas informações de programas que compõem o sistema de vigilância global da NSA, foi acusado pelo Governo dos Estados Unidos da América dos ilícitos de roubo de propriedade do governo, comunicação não autorizada de informações de defesa nacional e comunicação internacional de informações classificadas como de inteligência para pessoa não autorizada²¹¹. Em relação ao refúgio, podemos citar a crise que enfrenta a Síria, que teve início em 2011 e que perdura até aos dias atuais, sem que haja perspectiva de solução próxima. Neste caso, cerca de 6,1 milhões de pessoas foram forçadas a deixar suas casas e 5,6 milhões de refugiados buscaram segurança nos países vizinhos da região²¹².

VIII. Sobre o assunto, o Tribunal Central Administrativo Sul teve oportunidade de, no processo nº. 11785²¹³, densificar alguns conceitos relevantes e delimitar a abrangência dos motivos de perseguição que hão de fundamentar o receio fundado de o requerente ser perseguido que são, nomeadamente, por questões de raça, religião, nacionalidade, grupo e opinião política.

Ainda sobre a abrangência de conceitos importantes para o regime de asilo, é relevante citar o Acórdão do Tribunal de Justiça Bundesrepublik Deuts-

²¹⁰ *Idem*, ob.cit., p. 54.

²¹¹ FÁBIO ANDRADE MEDEIROS, *Asilo e Refúgio...*, ob.cit., p.28

²¹² Informações disponíveis em: <https://nacoesunidas.org/no-7o-aniversario-do-conflito-da-siria-acnur-lanca-novo-website/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

²¹³ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 12.02.2015, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>, último acesso em 16 de abril de 2019.

chland contra Y e Z, de 5 de Setembro de 2012²¹⁴. O referido acórdão trata da situação de dois cidadãos do Paquistão que pertencem à comunidade muçulmana *ahmadiyya* (movimento reformador do Islão) e que solicitaram asilo na Alemanha alegando que, no seu país de origem, não lhes é possível praticar a sua religião em público sem estarem expostos a um risco de perseguição, o qual deve ser tido em conta num processo de asilo que visa determinar se o estatuto de refugiado lhes deve ser concedido. O pedido feito pelos requerentes foi negado pelos Tribunais alemães, que remeteram para a jurisprudência que vigorava na Alemanha, nos termos da qual apenas se pode admitir uma perseguição relevante para a concessão de um direito de asilo em caso de ingerência no “núcleo essencial” da liberdade de religião, mas não em caso de restrição à prática da religião em público: consideram que as restrições impostas aos *ahmadis* no Paquistão, relativas à prática da sua fé em público, não constituem uma ingerência nesse “núcleo essencial”. Além disso, os tribunais alemães fundamentam que, quanto à forma como Y e Z praticam a sua religião na Alemanha não permitem estabelecer que estes não podem renunciar a determinadas práticas que não pertencem ao “núcleo essencial” da atividade religiosa.

Carolina Merlin Galvani

Estudante do 2º ano da licenciatura em Direito

²¹⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça de 05.09.2012, pesquisável em www.eur-lex.europa.eu, Tribunal Central Administrativo Sul de 12.02.2015, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>, último acesso em 16 de abril de 2019.

ARTIGO 15.º

1. *Todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade.*
2. *Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade.*

COMENTÁRIO

I. A nacionalidade é classicamente conceituada como um “vínculo jurídico-político de direito público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado”²¹⁵. Portanto, “trata-se de um elo político e não de uma relação natural, de facto, ou sociológica, muito embora tais liames tenham o condão de influenciar as normas de atribuição da nacionalidade por cada ordenamento jurídico interno”²¹⁶. O estatuto da nacionalidade acompanha o indivíduo, ainda este esteja a residir em território estrangeiro²¹⁷. Além disso, a nacionalidade é condição para a ligação com um determinado Estado em concreto, sendo requisito básico para a condição de cidadão, em sentido amplo, e que fundamentará, por exemplo, na atribuição de um dado conjunto de direitos e deveres derivados da cidadania.

II. Decorre da nacionalidade, além da vinculação política do cidadão com o Estado que o representa, outra conexão, sob o prisma sociológico, do homem

²¹⁵ FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Comentários à constituição de 1967 com a emenda n.º 1*, tomo I, 1ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 352.

²¹⁶ DANIEL CABÓ DIÓGENES, *O Direito à Nacionalidade e a Proteção do Estrangeiro sob a Perspectiva dos Direitos Humanos e Fundamentais*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 41.

²¹⁷ JÓNATAS EDUARDO MENDES MACHADO, *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 196.

com sua nação²¹⁸, mas elas não se confundem entre si: pode ocorrer ou não do país da nacionalidade corresponder a sua nação. Salientemos também que a nacionalidade e a cidadania não se consubstanciam, trata-se de institutos distintos. A nacionalidade é o elo jurídico-político que vincula um indivíduo a determinado Estado enquanto a cidadania é tida como uma condição para o exercício de direitos que são assegurados constitucionalmente, que, para a doutrina moderna, não mais estão limitados à atividade eleitoral, mas englobam, também, vasto leque de direitos oponíveis ao poder público, e deveres sociais²¹⁹.

III. Determinar seus nacionais é uma questão de soberania de cada Estado, de tal sorte que cabe somente a ele: atribuir ao indivíduo sua nacionalidade por conta de seu nascimento; transformar um estrangeiro em nacional, através da naturalização; determinar os casos em que seus nacionais perderão a sua nacionalidade²²⁰. Não obstante a atribuição da nacionalidade compreender uma reserva da soberania estatal, tal não é absoluta. A forma como cada Estado define quem são os seus nacionais deve estar em conformidade com as normas pertinentes do direito internacional. Desta forma, a liberdade de cada Estado para estabelecer as normas sobre aquisição e perda da nacionalidade é essencialmente limitada²²¹. Há duas formas distintas para determinar a nacionalidade: a originária (atribuída no momento do nascimento do indivíduo), e a adquirida (em momento futuro).

IV. "A nacionalidade originária (também nomeada primária ou atribuída) pode decorrer de vários fatores, tais como o local do nascimento, a nacionalidade dos pais ou outra relação tida como relevante pelo Estado para atribuir a condição de nacional a alguém. Cada país, em seu ordenamento jurídico interno, prevê essas regras de determinação"²²².

Por sua vez, "a nacionalidade adquirida (também conhecida como secundária, derivada ou de eleição) é obtida voluntariamente, em momento posterior ao nascimento, através, via de regra, de um procedimento de

²¹⁸ ALUÍSIO DARDEAU DE CARVALHO, *Nacionalidade e cidadania*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1956, pp. 52 ss.

²¹⁹ VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 672.

²²⁰ *Idem*, ob.cit., p. 667.

²²¹ JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009, pp. 103-104.

²²² DANIEL CABÓ DIÓGENES, *O Direito à Nacionalidade...*, ob.cit., p. 55.

naturalização. Depende, portanto, de um ato de vontade do indivíduo, não mais se admitindo sua imposição por um Estado. A atuação estatal limita-se a aceitar – ou não – e conceder a nova nacionalidade, de acordo com suas normas de direito interno. Na atualidade, a naturalização quase sempre implica na ruptura com o vínculo de nacionalidade originário, justamente por depender de uma manifestação de vontade²²³, o que faz com que seu País de origem entenda que o indivíduo não mais deseja fazer parte de seu povo²²⁴.

V. Em geral, é possível utilizar dois critérios para determinar a nacionalidade: o critério do *jus sanguinis* e o critério do *jus solis*. Estes critérios recorrem a diferentes fundamentos para determinar a correlação que une os indivíduos entre si, por isso, evidenciam diferentes modos de criar a nação e uma maior ou menor inserção das pessoas em resultado do grau de exigência de cada Estado. "Assim, o *jus sanguinis* atende aos laços de descendência comum existentes entre os membros da nação, pelo que privilegia uma concepção étnica da pertença à comunidade. Por sua vez, o *jus soli* valoriza a relação estabelecida por um indivíduo com um dado território, a qual será expressa pelo nascimento ou pela residência no interior das fronteiras do Estado, revelando o que habitualmente se designa por concepção cívica da nacionalidade". Também há Estado que adotam sistemas mistos, que são aqueles que procuram combinar os dois critérios anteriores, evitando potencial conflito de nacionalidade resultado da prática exclusiva de apenas um sistema. A rigor, a maioria dos Estados adota alguma forma de sistema misto com a prevalência de um, mas com exceções fundadas no outro²²⁵. A lei portuguesa utiliza os dois critérios para a delimitação de quem é titular da nacionalidade portuguesa. "Na realidade, o artigo 1.º da Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro, que estabelece quem é português de origem, considera como tal os filhos de mãe ou pai portugueses, se tiverem nascido em território português ou, se tendo nascido no estrangeiro, o seu progenitor aí se encontrar ao serviço do Estado português. Caso isso não suceda, é necessário que o seu nascimento seja inscrito no registo civil português ou que seja emitida uma declaração de aquisição da nacionalidade portuguesa. Nestas situações é privilegiado o critério do *jus sanguinis*. Para além disso, são também considerados como portugueses de origem os indivíduos nascidos em território português e que sejam filhos de estrangeiros, se pelo menos um dos pais também tiver nascido em território português e aqui residir, ou se, embora nenhum dos pais

²²³ VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público...*, ob.cit., p. 674.

²²⁴ DANIEL CABÓ DIÓGENES, *O Direito à Nacionalidade...*, ob.cit., p. 56.

²²⁵ VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público...*, ob. cit., p. 680.

tenha nascido em Portugal, aqui residirem legalmente há pelo menos cinco anos, desde que não estejam ao serviço do Estado da sua nacionalidade e se declararem que querem que os filhos sejam portugueses. Nestes casos, o critério fundamental para a atribuição da nacionalidade portuguesa é o *jus soli*, o mesmo sucedendo quando os indivíduos nascidos em território português não possuem nenhuma outra nacionalidade (apátridas)”²²⁶.

VI. Conforme vimos anteriormente, a nacionalidade é um vínculo jurídico-político. Distingue-se da nacionalidade, no entanto, o direito à nacionalidade, sendo esta a expressão jurídica daquela²²⁷. O direito de nacionalidade, que consagra direitos e também deveres, só é estabelecido depois de firmado o vínculo do particular com o Estado através da nacionalidade. Neste sentido, a nacionalidade é um direito humano fundamental, de ampla abrangência pelas constituições nacionais e também por declarações e convenções internacionais e tratados de direitos humanos. Trata-se de um direito fundamental ao passo que, ao estabelecer o vínculo entre indivíduos nacionais e seu respectivo Estado, lhes assegura uma série de direitos e obrigações dele decorrente, tais como: o exercício dos direitos civis e políticos (uma vez que é pressuposto da cidadania); a permanência no território nacional; o impedimento de deportação de indivíduos; a identificação de um local físico que os acolha no mundo; o impedimento de que sejam expatriados ou proscritos de seu território de origem; e a obstrução da sensação de isolamento do ser humano²²⁸.

VII. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 15.º, explicita a nacionalidade como um direito fundamental, e assegura sua proteção contra sua privação arbitrária, além de não restringir sua aquisição ao momento do nascimento, ao garantir o direito à mudança posterior de nacionalidade. Embora haja essa preocupação em assegurar a nacionalidade, não é imposto a nenhum país o reconhecimento, como nacional, de toda pessoa nascida em seu território. No entanto, o antagonismo na aplicação dos critérios *ius sanguinis* e *ius solis* no que tange a atribuição de nacionalidade

²²⁶ PAULO MANUEL COSTA, *Contencioso da Nacionalidade*, in CEJ, *O contencioso de direito administrativo relativo a cidadãos estrangeiros e ao regime da entrada, permanência, saída e afastamento do território português, bem como do estatuto de residente de longa duração*, Coleção Formação Inicial, 2016, p. 28.

²²⁷ UADI LAMMÊGO BULOS, *Curso de Direito Constitucional*, 1.ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2007, p. 645.

²²⁸ OLÍVIA CERDOURA BAPTISTA, *Direito de Nacionalidade em Face das Restrições Coletivas e Arbitrárias*, 1ª ed., Curitiba, Editora Juruá, 2007, p. 14.

potencialmente gera conflitos legais que dão ensejo aos institutos da apatridia e da plurinacionalidade. O instituto da plurinacionalidade refere-se aos cidadãos com mais de uma nacionalidade, ou seja, pessoas que estabelecem vínculo de nacionalidade com dois ou mais países. Podemos citar como exemplo deste o caso em que alguém nasce dentro da circunscrição de um país que adota o critério do *ius solis*, porém os seus progenitores são nacionais de um país que utiliza o sistema de *ius sanguinis*. Ocorre o oposto no caso da apatridia: geralmente é proveniente do conflito negativo dos dois critérios supra citados mas não só. Embora esta seja a razão mais comum, a apatridia também pode decorrer de medidas de repressão de regimes políticos totalitários que privam pessoas da sua nacionalidade, por conta da fragmentação de Estados ou desintegração de impérios há gerações e até mesmo uma mudança em práticas administrativas podem fazer com que pessoas, por equívoco, caiam em um limbo legal por conta de alguma peculiaridade de nascimento, casamento ou herança. Considerando que, em uma perspectiva primária, é dever do Estado assegurar a proteção dos direitos fundamentais aos seus nacionais, já se pode verificar o quão relevante é a existência de tal vínculo, o que justifica a inclusão do direito à nacionalidade ao rol de direitos humanos fundamentais. A situação do apátrida conflitua seriamente com a ideia de dignidade da pessoa humana, pois a inexistência de vínculo de nacionalidade prova o ser humano da possibilidade de pleitear proteções jurídicas básicas e de ter estabelecido, a seu favor, os parâmetros mínimos de definição de seu estatuto pessoal. No mundo todo, cerca de 3.9 milhões de pessoas estão oficialmente sem nacionalidade; a Agência da ONU para os Refugiados estima que o número verdadeiro possa ser três vezes maior²²⁹. Nesse sentido, desde que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada, há 70 anos, houve um reconhecimento crescente do problema da apatridia, e busca-se tanto no plano interno como no internacional a adoção de algumas medidas para que reduza o número de apátridas no mundo. Pretende-se que os países confirmem àqueles que não são nacionais de nenhum país os mesmos direitos reconhecidos aos estrangeiros, em regra geral, e em alguns casos os direitos reconhecidos aos próprios cidadãos, como acesso à educação básica e assistência pública. No plano internacional, o secretário-geral da ONU tem como tarefa o envio anual de um relatório sobre a privação da nacionalidade à Assembleia Geral.

VIII. Como forma de ilustrar a essencialidade do direito à nacionalidade

²²⁹ Informações disponíveis em <https://nacoesunidas.org/artigo-15-direito-a-nacionalidade/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

e, conseqüentemente, a gravidade da apatridia, é interessante a análise de Daniel Cabó Diógenes sobre o cancelamento coletivo da nacionalidade dos judeus alemães durante o regime nazista: "Durante o regime nazista, como forma de enfatizar o tratamento vil destinado aos judeus, Adolf Hitler cancelou coletivamente a nacionalidade deste grupo de alemães, simplesmente por considerá-los indignos de tal vínculo. Isso significava que eles não mais teriam a referência de um espaço físico que os acolhesse e os desconstituiu como sujeitos de direitos, colocando-os à margem da legalidade. Repentinamente, a Alemanha deixou de ser a pátria destas pessoas, tornando apátridas todos aqueles que não possuíam outra nacionalidade – a maioria – e privando-os de seus direitos políticos. Ademais, a apatridia abrupta os impossibilitou a comprovação de sua origem, o que na prática os impedia a obtenção de vistos para migração e os colocou em situação irregular em qualquer país que eventualmente se encontrassem, ficando sujeitos à deportação. Além de todas as restrições políticas que tiveram que suportar, havia também um grande terror psicológico, na medida em que eles não mais possuíam um local de proteção e acolhimento no mundo, que lhes concedessem uma sensação de segurança. Viviam, pois, sob a constante sensação de perigo e abandono estatal, sem perspectiva de buscar auxílio em seu próprio país. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, diante da multidão de refugiados, a Assembleia-Geral das Nações Unidas aprovou diversas convenções acerca dos refugiados e apátridas, e estabeleceu um princípio geral de não-discriminação quanto a eles, determinando, ainda, uma série de direitos e deveres para com o Estado acolhedores, tais como a obediência ao ordenamento jurídico interno, a liberdade de circulação e de exercício profissional, a concessão de títulos de viagem para o exterior, facilitação do processo de naturalização etc²³⁰. A essencialidade do direito à nacionalidade pode ser claramente constatada ao observar a gravidade dos danos que a sua privação arbitrária é capaz de causar. Por esta razão, tal arbitrariedade é considerada uma das mais graves violações aos direitos humanos, na medida em que descarta as pessoas de sua condição de cidadãos e, conseqüentemente, dos benefícios concedidos pela lei aos nacionais²³¹." ²³²

Carolina Merlin Galvani

²³⁰ KILDARE GONÇALVES de Carvalho, *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo*, 15ª ed., Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2009, p. 918.

²³¹ LUIZ FLÁVIO GOMES / VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 175.

²³² DANIEL CABÓ DIÓGENES, *O Direito à Nacionalidade ...*, ob.cit., pp. 59 – 62.

Estudante do 2.º ano da licenciatura em Direito

ARTIGO 16.º

1. *A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais.*
2. *O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos.*
3. *A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à protecção desta e do Estado.*

COMENTÁRIO

I. A presente anotação versará sobre o direito humano fundamental de constituir família, aquela que é a mais natural das aspirações do Homem. Se o Homem é, na intemporal expressão de Aristóteles, um animal político, é, também, antes de mais e sobretudo, um animal eminentemente familiar. A sociedade familiar constitui a mais primitiva das sociedades humanas²³³. A família antecede o Estado²³⁴ (*rectius*, qualquer forma histórica de organização do poder político) e sobreviver-lhe-á, como instituição que no tempo perdura.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante DUDH), adotada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e, entretanto, elevada a *ius*

²³³ A família tem sido reconhecida como uma unidade social desde a Antiguidade e tem constituído uma parte importante da esmagadora maioria das sociedades ao longo da História. Vide ALFREDSSON / EIDE, *The Universal Declaration of Human Rights, A common standard of achievement*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1999, pp. 325 ss.

²³⁴ “Mais velha que o Estado, é ela (a família) um organismo natural, que preexiste ao direito escrito, e dentro do qual vive uma ordenação íntima, complexa e difícil de racionalizar.” Cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2018, p. 171.

cogens, confere uma especial atenção à família e ao casamento. Da DUDH resulta que a família é encarada não apenas enquanto direito fundamental, mas também como garantia institucional e como “célula fundamental da sociedade humana”²³⁵.

A DUDH foi recebida formalmente pelo n.º 2 do artigo 16.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 (doravante CRP) e constituiu uma das fontes determinantes da regulamentação constitucional da matéria dos direitos fundamentais²³⁶.

O comentário que ora se inicia incidirá sobre a forma como o artigo 16.º da DUDH tem iluminado o legislador português, ao longo dos tempos, na consagração dos princípios fundamentais do Direito da Família.

II. Todos têm o direito de contrair casamento em condições de igualdade. O que não significa que o direito à celebração do casamento seja um direito absoluto, ilimitado. Pelo contrário, o seu exercício admite restrições, desde logo, as expressamente elencadas no artigo 16.º da DUDH: a idade núbil e o consentimento livre e pleno. É interessante salientar que o preceito em análise não faz alusão à proibição do incesto, mesmo sendo este tradicional e universalmente proibido²³⁷.

No ordenamento jurídico português, o direito à celebração do casamento encontra-se constitucionalmente consagrado no n.º 1 do artigo 36.º A CRP remete para a lei civil a definição dos requisitos do casamento. Assim, compete ao legislador ordinário estabelecer não apenas a idade núbil, mas também os demais impedimentos matrimoniais²³⁸. Além disso, da própria garantia institucional do casamento resultam certos limites (v. g., proibição da poligamia, proibição do incesto).

A idade nupcial constitui “aquela idade mínima que indicia suficiente maturidade física e psicológica e que a lei exige para que se possa celebrar casamento válido”²³⁹. A exigência de *full age* estabelecida na DUDH teve, essencialmente, em vista combater os denominados *child marriages*²⁴⁰. Trata-

²³⁵ Na expressão, entre outras fontes, utilizada pelo Papa João Paulo II.

²³⁶ JORGE MIRANDA, *A Declaração Universal e os Pactos Internacionais de Direitos do Homem*, Lisboa, Petrony, 1976.

²³⁷ A proibição do incesto constitui um dos tabus mais profundos da humanidade.

²³⁸ Impedimentos esses, contudo, que só serão lícitos quando justificados por interesses públicos fundamentais.

²³⁹ FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso*, ob.cit., p. 294.

²⁴⁰ Por *child marriage* entende-se a união conjugal em que uma ou ambas as partes têm idade inferior a dezoito anos. Por ano, cerca de doze milhões de raparigas menores de dezoito anos contraem matrimónio.

se de um requisito que funciona como garantia de um desenvolvimento harmonioso da instituição do casamento²⁴¹. O artigo 16.º não especifica qual deveria ser a idade mínima, antes remetendo a determinação da idade nupcial para as legislações nacionais. Certo é que tem de se tratar de uma idade capaz de assegurar a liberdade e a perfeição do consentimento matrimonial, conforme o estipulado no n.º 2 do artigo 16.º É de notar que a idade nupcial, seja ela qual for, deve ser igual, independentemente do sexo do nubente, por respeito ao princípio da igualdade dos sexos, consagrado no artigo 2.º e reiterado, no que ao casamento especificamente concerne, no artigo 16.º da DUDH. Segundo a alínea a) do artigo 1601.º do Código Civil (doravante CC), é impedimento dirimente absoluto “a idade inferior a dezasseis anos” seja qual for o sexo do nubente. Todavia, nem sempre foi assim. Foi a Reforma do CC de 1977, na sequência da entrada em vigor da CRP, que elevou a idade nupcial da mulher de catorze para dezasseis anos. A alteração baseou-se não só no princípio constitucional da igualdade dos sexos, como também na necessidade de evitar que, por ter casado em tenra idade, a mulher visse afetadas as possibilidades da sua posterior formação académica e profissional, o que potenciaria futuras discriminações.

III. A DUDH proíbe expressamente quaisquer restrições ao direito de casar fundadas na raça, nacionalidade ou religião. Trata-se aqui de uma simples repetição da cláusula geral contida no artigo 2.º da DUDH, o que levou a que vários Estados votassem contra a sua inclusão no artigo 16.º Questão interessante é a de saber, se o elenco de fatores discriminatórios é taxativo ou meramente exemplificativo. Uma leitura aberta da cláusula de não discriminação poderá fundamentar a reivindicação dos casais homossexuais do direito fundamental de casar. Pese embora não possam os homossexuais extrair diretamente do artigo 16.º um direito de casar²⁴², a combinação de um conceito intencionalmente impreciso de família e o princípio geral da proibição de discriminação poderá deixar alguma margem para a aceitação e a proteção do casamento entre

²⁴¹ FERNANDO VOLIO, *Legal Personality, Privacy and the Family*, in *The International Bill of Rights, The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Columbia University Press, 1981.

²⁴² É difícil encontrar no artigo 16.º da DUDH uma base jurídica explícita capaz de sustentar a luta dos casais homossexuais pelo reconhecimento do direito de casar, atendendo i) aos trabalhos preparatórios dos quais resulta que quase não foi abordada a questão da possível extensão do direito de casar a pessoas homossexuais, ii) ao conceito tradicional de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente e iii) ao elemento literal, especialmente da redação portuguesa do artigo (“o homem e a mulher têm o direito de casar”) que indicia que o homem e a mulher têm o direito de casar um com o outro.

peessoas do mesmo sexo. Problema semelhante se coloca a propósito do artigo 36.º da CRP. Reputados autores entendem que não se pode retirar da CRP um reconhecimento obrigatório do casamento entre pessoas do mesmo sexo²⁴³. Certo é que o aditamento da orientação sexual às categorias “suspeitas” do artigo 13.º da CRP²⁴⁴, bem como a influência de outros sistemas jurídicos²⁴⁵ inseridos num espaço europeu alargado de que Portugal faz parte, vieram dar um novo ímpeto à luta dos casais homossexuais pelo reconhecimento do seu direito de casar. Em 2010, o casamento entre pessoas do mesmo sexo passou a ser admitido.

III. Pretendeu-se com a referência a “direitos iguais” pôr termo à discriminação em razão do género, tipicamente experienciada no Direito Matrimonial e, em geral, no Direito da Família. Atendendo às manifestas desigualdades entre homens e mulheres em relação ao casamento – na celebração, na constância e na dissolução do casamento –, esta disposição foi considerada indispensável, não obstante a grande resistência oferecida por alguns Países aquando da elaboração da DUDH. Na sequência da mudança da ideia de Direito, fruto da Revolução de 1974, o legislador constituinte, inspirado pela DUDH, adotou um modelo democrático de família e consagrou os princípios da igualdade dos cônjuges e da direção conjunta da vida familiar na CRP e no CC. Reflexos dessa alteração copernicana de paradigma são, p. ex., a abolição do poder marital e a atribuição das responsabilidades parentais a ambos os pais e não apenas ao *paterfamilias* como até então se verificava.

Segundo o n.º 2 do artigo 16.º da DUDH, o consentimento livre e pleno dos futuros esposos é *conditio sine qua non* da validade do casamento. De acordo com os trabalhos preparatórios da DUDH, a introdução desta condição visou erradicar os casamentos forçados²⁴⁶. Na ordem jurídica portuguesa, o casamento é um contrato (cfr. artigo 1577.º do CC). Enquanto, na teoria geral do negócio jurídico, o império da vontade tende a ser mitigado por ideias de responsabilidade e de tutela da confiança, no âmbito do casamento, o

²⁴³ Neste sentido, JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, F. PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA.

²⁴⁴ Aditamento esse introduzido pelo artigo 4.º da Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de julho.

²⁴⁵ O casamento entre pessoas do mesmo sexo é admitido na Holanda desde 2001, na Bélgica desde 2003, em Espanha desde 2005 e na Suécia desde 2009.

²⁴⁶ Referimo-nos aos chamados *arranged marriages*, em que as uniões conjugais são determinadas pelo grupo a que pertencem os noivos, particularmente pelos pais ou por outros membros da família. Infelizmente, trata-se de uma prática que ainda hoje é comum nalguns países.

consentimento dos cônjuges constitui o núcleo essencial do matrimónio, sendo, por isso, de rejeitar a validade de um casamento sem vontade. As declarações de vontade que integram o consentimento matrimonial devem coincidir com a vontade real dos nubentes, vontade essa que se deve ter formado de modo são, *i. e.*, com uma representação exata da realidade e com liberdade exterior.

IV. O Direito Internacional não fornece uma definição convencional e unívoca de família. O termo família deve ser interpretado *lato sensu*, de modo a respeitar e a abarcar os diversos entendimentos culturais dos vários Estados da comunidade internacional²⁴⁷. Apesar de se ter considerado, durante os trabalhos preparatórios da DUDH, que o casamento e a constituição de família se encontravam umbilicalmente ligados, o artigo 16.º não exclui outras formas de constituir família.

É de realçar que o legislador constituinte português optou por deliberadamente inverter a formulação tradicional do artigo 16.º (“direito de casar e de constituir família”), de modo a obstar a uma leitura que faça depender a constituição de família da celebração de um casamento, “revelando assim abertura à pluralidade e diversidade das relações familiares no nosso tempo”²⁴⁸. Ao lado da família matrimonializada, fundada no casamento, há, portanto, lugar para a família natural, para a família adotiva, para a família baseada na união de facto e para a família resultante da procriação medicamente assistida²⁴⁹. Paulatinamente, têm vindo a surgir novas formas de família (*i. e.*, um conjunto diversificado de configurações familiares distintas da família tradicional tais como a família recombinação, a família monoparental, a família homossexual, etc.), formas essas que não devem ficar desprotegidas. O entendimento mais conforme ao espírito da DUDH²⁵⁰ será, na nossa opinião, aquele que propugne um conceito inclusivo de família que permita estender o manto protetor da Constituição a todas estas realidades familiares que, pela natureza dos laços – biológicos ou afetivos – que unem os seus membros, se revelam igualmente dignas de tutela.

V. Reconhecido o valor de “elemento fundamental da sociedade”, a família

²⁴⁷ Neste sentido, MANFRED NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl am Rhein, Engel, 1993.

²⁴⁸ JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 812 e 813.

²⁴⁹ Em sentido diverso, *vide* ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, I, 5.ª ed., Lisboa, Petrony, 1999, p. 37, para quem a família se constitui a partir do casamento.

²⁵⁰ É de notar que é a própria CRP que, no n.º 2 do seu artigo 16.º manda interpretar os preceitos relativos aos direitos fundamentais de harmonia com a DUDH.

torna-se objeto de uma garantia institucional *ex vi* n.º 3 do artigo 16.º da DUDH. O mencionado texto internacional esteve na génese da redação do artigo 67.º da CRP. Sem olvidar o objetivo da realização pessoal dos membros da família, o artigo 67.º tutela, essencialmente, a própria família como instituição e impõe, em particular, ao Estado o dever de a proteger positivamente. Assim, incumbe ao Estado conferir uma base legal de existência à família, adotando medidas concretas que acautelem os seus interesses e que promovam o seu bem-estar.

Finalmente, o artigo 16.º da DUDH – bem como o artigo 67.º da CRP – alude expressamente à proteção da família pela sociedade, salientando o efeito horizontal da tutela de que goza a família. Também os membros da sociedade – indivíduos, instituições, empresas, etc. – estão obrigados a respeitar a família. Significa isto que sobre o Estado impende o dever de velar, através dos mecanismos judiciais de que dispõe, por que a sociedade não interfira, sem motivos legítimos, no desenvolvimento da família.

VI. Em modo de conclusão, é de louvar o *iter* que tem vindo a ser percorrido pelo legislador português, desde a Revolução de Abril.

Com efeito, este veio, por um lado, proclamar o princípio da igualdade no seio da família, acolhendo um modelo democrático de família, e, por outro lado, admitir que o conceito de família é um conceito necessariamente evolutivo, reconhecendo e protegendo outras configurações familiares que não as tradicionais.

Volvidos setenta anos, podemos, com certeza, afirmar que a DUDH, enquanto “ideal comum a atingir por todos os povos”, constituiu uma verdadeira estrela polar norteadora do Direito da Família português.

Maria Luísa Torres de Eckenroth Ramos Moreira

Estudante do 4.º ano da licenciatura em Direito

ARTIGO 17.º

1. *Toda a pessoa, individual ou colectivamente, tem direito à propriedade.*
2. *Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade.*

COMENTÁRIO

I. O direito de propriedade é um direito deveras polémico de entre os direitos humanos protegidos no plano internacional. Manifestação disso é o facto de o direito de propriedade, ao contrário da larga maioria dos direitos humanos, não se encontrar consagrado nos Pactos Internacionais sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966²⁵¹, pactos esses que constituem verdadeiras convenções internacionais dotadas de força vinculativa.

Tendo isto em conta, far-se-á, em primeiro lugar, uma breve análise histórica. Dada a ausência de limites internacionalmente consensuais do direito de propriedade, trataremos, seguidamente, de uma perspetiva comparada reveladora dessas diferenças. Por fim, abordaremos as principais críticas que têm vindo a ser tecidas ao direito de propriedade e à sua proteção no plano internacional.

Sob pena de perda de acribia, não avançaremos com um conceito do aludido direito, na medida em que a extensão do seu conteúdo se encontra dependente, por um lado, do momento histórico e político em que seja considerada e, por outro lado, da sua vocação universal.

²⁵¹ Para uma síntese da malograda redação de uma disposição sobre o direito de propriedade, *vide* UN document A/2929, Annotations on the Text of the Draft International Covenants on Human Rights. Official Records of the General Assembly, Tenth Session, Annexes, Agenda Item 28, part II, 1955, pp. 65-67.

II. Relativamente aos tempos pré-romanos, é uma época muito remota da qual apenas podemos especular, não havendo elementos bibliográficos precisos para se defender uma maior/menor defesa da propriedade privada/coletiva.

O conteúdo da propriedade romana era limitado por interesses públicos, religiosos e morais e por interesses privados. Distingua-se também propriedade privada de propriedade pública.

Já a doutrina dos glosadores preconizava um conceito *latissimo sensu* de propriedade – *usque ad sidera et usque ad inferos* ou *ad profundum* – até aos astros e às profundezas²⁵². Denota-se, portanto, uma ampla definição do gozo da propriedade coadunada com o consolidado poder feudal.

Mais tarde, dá-se a destruição do feudalismo e, consequentemente, a abolição dos encargos e privilégios do senhor sobre a terra. Reconstitui-se o velho *dominium* do direito romano. O Código Civil Francês recupera a definição de Bártolo, dispondo que "*la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*". Neste tempo e em oposição ao defendido pela Doutrina dos Glosadores, Ihering propugnava a extensão da propriedade até onde houvesse interesse prático, estando esta dependente do caso *in concretum*.

III. Devido à enorme propulsão legislativa inerente às transformações sociais e económicas do mundo hodierno, seria imaturo e até imprudente avançar com uma «história da propriedade atual». De forma a não induzir o leitor em erros metodológicos e socialmente não comprovados, avançamos com uma análise da propriedade tendo em conta a evolução recente do conceito.

IV. O direito de propriedade não é um direito absoluto. Pelo contrário, encontra-se sujeito a determinadas limitações. Uma vez que o conceito de propriedade e as restrições admissíveis diferem de forma significativa nos vários sistemas jurídicos nacionais, tem-se revelado uma tarefa hercúlea adotar *standards* internacionais no que concerne à proteção do direito de propriedade.

A extensão e o regime das limitações admissíveis do direito de propriedade suscitam grande controvérsia e constituem a razão pela qual não tem sido fácil encontrar uma formulação universal do direito em causa. Neste âmbito, os contrastes são mais evidentes conforme se considerem modelos de pendor mais social ou liberal. Todavia, independentemente disto, o domínio público/propriedade pública são sujeitos a uma parametrização *ex vis constitutionem*,

²⁵² ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 5.a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2017, pp. 231 ss.

estando intimamente relacionados com o princípio da livre iniciativa económica pública que tem de ter um interesse público que a reclame.²⁵³

Muitas Constituições – de índole socializante – enfatizam a dimensão social do direito de propriedade e consentem importantes restrições ao referido direito quando em causa estejam interesses públicos. Tome-se como exemplo as ordens jurídicas alemã e francesa, nomeadamente os artigos 14.º do Grundgesetz (doravante GG) e 17.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, respetivamente. Ambas as Leis Fundamentais consagram expressamente a possibilidade de limitação em função de interesses públicos e do bem geral (*"Wohle der Allgemeinheit"*, *"nécessité publique"*). Além disto, também lhes é comum a previsão de uma compensação em caso de expropriação. Ao passo que a Declaração Francesa se refere a uma *"juste et préalable indemnité"*, a Constituição Alemã estipula que a indemnização deve ser determinada com uma ponderação justa dos interesses da coletividade e dos envolvidos (cfr. artigo 14.º, n.º 3 do GG).²⁵⁴ No Direito português, o ponto de partida é também o da garantia do direito de propriedade privada (cfr. artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa – doravante CRP), admitindo-se, todavia, a expropriação por utilidade pública "mediante pagamento de justa indemnização".

V. Outras Constituições – de carácter liberalizante – optam por conferir maior proteção aos direitos de propriedade individuais, permitindo apenas limitações de diminuto alcance. Pense-se, a título de exemplo, no ordenamento jurídico norte-americano. Uma vez que a Constituição dos Estados Unidos da América, ainda hoje em vigor, nasceu na esteira de uma Revolução inspirada pelo ideário liberal, esse carácter é bastante visível. Assim sendo, na Quinta Emenda, a propriedade está protegida ao mesmo nível da vida e da liberdade, figurando os três valores lado a lado (*"nor be deprived of life, liberty, or property"*). Verifica-se, desta forma, uma proteção de maior intensidade contra as ingerências estaduais. Não obstante, também se admitem certas restrições, desde que seja assegurado o *due process of law* e uma indemnização justa (*"nor shall private property be taken for public use, without just compensation"*). Uma dessas restrições é a que resulta da chamada *eminent domain law*, que permite ao Governo expropriar,

²⁵³ JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Direito Administrativo da Economia*, I, 3.ª ed., Coimbra, 2014, Almedina, pp. 222 ss.

²⁵⁴ RAYMOND YOUNGS, *English, French & German Comparative Law*, Londres, Cavendish, 1998, pp. 198 ss.

para efeitos de prossecução de fins de utilidade pública²⁵⁵. É interessante notar o modo como esta ordem jurídica desenvolve os preceitos constitucionais relativos à propriedade privada, uma vez que, ao contrário dos sistemas romano-germânicos, incumbe esta tarefa de concretização aos tribunais. Assim ficou explícito no acórdão *Nolan v. California Coastal Commission* (1987) que a Constituição não delega na política legislativa a função de definir o regime dos direitos de propriedade; não cabe, deste modo, ao poder judicial um papel de mero aplicador da lei nem de protetor dos cidadãos perante “*capricious administration*” dos regimes infraconstitucionais.²⁵⁶

VI. Cumpre ainda mencionar algumas similitudes, uma vez que há limitações ao direito de propriedade que são pacificamente aceites, independentemente do modelo político-económico. A tributação do património, por exemplo, é consentida, tanto nos sistemas sociais como nos sistemas liberais, uma vez que constitui a principal forma de obtenção de receitas por parte do Estado. Também a execução patrimonial é amplamente admitida, funcionando como garantia do cumprimento das obrigações. Quanto às nacionalizações, têm igualmente lugar em modelos como o norte-americano, embora se denote uma maior aversão à constituição da propriedade pública, tendo em conta o espírito do *laissez-faire*, típico de um liberalismo exacerbado. Bancos e empresas foram nacionalizados, mas rapidamente houve uma reversão da situação.²⁵⁷ Em termos de direito sucessório, constata-se que também é comum o facto de se poder dispor *mortis causa* do património e de este não reverter inteiramente para o Estado, sem mais. O que pode diferir é o grau de liberdade de disposição. Tome-se o caso inglês a título de exemplo: o *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* apenas prevê que os familiares ou dependentes do falecido possam pedir ao tribunal que decrete uma provisão financeira, mas não existe uma obrigação legalmente imposta.²⁵⁸ Já em França está previsto o direito à legítima, que não

²⁵⁵ Quanto ao requisito da compensação, vejam-se os acórdãos do Supremo Tribunal Federal nos casos *Kohl v. United States*, (1875) e *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.* (1982). Relativamente à questão do interesse público, destaca-se o acórdão *Kelo v. City of New London, Connecticut*, (2005).

²⁵⁶ LEONARD W. LEVY, *Encyclopedia of the American Constitution*, IV, 2.^a ed., New York, MacMillan Reference USA, 2004, pp. 2051 ss.

²⁵⁷ <https://www.nytimes.com/2008/10/13/business/worldbusiness/13iht-nationalize.4.16915416.html>, último acesso a 16 de abril de 2019.

²⁵⁸ https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-ew-pt.do?member=1#toc_3, último acesso a 16 de abril de 2019.

pode exceder três quartos da herança, para os descendentes do falecido e o seu cônjuge, se não existirem descendentes.²⁵⁹ Nos Estados Unidos da América, esta matéria é da competência dos Estados federados pelo que, havendo vários regimes, torna-se inviável estabelecer comparações.

VII. A principal crítica tecida ao direito de propriedade é o facto de este, alegadamente, constituir um obstáculo ao progresso: desde a propriedade de escravos até à exploração humana por empresas transnacionais. A concentração da maior parte da propriedade nas mãos de alguns (poucos!), sobretudo em tempos de aumento populacional e de escassez de recursos, leva a que os direitos de propriedade sejam, por vezes, perspetivados com grande desconfiança, *i. e.*, como parte do problema ao invés de um interesse digno de proteção²⁶⁰. Tem, por isso e cada vez mais, vindo a ser discutido, se o direito de propriedade – como direito que tutela a instituição da propriedade privada e dos direitos adquiridos e não enquanto direito a um mínimo de propriedade – merece ser protegido, à escala internacional, como direito humano, quando tantos são os que não têm propriedade.

Uma forte proteção de direitos adquiridos pode facilmente tornar-se numa ameaça para outros direitos humanos. O direito de propriedade pode pôr em causa o direito à habitação ao proteger excessivamente os senhorios proprietários. Pode igualmente conflitar com o direito à segurança social, se não se aceitar a redistribuição da riqueza. Os direitos de propriedade podem ainda ter um efeito negativo na defesa do ambiente e na concretização de direitos ambientais. Daí que seja tão importante tomar em consideração fatores sociais na avaliação da legitimidade da ingerência no direito de propriedade. O direito de propriedade não mais é configurável como um direito absoluto, antes existem limites imanentes decorrentes da necessária convivência do direito de propriedade com muitos outros direitos²⁶¹. Ao direito de propriedade, nos dias de hoje, é reconhecida uma função social, função essa, contudo, que não se confunde com uma funcionalização estrutural do direito a fins de interesse geral. A propriedade não constitui um instrumento ao serviço do interesse coletivo.

²⁵⁹ https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-fr-pt.do?member=1#toc_3, último acesso a 16 de abril de 2019.

²⁶⁰ ALFREDSSON/EIDE, *The Universal Declaration of Human Rights, A common standard of achievement*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1999, pp. 359 ss.

²⁶¹ Neste sentido, JOÃO PACHECO AMORIM, *Direito...*, ob.cit., p. 521.

Em virtude da sua vinculação social, a propriedade encontra-se, todavia, sujeita a mais amplas restrições, restrições essas que representam o preço a pagar pela vivência em sociedade.

João Pilão

Mafalda Pissarra Diogo

Maria Luísa Moreira

Estudantes do 4.º ano da licenciatura em Direito

ARTIGO 18.º

Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.

COMENTÁRIO

I. Partimos da própria Constituição da República Portuguesa que consagra no nº 1 do artigo 16.º, na chamada cláusula aberta, e à luz do princípio da não tipicidade, uma noção material relacionada com os direitos fundamentais, “cuja realização está para além de qualquer catálogo fixo”²⁶². Já o disposto no nº 2 do mesmo artigo, numa conjuntura mais ampla e complexa que vai para além da Constituição, integra os princípios e valores da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “como parte essencial da ideia de Direito à luz do qual todas as normas constitucionais (...) têm de ser pensadas e postas em prática”²⁶³. Entende-se, portanto, que os princípios que constam da Declaração estão também presentes na nossa Constituição pelo que a interpretação de princípios como a dignidade da pessoa humana e o exercício livre de direitos, sujeito a limites impostos pela lei, deve ser feita sempre à luz da Declaração.

Dos direitos fundamentais, inerentes a qualquer pessoa humana e, em princípio, presente em qualquer Estado Moderno, destacam-se os presentes no artigo 18.º da Declaração: direito de pensamento, de consciência, de religião e

²⁶² JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 138.

²⁶³ *Idem*, ob.cit., p. 140.

de convicção. Estes direitos são relevantes para permitir a segurança e a justiça no âmbito jurídico e como forma de prevenir a tirania e a opressão. Refira-se, no entanto que a liberdade de pensamento se distingue da liberdade de expressão. Referindo uma vez mais a Constituição, o n.º 1 do artigo 41.º revela que estes princípios são invioláveis, sendo tal adjetivo um sinal de certa imperatividade.

II. O artigo 41.º envolve três direitos distintos: liberdade de consciência, de religião e de culto. Embora distintos, estão em estrita relação, visto que “o segundo é uma especificação do primeiro, sendo o terceiro uma especificação do segundo”²⁶⁴. Dada esta relação, a Lei n.º 16/2001, de 22 de junho sublinha algo que não devemos esquecer: todos estes pressupostos são invioláveis e garantidos “a todos em conformidade com a Constituição, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o direito internacional aplicável e presente lei”²⁶⁵.

Importa, também, esclarecer que os dois primeiros princípios estão integrados na esfera pessoal do indivíduo, sendo a liberdade religiosa, inevitavelmente, o “fundamento indispensável da liberdade de consciência”²⁶⁶. Aqueles princípios assentam respetivamente na liberdade de escolha, na liberdade religiosa, ou seja, no poder optar ou não por uma religião e na liberdade da prática de atos relacionados com a religião, seja ela de forma individual ou coletiva. A primeira relaciona-se com o ter ou não ter religião, poder transmiti-lo a outras pessoas, expressar-se externamente em relação às crenças, entre outros. A segunda refere-se à Igreja, que adquire o direito de organização, relacionado com o desenvolvimento e competência dos órgãos religiosos, e o direito de autodeterminação, ligado às funções religiosas e ao ensino religioso, por exemplo. Este último, inclusive, está consagrado no n.º 5 do artigo 41.º.

Este artigo desenvolve nitidamente, nos números seguintes, o disposto no n.º 1, apontando várias proibições, entre elas a perseguição relacionada com a religião. Ligada a esta, está a separação da Igreja e do Estado, prevista no n.º 4, pelo que nenhum deve agir na esfera de atuação do outro e nenhum ocupa uma posição hierarquicamente mais favorável. O Estado não pode proibir a existência de qualquer religião, nem forçosamente obrigar a que seja praticada

²⁶⁴ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 609.

²⁶⁵ JORGE BACELAR GOUVEIA/M. SATURNINO DA COSTA GOMES/FERNANDO SOARES LOJA, *Direito da Religião: Textos Fundamentais*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2015, p. 97.

²⁶⁶ JORGE BACELAR GOUVEIA/FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Lisboa, Quid Juris, 2013, p. 227.

ou não qualquer religião; além disso, não toma partido no âmbito religioso, nem participa em atos religiosos. Por sua vez, a Igreja não faz parte integrante do Estado nem está envolvida na atuação do poder político.

III. A Declaração reconhece, no seu preâmbulo, a dignidade que caracteriza todos os seres humanos. Esse reconhecimento inclui a liberdade religiosa. Destaque-se o direito à liberdade de religião ou crença que se relaciona, inevitavelmente, com a liberdade de pensamento e de convicção. É realmente um tópico difícil de interpretar, pelo que é necessário ir para além da sua letra, especialmente por envolver conceitos muitíssimo interpretáveis como "religião" e outros tantos com ela relacionados, como por exemplo "crença" ou "ritos".

A liberdade de religião assenta numa liberdade fundamental relativamente à qual ninguém pode ser prejudicado. Esta envolve todas as religiões e permite a cada indivíduo aderir a uma prática religiosa, protegendo todos os que ligados a uma religião e ainda aqueles que não professem nenhuma. A verdade é que, atualmente, esta liberdade vive em constante alerta, pois não é uniforme em todas as partes do mundo. Algumas pessoas estão sob restrições governamentais no que concerne à religião, vivendo em ambiente hostil, e sendo as minorias religiosas alvo de ataques constantes dos quais se não conseguem defender. De facto, as ressalvas ao direito de liberdade de religião levam à crescente formação de polos e à consequente discriminação entre as várias comunidades. O poder democrático e a segurança tornam-se incapazes de fazer face a estas discordâncias.

IV. Ao contrário da liberdade de consciência, referida mais à frente, e consagrada constitucionalmente, a religião ainda que também o seja, continua a ser uma matéria altamente frágil, aceite por uns e repudiada por outros das mais diversas formas. Essa condição, diga-se, refere-se à amplitude e vasto conteúdo que esta compreende, incluindo crenças e culto por exemplo. Assim, a interpretação não está isenta de problemas, pois a "extensão do âmbito normativo a determinadas expressões atípicas"²⁶⁷, faz com que caiamos em extremos, podendo inclusive atingir-se seitas religiosas e organizações secretas de cariz político. O mesmo para os cultos rituais, que à imagem constitucional e internacional podem ser difíceis de integrar. Assim, as garantias expressas no artigo, excluindo as do n.º 6, aplicam-se aos fenómenos religiosos.

²⁶⁷ GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob.cit., p. 610.

Finalmente, o n.º 6 do artigo supra citado, que se refere ao direito à objeção de consciência, está ligado à inviolabilidade da mesma, respeitando a vontade e integridade moral do indivíduo. Esta liberdade tem como fim único a proteção da consciência pessoal, consequentemente permitindo a formação de convicções inerentes a cada sujeito. Esta funciona enquanto prática subjetiva, pois qualquer indivíduo pode recusar-se a cumprir determinado preceito ou ação, com base no facto de só assim evitar contrariar as suas crenças ou princípios. Pode a objeção assentar em razões morais ou filosóficas. Tal objeção não é acompanhada de sanção, apenas requerendo o preenchimento de alguns requisitos para a sua prática. Resultante de um conflito de deveres ao qual o indivíduo reage, este pode agir, por ação ou por omissão, segundo a sua convicção, embora dentro e no respeito de alguns limites. Esta objeção não pode ser utilizada como justificação para o não cumprimento e obediência à lei, como esclarece o n.º1 do artigo 8.º do Código Civil português.

V. Pode concluir-se, após uma análise extensiva, que está aqui subentendido o princípio da igualdade. Para além de todos serem iguais perante a lei, entende-se em especial que a escolha de uma religião não deve ser motivo de exclusão ou de benefício. Assim como o sexo, a língua, a raça, a situação económica ou social não devem ser motivos de desigualdade e de diferenciação perante as comunidades e entre os próprios indivíduos, a religião e as convicções também não devem ser motivos para o uso da força ou a exclusão social. Tanto mais quanto o espaço primordial de atuação do princípio da igualdade incide sobre os direitos fundamentais. O próprio Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 324/86, conclui que tal princípio “é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global”²⁶⁸. Evidentemente, este é um princípio que se aplica em qualquer situação devido à sua amplitude e está, inclusive, consagrado logo no artigo 1.º da Declaração e em outros textos de Direito Internacional.

Sublinha-se que estes princípios se encontram referenciados e consagrados em múltiplos textos internacionais, o que permite desde já concluir que a sua fragilidade não afeta o seu carácter fundamental. É, no entanto, necessário olhar ao momento da História em que surgiram. Por exemplo a Declaração surge no período pós Segunda Guerra Mundial, pelo que a consagração da proteção dos direitos humanos surgia como fundamental, não só a nível interno dos Estados, como também a nível internacional, abrangendo, pois, todos os cidadãos.

²⁶⁸ JORGE BACELAR GOUVEIA/FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, ob.cit., p. 192.

VI. Fazendo também uma referência à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, como se sabe posterior à Declaração, refira-se o seu artigo 9.º, que consagra os mesmos princípios citados na Declaração, sendo possível concluir que, não só pela sua relevância, mas também pela sua fragilidade, esses princípios são consagrados com o objetivo de atingir o maior número de pessoas e sublinhar a sua devida importância. Um outro texto relevante, que espelha os mesmos princípios já focados, é o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, em especial no seu artigo 18.º. Assiste-se, assim a um acolhimento múltiplo nos vários textos.

VII. Na atualidade, mais do que nunca, torna-se necessário, com a eclosão do multiculturalismo, proteger não só o indivíduo em si, mas também enquanto membro de um todo, enquanto comunidade capaz de coexistir com outras realidades, estejam elas ligadas ou não à religião. Com efeito, devido à coexistência de realidades múltiplas e díspares num único Estado, os conflitos tendem a multiplicar-se e o objetivo essencial de convivência perde-se. É, portanto, urgente não só suprimir as consequências nefastas de uma realidade em que várias pessoas de diferente religião, etnia, língua e tradição, coabitam uma só comunidade, como também procurar valorizar as suas vantagens.

Entende-se assim que, no âmbito da religião, “é preciso não só liberdade religiosa, mas liberdade da própria religião”²⁶⁹. Os Direitos Humanos, em geral, são um verdadeiro reconhecimento de que, apesar das inúmeras diferenças entre os indivíduos, os princípios gerais e básicos devem ser garantidos e respeitados independentemente dessas circunstâncias particulares de cada sujeito. Isto não é uma novidade, mas algo que tem de ser reafirmado – somos todos merecedores de proteção.

Em artigo publicado pelo Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos relativo ao artigo 18.^{o270}, destacam-se vários aspetos pertinentes deste artigo, nomeadamente o facto de a religião e os direitos humanos estarem par a par, mas, em simultâneo, em conflito. Também a diversidade religiosa, no que toca à discriminação das mulheres e à tentativa de abranger a igualdade, dignidade humana e diversidade em várias sociedades merece destaque.

²⁶⁹ ACNUDH. Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Artigo 18: Liberdade de religião e crença*, disponível em <https://nacoesunidas.org/artigo-18-liberdade-de-religiao-e-crenca/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

²⁷⁰ ACNUDH. *Artigo 18*, ob.cit.,.

VIII. Em suma, o artigo 18.º acaba por tecer uma íntima relação com o princípio da igualdade, sendo a religião um fator cultural inegável, merecedor de proteção e de defesa, mas igualmente justificando um reconhecimento cabal do seu valor.

Vera Sofia Correia Caetano

Estudante do 1.º ano da licenciatura em Direito

ARTIGO 19.º

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

COMENTÁRIO

I. A liberdade de expressão e de opinião pode, hoje em dia, ser vista como um dos principais pilares da democracia na Europa.²⁷¹ É algo que se encontra consagrado em vários instrumentos de Direito Internacional, o que acaba por simbolizar uma conquista civilizacional. Os próprios juízes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem consideram a liberdade de expressão e opinião um direito fundamental, sem o qual a democracia não seria possível.

Autores como Voltaire e John Stuart Mill contribuíram, nos séculos XVIII e XIX, com importantes considerações filosóficas e económicas contra o autoritarismo e a corrupção, sendo, ainda de destaque, o papel do Presidente Roosevelt, em janeiro de 1941, afirmando a liberdade de expressão como uma das quatro liberdades na qual se deve basear uma futura ordem mundial. Cumpre sublinhar as abordagens diferentes verificadas nos EUA e na Europa, diferenças históricas e culturais.

II. O artigo 19.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante DUDH) consagra a liberdade de expressão e de reunião em diferentes dimensões:

²⁷¹ A Constituição portuguesa de 1933 foi uma das constituições portuguesas que mais atentava contra estes princípios. Destacava-se o carácter autoritário do regime dos direitos, liberdades e garantias, com leis especiais a regular o exercício das liberdades de expressão, de ensino, reunião e associação. (JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, I, 2, 10.^a ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 76)

o direito a ter opiniões e ideias e o direito a manifestá-las, e o direito a receber informação²⁷². Esta última vertente adquire especial importância no âmbito dos *media*, da liberdade de imprensa e da responsabilidade dos jornalistas e publicações noticiosas.

A liberdade de expressão é um direito fundamental que possui como titulares todas as pessoas físicas e jurídicas, isto é, independentemente de qualquer distinção quanto à nacionalidade, todos são titulares dessa garantia.

Jorge Miranda afirma que o âmbito de proteção da liberdade de expressão envolve: primeiramente, o direito de não ser impedido de exprimir e divulgar ideias; em segundo lugar, a liberdade de se comunicar ou não comunicar; finalmente, na pretensão à expressão, na remoção de todos obstáculos não razoáveis ao acesso aos direitos meios. Por último, a pretensão de ter acesso às estruturas de um serviço público de rádio e TV.²⁷³

Verifica-se uma proteção da liberdade de opinião e expressão sem limites territoriais. O que exprime uma ideia de universalidade, presente ao longo de toda a Declaração e resultante do seu carácter universalista.

III. Da norma em análise é possível inferir a vedação da censura, pois a liberdade na busca de informações não subsiste se elas forem submetidas à avaliação prévia de seu conteúdo. Tendo em vista o recente passado ditatorial, o legislador, na Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), entendeu por bem assegurar, de modo expresso, que tais direitos podem ser gozados independentemente de censura ou licença. Este artigo da DUDH há que ser lido no sentido de não serem tolerados abusos, pondo término a ideias discriminatórias, racistas, instalando o horror. É possível, contudo, que, em determinadas situações, haja limitações à liberdade de expressão (por exemplo, em situações de Estado de sítio ou Estado de emergência).

IV. No entanto, já em 1789, já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, decorrente da revolução francesa, consagrava, ainda que não fosse nos mesmos modos, a liberdade de expressão e opinião, nomeadamente nos seus artigos 10.º e 11.º. Já se previam, aliás, eventuais restrições legais, a

²⁷² Para J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, trata-se, em primeiro lugar, do direito de não ser impedido de se exprimir. Neste sentido, enquanto direito negativo ou direito de defesa, a liberdade de expressão é um componente da clássica liberdade de pensamento.

²⁷³ JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I a III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 843-852.

fim de assegurar a manutenção da ordem pública, consagrando-se, ainda, a responsabilidade decorrente de abusos no seu exercício.

No que concerne a outros diplomas onde poderemos, também, encontrar conteúdo semelhante, importa destacar os seguintes:

- Artigo 19.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos;²⁷⁴
- Artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos;²⁷⁵
- Artigo 4.º da Declaração Americana dos direitos e deveres do Homem²⁷⁶.

Destes artigos, cumpre salientar o artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante CEDH), que consagra também a liberdade de expressão, de uma forma bastante ampla, compreendendo a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou transmitir ideias. Meritório de nota é o facto de o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ter pronunciado já em vários casos com fundamento na violação deste artigo 10.º, inclusive em litígios envolvendo Portugal.²⁷⁷

²⁷⁴ Prevê o artigo 19.º do PIDCP: "Ninguém pode ser discriminado por causa das suas opiniões. Toda a pessoa tem direito à liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de toda a índole sem consideração de fronteiras, seja oralmente, por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo que escolher. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 deste artigo implica deveres e responsabilidades especiais. Por conseguinte, pode estar sujeito a certas restrições, expressamente previstas na lei, e que sejam necessárias para: a) Assegurar o respeito pelos direitos e a reputação de outrem; b) A proteção da segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou a moral pública".

²⁷⁵ Como se lerá *infra*, prevê o artigo 10.º da CEDH: "1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial".

²⁷⁶ Prevê o Artigo 4.º da Declaração Americana: "Toda a pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio".

²⁷⁷ Por exemplo, "Lopes Gomes da Silva contra Portugal", acórdão do TEDH de 28 de setembro de 2000, acórdão este anotado por EDUARDO MAIA COSTA, "Liberdade de Imprensa – Restrições para proteção do bom nome e da reputação", Revista do Ministério Público, n.º 84, 2000, pp.179 a 191.

V. A Declaração Universal dos Direitos Humanos é parte integrante da Constituição formal portuguesa, por via do artigo n.º 2 do artigo 16.º da CRP. A função desta norma vem pois a ser dupla. Em primeiro lugar, ela situa os direitos fundamentais, num contexto mais vasto e sólido que o da ordem jurídica positiva do Estado. Em segundo lugar, vem impregnar a Constituição dos princípios e valores da Declaração, como parte essencial da ideia de Direito à luz da qual todas as normas constitucionais têm de ser pensadas e postas em prática²⁷⁸. A liberdade de expressão encontra-se consagrada nos artigos 2.º e 37.º da CRP.

VI. Como se lê no título do Jornal Público, de 30 de agosto de 2016, “Portugal é dos países que mais condenações sofre por parte do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) por violação da liberdade de expressão. Entre o primeiro mês de 2005 e agosto de 2016 houve 20 condenações do Estado português, o que regista uma média consideravelmente superior aos restantes Estados Membros da União Europeia”.²⁷⁹

De acordo com um estudo elaborado pelo *Internacional Press Institute* (doravante IPI), Portugal foi condenado 18 vezes, entre janeiro de 2005 e janeiro de 2015, na sequência de processos em que a Justiça Portuguesa condenara jornalistas ou outros cidadãos por difamação. Importa, ainda, referir que, estas 18 condenações representavam, à data, o triplo da média apurada de entre os 28 Estados Membros da União Europeia.

Um outro caso surgiu na sequência da reportagem de uma jornalista, transmitida na SIC a 12 de novembro de 2005, na qual se usaram sons de uma audiência de julgamento. A SIC foi condenada a pagar 1500€ de multa. O Estado Português foi também condenado, na sequência da publicação de um artigo de opinião de um jornalista, no qual este ofensas ao então primeiro ministro, Pedro Santana Lopes.²⁸⁰

Em 2007, o advogado Pires de Lima envolveu-se num litígio com o juiz Rui Penha, com quem lidara num processo judicial cível de um cliente seu contra a Câmara de Cascais. Numa participação disciplinar que apresentou ao Conselho Superior da Magistratura, o advogado acusou o magistrado de parcialidade, tendo chegado a falar em fraude e em corrupção por parte deste. O Conselho

²⁷⁸ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, ob.cit., pp. 37 e ss.

²⁷⁹ Pesquisável em <https://www.publico.pt/2016/08/30/sociedade/noticia/portugal-com-condenacoes-superiores-a-media-da-eu-1742691>, último acesso a 16 de abril de 2019.

²⁸⁰ Pesquisável em <https://www.publico.pt/2019/02/12/sociedade/noticia/portugal-condenado-violacao-liberdade-expressao-1861770>, último acesso a 16 de abril de 2019.

Superior da Magistratura acabou por arquivar o caso. No entanto, o juiz Rui Penha, na sequência destas acusações, desencadeou uma ação em tribunal contra o advogado, peticionando uma indemnização de 150 mil euros por atentado à sua reputação. Após avanços e recuos no montante indemnizatório, o caso chegou, em 2019, dois anos após a morte do advogado Pires de Lima, ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, tendo este determinado que a justiça portuguesa agiu bem em condenar o advogado, contudo, entendeu que o montante da indemnização fixado fora excessivo.

No relatório elaborado pelo IPI e previamente mencionado, Portugal é indicado como tendo um número “invulgarmente elevado” de condenações no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem por violação da liberdade de expressão. Apenas três países da União Europeia tinham nesse período (2005-2015) mais condenações: França (22), Polónia (21) e Roménia (20). A média europeia é de 6,46. Contudo, quatro países não tiveram qualquer condenação e cerca de uma dezena deles ficou-se por uma ou duas.

VII. Conclui-se que a liberdade de expressão e opinião se consideram princípios basilares do Estado de Direito Democrático, havendo, porém, ainda muito a melhorar por parte dos Estados de forma de assegurar estes direitos. Apesar de as Constituições preverem, de forma expressa a consagração da liberdade de expressão, cumpre daí retirar todas as suas consequências, nomeadamente garantindo que todos possam invocar exceções tipificadas e enraizadas no sentimento jurídico nacional (como o “humor e a “comédia”), como forma de se conseguirem furtar a condenações por ofensa à honra ou ao bom nome de outrem. Só assim se garantirá que a liberdade de expressão não se converte numa fórmula vazia.

Ana Luísa Almeida

Inês Brandão

Sofia Ferreira da Costa

Estudantes do 2.º ano da licenciatura em Direito

ARTIGO 20.º

1. *Toda a pessoa tem direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas.*
2. *Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.*

COMENTÁRIO

I. O artigo 20.º da DUDH encontra-se integrado nos direitos, liberdades e garantias, ou para usar a terminologia do PIDCP²⁸¹ – nos direitos civis e políticos.

Ainda que se considere deficientemente dilucidada a distinção entre direito e liberdade/liberdades²⁸², estas – como a liberdade de associação ora *sub judice*, ou a liberdade de expressão, de informação, de religião e culto – costumam ser caracterizadas como posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva, direitos das ações negativas.

Acresce ainda a vertente dupla destas liberdades, que congrega uma fulcral componente negativa, no sentido em que o indivíduo tem tanto a liberdade de se associar ou como não, bem como de ter religião ou não²⁸³.

II. Se o primeiro liberalismo recusou a liberdade de associação, devido ao facto de interiorizar que em nome dos princípios que todos os corpos e associações acabavam por reduzir o campo de atuação da própria liberdade individual, foi com o contributo de Tocqueville, que se defendera que os povos

²⁸¹ Este Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos prevê no seu artigo 22.º o direito à liberdade de associação.

²⁸² JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*, 7.ª ed, Coimbra, Almedina, 2003, p.1259.

²⁸³ *Idem*, ob.cit., p. 1260.

democráticos eram todos livres, mas também fracos, e que cairiam na impotência se não aprendessem a ajudar-se de forma livre e autónoma, e são então as associações que nos povos democráticos devem assumir o papel dos particulares poderosos que a igualdade de condições fez desaparecer entre nós.

III. Seria apenas a Constituição belga a primeira a consagrar este direito. Portugal consagra na Constituição de 1838, pela primeira vez, esta liberdade no seu Artigo 14.º.

As Constituições de 1911 e de 1933 consagrariam novamente tal liberdade no elenco dos direitos dos cidadãos, remetendo para a sua lei especial a determinação da forma e das condições do seu exercício. Esta regra seria, contudo, bastante limitadora, com um alcance restrito, após a publicação do Decreto-Lei n.º 39 660, de 20 de maio de 1954.

Foi, no entanto, o Decreto-Lei de n.º 595/74 de 7 de novembro, que veio a delimitar o âmbito de proteção que acabou por lograr proteção constitucional no artigo 46.º da CRP de 1976.

IV. Para além da DUDH e da CRP, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos consagra no artigo 11.º a liberdade de reunião e de associação²⁸⁴.

E são também várias as Constituições que aludem a tal liberdade²⁸⁵, como a Constituição alemã no seu artigo 9.º; Constituição espanhola no artigo 22.º; Constituição belga no Artigo 27.º; Constituição italiana no artigo 18.º; Constituição Japonesa no artigo 21.º; Constituição Russa no artigo 30.º e também na Constituição timorense no seu artigo 43.º.

As associações abrangem, em sentido lato, qualquer organização de pessoas, podendo, pois, ser consideradas, nesta aceção, sociedades comerciais, comissões de trabalhadores, comissões especiais, traçando assim as próprias fundações que aí poderiam caber.²⁸⁶

²⁸⁴ Em termos sectoriais, será aqui também relevante evidenciar que a Carta Social Europeia que foi recebida por Portugal a 3 de maio de 1996 e entrou em vigor a 1 de julho de 2002 consagra no seu artigo 5.º o direito de associação sindical.

²⁸⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22/11/2011, pesquisável em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/cebe7c557255186f8025796c004216ef?OpenDocument>, último acesso a 16 de abril de 2019.

²⁸⁶ JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.ª ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 954.

V. Num sentido médio, as associações abrangem todas as pessoas coletivas de tipo associativo, sem fins lucrativos, sendo então estas de direito privado ou de associações consagradas constitucionalmente.

Por fim, num sentido restrito, o âmbito de proteção abrange todas as associações com exceção das associações públicas a que se refere o artigo 267.º da CRP²⁸⁷.

De acordo com a previsão *sub judice*, os indivíduos têm o direito a reunir-se, pacificamente e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público, sem necessidade de uma autorização, podendo assim também se manifestar.

VI. Há, contudo, que reter que caso os cidadãos queiram realizar uma reunião, um comício ou manifestação quer em local público ou aberto ao público terão que comunicar com certa antecedência sobre a data a um órgão do Estado, como por exemplo a uma Câmara. Mas esta questão ainda suscita alguma dúvida. É de realçar que «haverá restrição do direito de manifestação sempre que uma pessoa se vir impossibilitada de desenvolver um comportamento abrangido pelo respectivo âmbito de protecção em consequência de uma norma legislativa ou de um acto de um órgão da administração ou de um tribunal»²⁸⁸.

As autoridades não poderão estar presentes nas reuniões que tenham lugar em espaços interiores, exceto se os manifestantes o tenham solicitado. Por seu lado, terá a autoridade pública que zelar pela pacificação do ambiente²⁸⁹, para que não se desenvolvam contramanifestações, na medida em que estas são geradoras de perturbações da ordem e da referida tranquilidade.

²⁸⁷ Há aqui que salientar que existem associações de direito público, submetidas a um regime especial de tutela estadual que não são compatíveis com o regime comum da liberdade de associação, existem tradicionalmente certas categorias de organizações privadas com uma base associativa, desempenhando embora tarefas e interesses públicos, como as federações desportivas. No entanto, não poderá o Estado impor nesta situação que as entidades privadas procedam ao desempenho de tarefas públicas contra a sua vontade.

²⁸⁸ JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *O Direito de manifestação: âmbito de protecção e restrições*, Coimbra, Almedina, 2006. Enquanto doutrina específica sobre a matéria vejam-se ainda IVO MIGUEL BARROSO, *Consagração das liberdades de união e de associação na Constituição Portuguesa de 1838*, 2005, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, e ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, *Direito de reunião e de manifestação*, Lisboa, Quid Juris, 2009.

²⁸⁹ Lembremo-nos aqui dos recentes movimentos dos coletes amarelos em França: <https://www.publico.pt/2019/03/16/mundo/noticia/coletes-amarelos-voltam-ruas-paris-ja-ha-31-detidos-1865655>, último acesso a 16 de abril de 2019, na qual devido a tal desordem teve a Polícia francesa tentar cessar o movimento bem como, deter os indivíduos que se manifestavam violentamente na capital Francesa.

As reuniões só podem ser impedidas no sentido em que contrariem a lei, os direitos das pessoas singulares ou coletivas, a moral ou a ordem e a tranquilidade pública.

Com esta previsão se salvaguarda a liberdade de auto-organização, o autogoverno e a autogestão. Embora, isto não prejudique a fixação normativa de regras gerais de organização e gestão que não afetem concisamente a liberdade de associação, mormente os requisitos mínimos de uma organização dita democrática interna, através de estatutos próprios, uma assembleia representativa, eleições periódicas, ...

VII.A mesma pessoa poderá vincular-se a mais do que uma associação se assim o entender, com exceção dos partidos políticos²⁹⁰. Por outro lado, nenhum indivíduo poderá ser forçado a inscrever-se numa associação. No entanto, a lei estabelece, para o exercício de determinadas profissões, tais como advogados, médicos, solicitadores, entre outros terão que se encontrar vinculados a inscreverem-se numa associação, embora seja essa profissional, às quais o Estado confere atribuições e competências específicas na regulação da profissão. Aqui referimo-nos então a ordens profissionais, tais como a Ordem dos Advogados, a Ordem dos Médicos (...), que assumem, então, a natureza de associações públicas.

VIII. Se ninguém poderá ser beneficiado ou prejudicado por fazer parte ou não de uma associação, importa aqui ressaltar que existem limites que se colocam à liberdade de associação, desde já, por exemplo, bem visíveis aliás na redação do nosso n.º 4 do Artigo 46.º da CRP. Ora, as associações armadas ou de tipo militar, paramilitar ou militarizadas, e as organizações racistas bem como organizações de índole fascista serão proibidas, estas últimas muito se acreditando devido à história constitucional portuguesa entre 1933 a 1974.

IX.Ainda recorrendo às previsões da CRP como parâmetro interno concretizador, indicam-se exemplificativamente alguns tipos de associações a que a Lei fundamental portuguesa expressamente se refere: a) partidos Políticos e associações políticas (n.º 2 do artigo 10.º bem como o n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 40.º e alínea h) do o n.º 2 do artigo 223.º CRP); b) Associações sindicais (n.º1 dos artigos 40, 55, 56 e 80.º, como também alínea c) do n.º 2 do artigo

²⁹⁰ Na Constituição da República Portuguesa, o n.º 1 do artigo 51.º proíbe a vinculação partidária a mais do que um partido político.

92.º); c) Associações dos professores (n.º2 do artigo 77.º); d) Associações de consumidores (n.º3 do artigo 60.º).

Repare-se que neste panorama, são quase todas as áreas de relevância a nível da vida coletiva que, deste modo, adquirem relevância constitucional como *supra* se confirma, para que assim se garanta em pleno as outras liberdades, tais como a liberdade política, sindical ou de criação artística, e para assim se obter uma maior possibilidade de concretização de ação. A constituição parece assim chegar mais longe do que a DUDH,²⁹¹ na medida em que promove a proximidade entre estas associações e o Estado, chamando-as a participar no desenvolvimento das incumbências do Estado e impondo e criando o diálogo entre elas. A democracia participativa é fundamentalmente uma democracia associativa.

X. O direito de manifestação não necessita, contudo, de ser coletivo, podendo como se vê, várias vezes, ocorrer manifestações individuais²⁹². De facto, e embora quase sempre uma manifestação seja também uma reunião; uma reunião mesmo em lugar público poderá não ser uma manifestação.

Já o direito de reunião é um direito de ação coletiva, e os seus titulares são todos os indivíduos. A reunião exige assim uma consciência e vontade coletiva – de um escopo próprio e autónomo –, pelo que se distingue facilmente de um mero convívio ao ar livre. Por outro lado, também é reunião a que tenha uma duração temporária, sem subsistência institucional, afastando-se assim da associação.

XI. Recorrendo à nossa Constituição verificamos que esta não proíbe as associações secretas. Todavia estas pouco se adequam a um Estado de Direito e aos seus princípios e, além do mais com a democracia interna das associações, bem como a publicidade da prossecução dos seus fins.²⁹³

Maria Luís Rodrigues
Maria Raquel Alves

Estudantes do 1.º ano da licenciatura em Direito

²⁹¹ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.ª ed, Coimbra, Coimbra Editora, p. 955.

²⁹² Recentemente, a jovem Greta Thunberg, indignada com a questão do aquecimento global, começou por se manifestar todas as sextas feiras, junto do Parlamento em Estocolmo, com vista a que surgisse uma consciencialização maior acerca deste problema: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/27/opinion/1551290093_277722.html , último acesso a 16 de abril de 2019.

²⁹³ JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob.cit p. 960.

ARTIGO 21.º

- 1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direcção dos negócios públicos do seu país, quer directamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos.*
- 2. Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país.*
- 3. A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos; e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto.*

COMENTÁRIO

I. O artigo 21.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao dispor em seu texto de preceitos como – o direito à participação efetiva na política, o direito de igual acesso ao exercício de funções públicas e o direito de se ter eleições livres, justas e frequentes para a escolha de representantes através do sufrágio universal e igual – enaltece a essência desses direitos políticos como fundamentais e, ademais, preconiza valores que constituem requisitos essenciais para a democracia, a qual condiz com a livre expressão de vontade dos cidadãos e está diretamente relacionada com Estado de Direito.

II. Ao se falar em democracia, por mais que esse seja o regime político mais amplamente defendido e debatido nas sociedades hodiernas, muitas questões ainda são colocadas, dentre muitas outras, sobre sua origem, delimitação, vantagens e desvantagens em relação a outras opções de regimes políticos. De acordo com Robert Dahl, a democracia teve seus desenvolvimentos mais importantes na Europa, ao longo da costa mediterrânea e no Norte. Teve como berço a Grécia Clássica e Roma, cerca de 500 a.C., em que existiam sistemas de

governo que permitiam a participação de um número substancial de cidadãos, a propósito, é de se notar que a palavra democracia advém de *demokratia*, a partir das palavras gregas *demos* (povo) e *kratos* (governar)²⁹⁴.

Com isso, importa a demarcação dessa "democracia dos antigos", a qual relaciona-se com a democracia direta, desde logo, em contraposição à "democracia dos modernos", a qual relaciona-se com a democracia representativa²⁹⁵. Na democracia direta, a regra é a participação direta em que "os cidadãos são chamados a tomar eles mesmos as decisões que lhes dizem respeito", o *ius suffragii* era o direito de votar nos comícios, e não o de eleger um candidato²⁹⁶. Diferente é o que ocorre com a democracia representativa, em que o seu significado está no poder dos representantes do *demos*. A representatividade²⁹⁷ popular foi duramente criticada na antiguidade clássica, bem como nos períodos subsequentes, por diversos motivos, que tinham por base a crença de que o poder do povo deveria ser o de decidir, por ele mesmo, os assuntos importantes que lhes dizem respeito, e não o de eleger quem deveria decidir por si.²⁹⁸

III. O período democrático grego (em particular, o ateniense) durou aproximadamente dois séculos e a república romana teve sua decadência por volta de 44 a.C. A democracia, com essas irrupções, deixou de ser um sistema vigente por cerca de mil anos e só reapareceria em meados do século XII em muitas cidades-estados italianas do Norte, nas quais uma substancial parte da população que atualmente chamar-se-ia de 'classe média', pelo florescimento das cidades e com a chegada do Renascimento, passou a exigir o direito a participar no governo da cidade. No entanto, por volta do século XVI a tomada de poder por governantes autoritários marcou o início do absolutismo e o ideal democrático reaparece no século XVIII, com o surgimento do Estado de Direito²⁹⁹.

²⁹⁴ ROBERT A. DAHL, *Democracia*, 1.ª edição, Braga, Teses e debates, 2000, pp. 18 ss.

²⁹⁵ NORBERTO BOBBIO, *Teoria Geral da Política. A filosofia política e as lições dos clássicos*, 7.ª tiragem, Rio de Janeiro, Campus, 2000, pp.370 ss.

²⁹⁶ NORBERTO BOBBIO, *Teoria Geral da Política...*, ob.cit., pp. 372 ss.

²⁹⁷ ROBERT A. DAHL, *Democracia*, ob.cit., p. 131: "O lado obscuro é este: sob um governo representativo, os cidadãos delegam muitas vezes uma enorme autoridade discricionária em decisões de extraordinária importância."

²⁹⁸ NORBERTO BOBBIO, *Teoria Geral da Política...*, ob.cit., p.372.

²⁹⁹ ROBERT A. DAHL, *Democracia*, ob.cit., pp. 15-25.

IV. É necessariamente de se enfatizar a relação direta entre democracia e Estado de Direito, o qual tem por base uma Constituição tendente à limitação do poder político e detentora do papel de regulação tanto da sua organização quanto da relação com os seus cidadãos. O Estado de Direito é aquele que, para garantia dos direitos dos cidadãos, é estabelecida juridicamente a divisão do poder e o respeito pela legalidade se eleva a critério de ação dos governantes³⁰⁰.

Desencadeado por uma virada filosófica de pensamento impulsionada pelas correntes contratualistas, individualistas e iluministas, bem como por importantes movimentos sociais, econômicos e políticos no século XVIII, dentre os quais – a Revolução Francesa (1789-1799), a Revolução Industrial inglesa e a independência dos Estados Unidos da América (1776)³⁰¹ – O Estado de Direito surge como Estado Liberal, baseado na ideia de liberdade e com o intuito de limitar o poder político interna e externamente, e em confronto com o *ancien régime* perpetrado pela monarquia absolutista e pela república aristocrática. Assim, foram surgindo “conceitos e práticas políticos na Europa que viriam a tornar-se elementos importantes nas posteriores convicções e instituições democráticas³⁰².”

V. Embora a salvaguarda de valores atinentes à democracia já estivesse plasmada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 6.º (“A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”), o início da efetivação desse novo regime político demorou quase duzentos anos para se concretizar, levando-se em consideração a transição do Estado liberal oitocentista para o Estado social da segunda metade do século XX feita sem rupturas (na Inglaterra, nos Estados Unidos e em alguns outros países anglo-saxões e nórdicos) ou com rupturas (na Europa continental, em que os regimes democráticos foram assolados face a regimes totalitários, de direita ou esquerda)³⁰³. Portanto, é dado como posto que os regimes democráticos,

³⁰⁰ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, I, 7.a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 87 ss.

³⁰¹ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, I, ob.cit., pp. 83 ss.

³⁰² ROBERT A. DAHL, *Democracia*, ob.cit., pp. 29-30.

³⁰³ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, 3.ª edição,

até chegarem à contemporaneidade, passaram por caminhos sinuosos ao longo da história humana, com diferentes acepções e modos de desenvolvimento a depender precisamente de fatores vários como – as ideologias político-filosóficas vigentes na época e no local a que se enquadra a análise, bem como o contexto social e econômico de dada população.

VI. O Estado de Direito tem o seu elemento constituinte povo como detentor da soberania, tendo em vista que é a vontade geral do povo a legitimadora do poder político. Segundo Kelsen, "historicamente a luta pela democracia é uma luta pela liberdade política, vale dizer pela participação do povo nas funções legislativa e executiva³⁰⁴". Nesse sentido, tem-se o direito de participação política como um exercício da cidadania e com o propósito de concretizar o Estado democrático, em que a cidadania deve existir enquanto uma conjunção de titularidade de direitos: civis, sociais e políticos, pois os quais, ao serem concebidos simultaneamente, permitem aos cidadãos a obtenção da capacidade de participação política efetiva³⁰⁵.

Para que a participação política e assim, a democracia, seja considerada como ideal face a outras opções não democráticas, é imprescindível que esteja assente no contexto sócio-político vigente o pressuposto de que o indivíduo singular, como pessoa moral e racional, é o melhor juiz do seu próprio interesse, posto que qualquer outra forma de governo é fundada no pressuposto de que há alguns indivíduos que são capazes de julgar, *per se*, qual seja o bem o geral da sociedade como um todo, de maneira mais satisfatória, do que poderiam fazer os indivíduos singularmente – o que conduz a formas de governos despóticas³⁰⁶.

A participação política por meio da representatividade eleitoral, no entanto, não basta para que a democracia real, no mínimo, se aproxime da democracia ideal. Na democracia ideal é determinada a disposição de critérios sem os quais esse regime político não pode existir – substancialmente fala-se de instituições democráticas correspondentes às exigências de participação efetiva e de inclusão popular (sufrágio universal e igual³⁰⁷). Nesse seguimento, tem-

Coimbra, Almedina, 2008, 3ª reimpressão, pp. 88-89.

³⁰⁴ HANS KELSEN, *A democracia*, 2.ª edição, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p.99.

³⁰⁵ RAYSSA KELLY DUARTE DE PAIVA, *Restrições ao direito fundamental de participação política à luz do princípio democrático*, dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p.16.

³⁰⁶ NORBERTO BOBBIO, *Teoria Geral da Política...*, ob.cit., pp.424 ss.

³⁰⁷ ROBERT A. DAHL, *Democracia*, ob.cit., p.91:" Os interesses fundamentais dos adultos a quem são negadas as oportunidades de participação na governação *não serão* devidamente

se que a democracia em larga escala requer: “1) dirigentes eleitos; 2) eleições livres, justas e frequentes³⁰⁸; 4) fontes alternativas de informação; 5) autonomia de associação; 6) cidadania inclusiva³⁰⁹.”

Nessa esteira, consta a democracia como um conjunto de regras que devem servir para ditar como as decisões coletivas devem tomadas (e não quais decisões coletivas devem ser tomadas) com o máximo de consenso e o mínimo de violência – esse conjunto de regras do jogo limita o conceito de democracia, “mas é melhor um significado restrito e claro do que um significado amplo, mas vago.”³¹⁰

VII. Em consonância com as disposições do artigo 21.º, tem-se, no âmbito internacional, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966), o qual, em seus artigos – 19.º (direito à liberdade de expressão); 21.º (direito de reunião pacífica); 22.º (direito de associação, de constituição de sindicatos) e 25.º (direito de tomar parte nos negócios públicos, direta ou indiretamente; direito de votar e de ser eleito por eleições periódicas e honestas, por sufrágio universal e igual e o direito de aceder às funções públicas, em condições gerais de igualdade) – promove os fundamentos da democracia. Ainda nesse plano, tem-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres³¹¹, em que no seu artigo 7.º são garantidas às mulheres, em iguais condições dadas aos homens, direitos políticos (ativos e passivos). Ademais, conjugam-se a esse Pacto e a essa Convenção duas resoluções importantes: a Resolução A/66/130³¹² (*Women and political participation*) da Organização

protegidos e promovidos pelos que governam.” Nesse sentido, é pertinente frisar que até a segunda metade do século XX, praticamente metade da população das sociedades ditas ‘democráticas’ não era detentora de direitos políticos (além de muitos direitos civis e sociais), dado a exclusão das mulheres da participação política (ativa e passiva). A busca pelo reconhecimento de plena cidadania pelas mulheres é uma luta constante, do início do século XX à contemporaneidade, e tem como fundamento os direitos humanos de igualdade e de liberdade intrínsecas.

³⁰⁸ ROBERT A. DAHL, *Democracia*, ob.cit., p.111. Entendendo-se por eleições livres aquelas em que se pode votar sem medo de represálias; justas por aquelas em que todos os votos devem ser considerados iguais; e frequentes por aquelas que ocorrerem em intervalos de tempo que permitem aos cidadãos não perderem um grau substancial de controlo sobre os seus dirigentes eleitos.

³⁰⁹ ROBERT A. DAHL, *Democracia*, ob.cit., p. 101.

³¹⁰ BOBBIO, *Teoria Geral da Política*, ob.cit., pp. 424-428.

³¹¹ MINISTÉRIO PÚBLICO. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres*. http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_eliminacao_todas_formas_discriminacao_contra_mulheres.pdf, último acesso em 16 de abril de 2019.

³¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Women and political participation*. <https://www.>

das Nações Unidas e a Resolução 2000/47³¹³ (*Promoting and consolidating democracy*), da Comissão de Direitos Humanos da ONU.

O artigo 21.º indica os direitos cruciais que devem estar presentes em uma sociedade democrática amparada pelo Estado de Direito e para que a sua população seja detentora do poder político primário. Dessarte, configura uma legitimação à cultura política democrática, em que as convicções e disposições apoiadoras da democracia são fortalecidas e, assim, passadas de geração para geração.

Paula Roberta Amorim Menescal

Estudante do 2.º ano da licenciatura em Direito

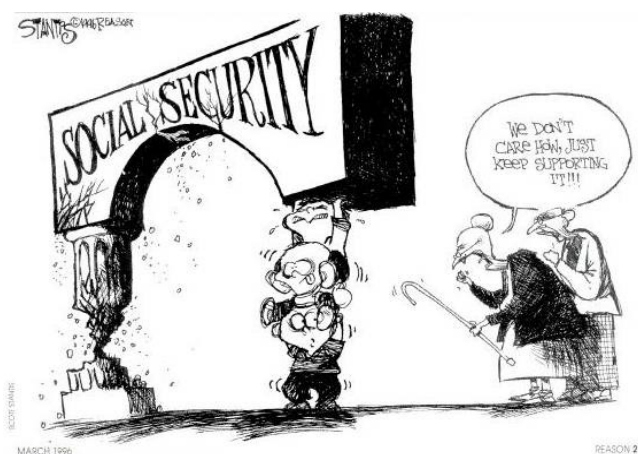
un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/130, último acesso em 16 de abril de 2019.

³¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. . *Promoting and consolidating democracy*. http://www.eods.eu/library/UNGA_Resolution%20Promoting%20Democracy_2001_en.pdf, último acesso em 16 de abril de 2019.

ARTIGO 22.º

Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país.

COMENTÁRIO



I. Os direitos sociais, económicos e culturais representam uma forma de garantir as necessidades básicas aos cidadãos e devem ser assegurados pelo Estado.

Deste modo, podemos encarar a segurança social como um direito positivo, tendo como principal objetivo assegurar os meios necessários para garantir necessidades e serviços básicos a todas as pessoas, independentemente, da sua idade ou capacidade de trabalhar, devendo ser subsidiada não apenas pelo Estado, mas também pelas contribuições dos respetivos beneficiários³¹⁴.

³¹⁴ Para enquadramento, veja-se <http://www.seg-social.pt/objectivos-e-principios>, último acesso a 16 de abril de 2019. Veja-se ainda JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada*, I, 2.ª edição, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal, 2010, anotação ao artigo 63.º.

O direito à segurança social é uma das principais características do Estado de direito social. Como tal, o número de Estados que não apresenta qualquer tipo apoio social é, atualmente, bastante reduzido.

II. Note-se que a segurança social tal como hoje a conhecemos, e sua respetiva internacionalização surgiu no período compreendido entre as duas grandes guerras, resultando da necessidade de proteção das pessoas na sequência do aparecimento de problemas sociais decorrentes dos fenómenos da industrialização e urbanismo e da deslocação de trabalhadores dentro e além-fronteiras. Inicialmente, este sistema era bastante limitado tanto no campo de aplicação pessoal (pessoas e profissões abrangidas), como no campo de aplicação material (eventualidades cobertas).

Assim, e devido à deslocação de trabalhadores entre fronteiras, o papel das organizações internacionais foi fundamental na coordenação e harmonização das normas de segurança social adotadas nos diferentes países, através da adoção dos respetivos instrumentos internacionais³¹⁵.

Seguem-se assim, a título exemplificativo, alguns artigos de diferentes fontes que consagram o direito à segurança social:

- i) Artigo 9.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais – “Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas à segurança social, incluindo os seguros sociais”;
- ii) Artigo 26.º da Convenção sobre os Direitos da Criança – “1.Os Estados Partes reconhecem à criança o direito de beneficiar da segurança social e tomam todas as medidas necessárias para assegurar a plena realização deste direito, nos termos da sua legislação nacional. 2. As prestações, se a elas houver lugar, devem ser atribuídas tendo em conta os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pela sua manutenção, assim como qualquer outra consideração relativa ao pedido de prestação feito pela criança ou em seu nome.”;
- iii) § IV) da alínea e) do artigo 5.º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial – “De acordo com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2.º da presente Convenção,

³¹⁵ Para enquadramento, veja-se www.seg-social.pt/as-organizacoes-internacionais-e-a-seguranca-social , último acesso a 16 de abril de 2019. Veja-se ainda J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, anotação ao artigo 63.º.

os Estados Partes obrigam-se a proibir e a eliminar a discriminação racial, sob todas as suas formas, e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, nomeadamente no gozo dos seguintes direitos: (...) Direito à saúde, aos cuidados médicos, à segurança social e aos serviços sociais”;

- iv) Artigos 11.º e 14.º da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres – Artigo 11.º – “1 – Os Estados Partes comprometem-se a tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres no domínio do emprego com o fim de assegurar, com base na igualdade dos homens e das mulheres, os mesmos direitos, em particular: (...) e) O direito à segurança social, nomeadamente às prestações de reforma, desemprego, doença, invalidez e velhice ou relativas a qualquer outra perda de capacidade de trabalho, assim como o direito a férias pagas; (...) 2 – Com o fim de evitar a discriminação contra as mulheres por causa do casamento ou da maternidade e de garantir o seu direito efetivo ao trabalho, os Estados Partes comprometem-se a tomar medidas apropriadas para: (...) c) Encorajar o fornecimento dos serviços sociais de apoio necessários para permitir aos pais conciliar as obrigações familiares com as responsabilidades profissionais e a participação na vida pública, em particular favorecendo a criação e o desenvolvimento de uma rede de estabelecimentos de guarda de crianças; (...)”; Artigo 14.º – “2 – Os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres nas zonas rurais, com o fim de assegurar, com base na igualdade dos homens e das mulheres, a sua participação no desenvolvimento rural e nas suas vantagens e, em particular, assegurando-lhes o direito: (...) c) De beneficiar diretamente dos programas de segurança social”.

III. Em Portugal, o direito à segurança social está consagrado no artigo 63.º da Constituição da República Portuguesa:

“1. Todos têm direito à segurança social.

2. Incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, com a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários.

3. O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras

situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho.

4. Todo o tempo de trabalho contribui, nos termos da lei, para o cálculo das pensões de velhice e invalidez, independentemente do sector de atividade em que tiver sido prestado.

5. O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a atividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objetivos de solidariedade social consignados, nomeadamente, neste artigo, na alínea b) do n.º 2 do artigo 67.º, no artigo 69.º, na alínea e) do n.º 1 do artigo 70.º e nos artigos 71.º e 72.º"

IV. Importa ainda referir que a Segurança Social tem um orçamento próprio, aprovado pela Assembleia da República, formalmente integrado no Orçamento do Estado, como pressuposto na alínea (b) do número 1 do artigo 108º da Constituição da República Portuguesa³¹⁶. Rege-se, então, por um conjunto de princípios definidos pela Lei de Bases da Segurança Social, a Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, alterada pela Lei nº 83-A/2013, de 30 de dezembro³¹⁷:

- i) Princípio da universalidade, que garante abranger todos os cidadãos;
- ii) Princípio da igualdade, que exalta a não discriminação entre beneficiários;
- iii) Princípio da solidariedade, que articula a- responsabilidade coletiva das pessoas entre si na realização das finalidades do sistema, envolvendo o concurso do Estado no seu financiamento, nos termos da presente lei;
- iv) Princípio da equidade social, que consiste no tratamento igual de situações iguais e no tratamento diferenciado de situações desiguais;
- v) Princípio da diferenciação positiva que reclama a flexibilização das prestações em função do caso concreto;
- vi) Princípio da subsidiariedade, que assenta no reconhecimento do papel essencial das pessoas, das famílias e de outras instituições não públicas na prossecução dos objetivos da Segurança Social, designadamente no desenvolvimento da ação social;
- vii) Princípio da inserção social, que se caracteriza pela natureza ativa, preventiva e personalizada das ações desenvolvidas no âmbito do

³¹⁶ JORGE REIS NOVAIS, *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais- direito à segurança social in* Jurisprudência Constitucional, n.º 6, 2005.

³¹⁷ ILIDIO DAS NEVES, *Direito da Segurança Social- Princípios fundamentais numa análise prospetiva*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

sistema, com vista a eliminar as causas de marginalização e exclusão social e a promover a dignificação humana;

- viii) Princípio da coesão intergeracional, que impõe um ajustado equilíbrio e equidade geracionais na assunção das responsabilidades do sistema;
- ix) Princípio do primado da responsabilidade pública, que faz impender sobre o Estado o dever de criar as condições necessárias à efetivação do direito à Segurança Social e de organizar, coordenar e subsidiar o sistema de Segurança Social;
- x) Princípio da complementaridade, que apela à articulação das várias formas de proteção social públicas, sociais, cooperativas, mutualistas e privadas com o objetivo de melhorar a cobertura das situações abrangidas e promover a partilha das responsabilidades nos diferentes patamares da proteção social;
- xi) Princípio da unidade, que faz pressupor uma atuação articulada dos diferentes sistemas, subsistemas e regimes de Segurança Social no sentido da sua harmonização e complementaridade;
- xii) Princípio da descentralização que se manifesta na autonomia das instituições, tendo em vista uma maior aproximação às populações, no quadro da organização e planeamento do sistema e das normas e orientações de âmbito nacional, bem como das funções de supervisão e fiscalização das autoridades públicas;
- xiii) Princípio da participação, fazendo envolver a responsabilização dos interessados na definição, no planeamento e gestão do sistema e no acompanhamento e avaliação do seu funcionamento;
- xiv) Princípio da eficácia: consiste na concessão oportuna das prestações legalmente previstas, para uma adequada prevenção e reparação das eventualidades e promoção de condições dignas de vida;
 - i) Princípio da tutela dos direitos adquiridos e dos direitos em formação, que visa assegurar o respeito por esses direitos;
 - ii) Princípio da garantia judiciária, que assegura aos interessados o acesso aos tribunais, em tempo útil, para fazer valer o seu direito às prestações;
 - iii) Princípio da informação, que consiste na divulgação a todas as pessoas, quer dos seus direitos e deveres, quer da sua situação perante o sistema e no seu atendimento personalizado.

Daniela Gomes

Inês Carvalho e Melo dos Santos Moreira

ARTIGO 23.º

1. *Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à protecção contra o desemprego.*
2. *Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.*
3. *Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de protecção social.*
4. *Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para a defesa dos seus interesses.*

COMENTÁRIO

I. O significado de trabalho assumiu uma diferente compreensão nos primórdios históricos (em que associado à escravatura³¹⁸) e na sua etimologia (o latim *labore* tanto é sinónimo daquele que é o sentido hodierno da palavra "trabalho" como o é da palavra "sofrimento"). Quanto ao Direito do Trabalho, este é um direito de formação recente – "é um produto tardio da Revolução Industrial, tendo nascido em estreita ligação com o advento, e posterior desenvolvimento, de um novo sistema económico: o capitalismo"³¹⁹.

³¹⁸ Sobre a história da escravatura em Portugal, veja-se: <http://ensina.rtp.pt/artigo/escravos-escravatura-portugal/> último acesso a 16 de abril de 2019.

³¹⁹ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho, Noções Básicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, p. 14.

Atualmente, o trabalho é consensualmente reconhecido, nomeadamente pelos mais prestigiados académicos das áreas das ciências económicas e sociais, como um dos meios essenciais para se alcançar não só a realização pessoal do indivíduo, como o progresso de toda a sociedade.

Não será por acaso que um dos principais indicadores de avaliação estatística de um país se prende com as dimensões do emprego e do mercado de trabalho, com destaque para a taxa de desemprego. Não será também por acaso que a Organização das Nações Unidas (ONU) possui uma agência tripartida³²⁰ (congregando governos, empregadores e trabalhadores) especializada em desenvolver normas do trabalho, em formular políticas e em elaborar programas que promovam o trabalho digno para todos.

Por toda a relevância que apresentou no passado, que detém no presente e que inevitavelmente continuará a ter no futuro, enquanto “motor” de desenvolvimento das sociedades, cumpre analisar o trabalho enquanto direito individual previsto no artigo 23.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante DUDH), artigo que deve as suas origens à experiência sentida nas crises económicas que tiveram lugar no período compreendido entre a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais.

II. O artigo 23.º da DUDH contém quatro princípios: princípio do direito ao trabalho (n.º 1), princípio do salário igual (n.º 2), princípio da remuneração justa (n.º 3) e princípio da liberdade de associação (n.º 4), que se analisarão de seguida.

III. O primeiro princípio estabelece que cada indivíduo (não havendo aqui distinção entre cidadãos e não cidadãos, bastando a residência no país) tem direito a trabalhar e a escolher livremente o seu emprego. A escravatura, o trabalho forçado e o trabalho infantil são, evidentemente, ilegais. Quanto à função do Estado nesta liberdade de acesso ao mercado de trabalho, não podem existir restrições despropositadas (estas restrições não se confundindo, porém, com as eventuais limitações impostas no momento do exercício³²¹, uma vez cumpridos os requisitos legais e constitucionais vigentes na ordem jurídica interna).

Dispõe ainda o n.º 1 do artigo 23.º que o trabalho deve ter “condições dignas e satisfatórias”. A este propósito importa referir o artigo 25.º da DUDH, na parte em que prevê que “toda a pessoa tem direito à segurança no emprego”

³²⁰ Consulte-se: <https://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm>, último acesso em 16 de abril de 2019.

³²¹ JOÃO PACHECO DE AMORIM, A Liberdade de Profissão in *Estudos em comemoração dos cinco anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 740 e ss.

e o artigo 24.º da DUDH, segundo o qual “toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres e, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e a férias periódicas pagas”.

Assegura também este princípio que, em caso de desemprego, o sujeito deve ser protegido. Apesar de não existir, por parte dos Estados, uma obrigação de garantia de pleno emprego, impõe-se um apoio estatal, destacando-se, a este nível, o papel desempenhado pelas instituições de segurança social³²².

IV. O n.º 2 do artigo 23.º prevê o princípio do salário igual que surgiu na Constituição, por via das Recomendações³²³ da Organização Internacional do Trabalho (doravante OIT) de 1919. Contudo, a interpretação da norma deve ser flexível, (por oposição a uma aceção rígida) admitindo-se as diferenças salariais razoáveis e justificadas. O princípio impõe “a igualdade de retribuição para trabalho igual em natureza, quantidade e igualdade, e a proibição de diferenciação arbitrária ou com base em categorias tidas como fatores de discriminação (sexo, raça, idade e outras) destituídas de fundamento material atendível, proibição que não contempla diferente remuneração de trabalhadores da mesma categoria profissional, na mesma empresa, quando a natureza, a qualidade e quantidade do trabalho não sejam equivalentes”³²⁴.

V. O princípio da remuneração justa estabelece que a remuneração de um trabalhador deve permitir-lhe a si e à sua família “uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social”. Trata-se de uma problemática na qual, *mutatis mutandis*, é difícil manter o equilíbrio de interesses contrapostos no domínio salarial: os interesses do empregador em pagar o menos que puder e os interesses do trabalhador em receber o máximo possível. Portugal é mesmo um dos países com salários mais baixos dentro da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE)³²⁵.

³²² Sobre os apoios existentes em Portugal, por parte da Segurança Social, para situações de desemprego, consulte-se: <http://www.seg-social.pt/desemprego>, último acesso em 16 de abril de 2019.

³²³ A título de exemplo, leia-se esta recomendação da Organização Internacional do Trabalho, disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312428, último acesso em 16 de abril de 2019.

³²⁴ Acórdão do STJ de 14.12.2016, pesquisável em <http://www.dgsi.pt/>.

³²⁵ Consultem-se as estatísticas disponíveis em <https://data.oecd.org/earnwage/average-wages.htm> último acesso em 16 de abril de 2019..

Nesta temática, interessam particularmente as questões relacionadas com a remuneração mínima, incluindo o salário mínimo e o rendimento básico universal. É que, se o primeiro é assegurado pelo Estado, o segundo ainda não é uma realidade, discutindo-se a sua aplicabilidade no futuro e tendo já sido realizados “ensaios”, por exemplo, na Finlândia³²⁶.

VI. Por fim quanto ao princípio da liberdade de associação, é de realçar o papel das organizações sindicais enquanto representantes dos interesses dos trabalhadores junto das empresas e das autoridades públicas com responsabilidades na área do trabalho, atuando os sindicatos sobretudo na componente da negociação coletiva. “É indiscutível que o princípio da independência das associações sindicais relativamente ao Estado constitui um valor constitucionalmente consagrado, o qual radica na proteção da própria liberdade sindical. Ora, tal princípio da independência e autonomia repele qualquer ingerência do Estado na organização e direção das associações sindicais”³²⁷.

VII. O Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) da ONU prevê o direito ao trabalho no seu artigo 6.º, o direito de adequar o salário e outras condições de trabalho e o princípio do salário igual no artigo 7.º e o direito de associação no artigo 8.º. Em comparação com a DUDH, o direito ao trabalho é definido de forma mais explícita no PIDESC.³²⁸

Ainda mais precisas são as Convenções da OIT. No domínio do princípio do direito ao trabalho, destacam-se as seguintes: n.º 29 (trabalho forçado ou obrigatório), n.º 48 (quarenta horas semanais), n.º 122 (política de emprego), n.º 142 (orientação e formação profissional), n.º 168 (promoção do emprego e proteção contra o desemprego) e n.º 182 (interdição do trabalho infantil). Relativamente aos princípios do salário igual e da remuneração justa, salientam-se as convenções: n.º 95 (proteção do salário), n.º 100 (igualdade de remuneração de homens e mulheres por trabalho de igual valor), n.º 111 (discriminação em matéria de emprego e profissão), n.º 131 (fixação dos salários mínimos), n.º 156 (igualdade de oportunidades e de tratamento para os trabalhadores). Por fim

³²⁶ A este propósito: <https://www.bbc.com/news/world-europe-47169549>, último acesso a 16 de abril de 2019.

³²⁷ Leia-se o Parecer n.º 1/2018 da Procuradoria Geral da República publicado em Diário da República n.º 62/2019, Série II de 2019-03-28, pesquisável em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/121698868/details/normal?l=1>, último acesso a 16 de abril de 2019.

³²⁸ GUNDMUNDR ALFREDSSON / ASBJORN EIDE, *The Universal Declaration of Human Rights, A Common Standard of Achievement*, Hague, Martinus Nijhoff, 1999, pp. 495 e ss.

quanto à liberdade de associação, considere-se: n.º 87 (liberdade sindical e proteção do direito sindical), n.º 98 (aplicação dos princípios do direito de sindicalização e de negociação coletiva), n.º 144 (consultas tripartidas destinadas a promover a execução das normas internacionais do trabalho) e n.º 154 (negociação coletiva).

A nível europeu, a DUDH tem refrações em dois documentos separados: a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Carta Social Europeia.

VIII. No ordenamento jurídico português, destacam-se a Constituição da República Portuguesa (CRP), e a legislação ordinária do trabalho, o Código do Trabalho. Este último cobre todos os domínios relacionados com o contrato de trabalho – sobre este remete-se para a completíssima obra de João Leal Amado³²⁹.

Na CRP relevam sobretudo os seguintes artigos: 13.º (princípio da igualdade), 47.º (liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública), 53.º (segurança no emprego), 54.º (comissão de trabalhadores), 55.º (liberdade sindical), 56.º (direitos das associações sindicais e contratação coletiva), 57.º (direito à greve e proibição do lock-out) 58.º (direito ao trabalho), 59.º (direitos dos trabalhadores) e 63.º (segurança social e solidariedade).

IX. Atualmente, o trabalho enfrenta múltiplos desafios, como é exemplo paradigmático a precariedade laboral decorrente da maior flexibilização da legislação laboral, a chamada “flexigurança”³³⁰. Recorde-se, a este propósito, que nos anos 80 e 90, as exigências de medidas de liberalização económica por parte do Fundo Monetário Internacional³³¹ e do Banco Mundial reduziram a capacidade de os governos nacionais criarem as condições necessárias para a manutenção e proteção de direitos relacionados com o trabalho.

Mas aquele que é tido por muitos especialistas como o maior desafio é a aplicação de tecnologia (campos da automação e robótica) em contexto laboral, cujo impacto ao nível da extinção de postos de trabalho é ainda prematuro calcular. O que parece certo é que o jurista deverá permanecer atento, apesar da natureza do seu trabalho sofrer alterações significativas³³².

Sérgio Gabriel Rocha Moreira

³²⁹ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho...*, ob.cit., Coimbra, 2016.

³³⁰ *Idem*, ob.cit., 2016, pp. 22 e ss.

³³¹ Consulte-se <https://www.imf.org/external/np/exr/chron/chron.asp>, último acesso em 16 de abril de 2019.

³³² Sobre esta temática, veja-se <https://soundcloud.com/perguntaraoofende/antonio-brandao-moniz> último acesso em 16 de abril de 2019.

Estudante do 3.º ano da licenciatura em Direito

ARTIGO 24.º

Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres e, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e a férias periódicas pagas.

COMENTÁRIO

I. O artigo 24.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos³³³ remete para duas faces da mesma moeda: o repouso e os lazeres, de um lado; e o trabalho e o pagamento de férias, do outro. É porque existe um tempo de trabalho que é possível antever a existência de um tempo de lazer e de repouso; do mesmo modo, é porque existe um direito ao repouso e aos lazeres que se prevê a necessidade de limitar a duração do trabalho e a necessidade de remuneração desse intervalo no trabalho para o gozo de um período de férias. Uns não vivem sem os outros.

Mas nem todos os autores assim o entendem. Manuel Cuenca Cabeza³³⁴ argumenta que a reivindicação ao repouso, aos lazeres e ao ócio “é independente da do trabalho, logo, não pode considerar-se um prémio. É um direito pessoal e social ao qual devem ter a possibilidade de aceder todos os cidadãos.”³³⁵

II. Remetendo agora à origem da palavra, o termo lazer provém do latim *licēre*, que significa “ser permitido”³³⁶, pelo que poderá implicar, simplesmente, um “nada fazer”. Este “nada fazer” é entendido e concretizado através da

³³³ Disponível em <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>, último acesso em 16 de abril de 2019.

³³⁴ MANUEL CUENCA CABEZA, *Pedagogía del Ocio: Modelos y Propuestas*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004.

³³⁵ *Idem*, ob.cit., p. 33, Tradução da autora.

³³⁶ *Grande Dicionário Enciclopédico*, VIII, Alfragide, Ediclube, s/d, p. 3364.

remissão para objetivos como ter tempo para um espaço de liberdade pessoal e de construção do eu, de desenvolvimento da personalidade. Assim, é um tempo em que o animus [que, na definição de Carl Jung³³⁷, é o estado inconsciente do indivíduo, entendido aqui como psicológico] ocupa um lugar primordial. Pretende-se, com efeito, que seja esse o elemento valorizado, alimentando-se de forma livre, e não lhe sendo impostos limites temporais externos.

A origem etimológica da palavra ócio está na raiz grega *scholé*, com o significado de ter repouso e paz. Mas ócio não implica, necessariamente, estar desocupado; significa outrossim ocupar o tempo com uma formação utilitária, se assim se pretender. O ócio grego implica, por isso, a libertação do trabalho, a disposição do tempo conforme se aprover, de forma livre e descomprometida de quaisquer outras obrigações. Assim, o ócio grego, para além de definidor do homem livre, é definidor do homem que não tem sequer a necessidade de trabalho³³⁸.

Já em latim, a palavra *otium* opõe-se a *negotium* (trabalho). Ócio seria um tempo de descanso e de recreação do espírito, aquele de que se necessitaria após o trabalho de forma a recuperar e voltar outra vez a ele. Para os romanos, o ócio não é um fim em si mesmo, uma vez que tem implícito o *negotium* – é, pois, um meio para se conseguir o máximo proveito do trabalho³³⁹. Trabalho este entendido como uma atividade social de caráter produtivo, que visa contribuir para a formação da riqueza ou para o bem-estar coletivo. Esta, aliás, parece ser a perspetiva sobre o repouso e o lazer disposta no artigo 24.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

De qualquer modo, o ócio ou o repouso “é uma experiência irrenunciável a que têm direito todos os seres humanos, independentemente da sua raça, status, género, religião ou habilidades. O direito ao ócio supõe uma defesa do ócio em si mesmo, é dizer, do ócio considerado como fim, como experiência vital diferenciada, não como meio para conseguir outras metas.”³⁴⁰.

III. Historicamente, poder-se-á dizer que o pós-Segunda Guerra Mundial, a par de um momento de crise, foi também um momento decisivo na “história da invenção do lazer de massas”³⁴¹. Posteriormente, aquando da adoção, pelas Nações Unidas, a 10 de dezembro de 1948, da Declaração Universal

³³⁷ CARL GUSTAV JUNG, *Psicologia do inconsciente*, Petrópolis, Vozes, 1980.

³³⁸ JOSEP MA PUIG / JAUME TRILLA, *A pedagogia do ócio*, Porto Alegre, Artmed, 2004, p. 22.

³³⁹ *Idem*, ob.cit., pp. 23 e 24.

³⁴⁰ MANUEL CUENCA CABEZA, *Pedagogía...*, ob.cit., p. 33. Tradução da autora.

³⁴¹ JEAN-CLAUDE RICHEL / LÉON STRAUSS, *Um tempo novo para os operários: as férias pagas (1930-1960)*, in ALAIN CORBIN, *História dos Tempos Livres*, Lisboa, Teorema, 2001, pp. 455-503.

dos Direitos Humanos, o artigo 24.º generalizaria o princípio das férias pagas periódicas a todas as pessoas. Esta universalização dos tempos de descanso tem como principal objetivo “conservar a capacidade de trabalho e a saúde dos trabalhadores, para os libertar momentaneamente das tarefas e assim os tornar produtivos para o trabalho”³⁴².

No artigo 24.º pode, por isso, vislumbrar-se a presença de duas vertentes: uma vertente positiva, ou seja, o direito que o indivíduo tem ao repouso e ao lazer, que incluirá o direito de participar na vida cultural e artística, por exemplo. Trata-se de uma dimensão positiva, na medida em que implicará uma ação do sujeito, sendo essa ação a dedicação ao repouso, a interrupção do trabalho, e das atividades remuneradas. O artigo 24.º tem presente ainda uma vertente negativa, entendida como a imposição da obrigação das férias pagas e a limitação razoável da duração do trabalho, ou seja, são imposições à entidade patronal, mas que se dirigem também ao sujeito destinatário desse direito, às quais não se poderá, em princípio, obstar.

Desta forma, entende-se que, na sua dimensão mais abrangente, trata-se de um direito livre, que implica também a liberdade na escolha do modo de exercer o direito ao lazer e ao repouso, à forma como se ocupa esse tempo. Mas inclui-se, igualmente, na classe dos deveres, uma vez que há a obrigatoriedade de limitar a duração do trabalho, de remunerar o período de descanso a que o trabalhador tem direito.

Sendo um direito livre, de modo a entender-se a dimensão de liberdade, pode afirmar-se, como faz Mounier *apud* Luísa Neto³⁴³, que “1) A liberdade não é uma coisa. Sendo afirmação da pessoa ela não se vê, vive-se; 2) A liberdade não é uma manifestação espontânea e só é passível de ser alcançada interiormente, como subjetividade absoluta; e 3) A liberdade deve ser vista na condição total da pessoa, fonte viva do ser.”. Entende-se que o direito ao repouso e aos lazeres “nunca poderá ser algo imposto, mas que, ao contrário, necessita do exercício da liberdade; o que é como dizer que se transforma em fonte de autorrealização”³⁴⁴.

IV. A Declaração Universal dos Direitos Humanos surge, então, em 1948, como resposta aos efeitos e consequências nefastos da II Guerra Mundial. Com ela, surge uma nova ordem normativa e imposições aos Estados no sentido

³⁴² *Idem*, ob. e loc. cit.

³⁴³ LUÍSA NETO, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, tese de Doutoramento, Porto, 2001, p. 170.

³⁴⁴ MANUEL CUENCA CABEZA, *Pedagogía*, ob.cit., p. 33.

de facilitar o acesso e proteger as várias dimensões da sociedade, quer em termos de saúde, vida social, economia, habitação, quer, sobretudo, ao nível mais profundo da psique do indivíduo (o animus referido anteriormente). Tal contribuiu, igualmente, para a influência da Declaração exercida ao nível laboral, cultural, religioso, entre muitos outros.

Contudo, ainda que textos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos definam os direitos humanos; são as Constituições dos Estados as responsáveis por fazer proliferar os direitos fundamentais; e é no período entre a Revolução Francesa e o pós-II Guerra Mundial (1789 e 1948) "que se desenvolve e consolida o processo de aquisição desses direitos. Mas a esta luz, os direitos do cidadão transmutam-se em direitos-função, quase mesmo direitos-deveres ou, de acordo com outra terminologia, poderes-deveres."³⁴⁵

V. Da análise de alguns dos textos internacionais [e fazendo agora uma reflexão sobre o que foi a defesa do direito ao repouso, ao lazer, ao ócio e aos tempos livres (e, implicitamente, o direito ao trabalho) do geral para o particular], o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais¹⁵ (1966), na sua Parte III, no n.º1 do artigo 6.º reconhece o direito ao trabalho e, logo no artigo seguinte, na alínea d) vem disposto o direito de toda a pessoa gozar de condições de trabalho que assegurem "d) O descanso, usufruir do tempo livre, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas pagas, assim como a remuneração dos dias feriados." (artigo 7.º). No fundo, é a concretização do artigo 24.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O artigo 12.º do mesmo Pacto refere a importância de salvaguardar as melhores condições possíveis de saúde física e mental a todas as pessoas, o que, dada a sua localização sistemática no Pacto, parece estar relacionado, entre outras coisas, com o tempo descanso necessário do trabalho, ocupado com lazer e repouso. O que poderá passar pelo reconhecimento do direito de todas as pessoas participarem na vida cultural (alínea a) do n.º1 do artigo 15.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais³⁴⁶).

Na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, várias são as disposições que, indiretamente, se referem à necessidade de prever um tempo de lazer e repouso na vida das pessoas, nomeadamente, o seu artigo 1.º, quando menciona a liberdade e igualdade de todos os cidadãos em dignidade e em direitos. Dignidade aqui entendida também como possibilidade de fruir

³⁴⁵ LUÍSA NETO, *O direito fundamental*, ob.cit., p. 190.

³⁴⁶ Pesquisável em <http://www.ministeriopublico.pt/instrumento/pacto-internacional-sobre-os-direitos-economicos-sociais-e-culturais>, último acesso em 16 de abril de 2019.

de um tempo de que se dispõe para gozar livremente, sem imposições laborais ou outras. Dignidade humana que vem ainda prevista no artigo 23.º, número 3, relativamente à remuneração equitativa e satisfatória, entendendo-se como satisfatória a inclusão da remuneração também em período de férias.

VI. O artigo 27.º da Declaração concretiza uma parte importante do lazer e do ócio, dispondo que “Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam.”.

Finalizando os textos internacionais, a Carta Social Europeia³⁴⁷, de 1989, na sua Parte II, no artigo 2.º, desde logo dispõe sobre o direito a condições de trabalho justas, comprometendo-se as Partes:

- “1) A fixar uma duração razoável ao trabalho diário e semanal, devendo a semana de trabalho ser progressivamente reduzida, tanto quanto o aumento da produtividade e os outros factores em jogo o permitam;
- 2) A prever dias feriados pagos;
- 3) A assegurar um período anual de férias pagas de quatro semanas, pelo menos;
- 4) A eliminar os riscos inerentes às ocupações perigosas ou insalubres e, quando esses riscos ainda não tenham podido ser eliminados ou suficientemente reduzidos, a assegurar aos trabalhadores empregados nessas ocupações quer uma redução da duração do trabalho quer férias pagas suplementares;
- 5) A assegurar um descanso semanal que coincida, tanto quanto possível, com o dia da semana reconhecido como dia de descanso pela tradição ou pelos usos do país ou da região;
- 6) A providenciar que os trabalhadores sejam informados por escrito, logo que possível, e, de qualquer modo, o mais tardar nos dois meses subsequentes ao início do seu emprego, dos aspectos essenciais do contrato ou da relação de trabalho;
- 7) A diligenciar que os trabalhadores que efectuem um trabalho nocturno beneficiem de medidas que tenham em conta a natureza especial desse trabalho.”

Como facilmente se compreende, é uma norma que prevê em todas as suas disposições o tempo de repouso, o lazer, o direito ao ócio e um tempo de descanso a que o trabalhador terá direito. E só assim se entende que o

³⁴⁷ Pesquisável em: <http://www.ministeriopublico.pt/instrumento/carta-social-europeia-revista-20>, último acesso em 16 de abril de 2019.

trabalho possa continuar a ser realizado. Como também só assim se entende que a pessoa veja a sua dignidade e as suas saúdes física e mental asseguradas.

VII. O direito previsto no artigo 24.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos está, por isso, profundamente relacionado com a autodeterminação, o respeito por si próprio, a autorrealização e a dignidade humana.

Também a Constituição da República Portuguesa, e fazendo agora ponte para textos normativos nacionais, no seu artigo 59.º contempla o direito ao repouso e aos lazeres, entre outras formas de organização do período laboral, de modo que ao trabalhador seja permitido gozar de tempos livres e de ócio. Assim, a alínea d), do número 1 daquele artigo apresenta a seguinte redação: "1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito: [...]

d) Ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas;"

O n.º 2 do mesmo artigo 59.º tem ainda duas alíneas que incluem a função do Estado enquanto entidade que deverá proporcionar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores tiverem direito, nas quais se incluem, a fixação dos limites da duração do trabalho (alínea b)) e o desenvolvimento de centros de repouso e de férias, em cooperação com organizações sociais (alínea d)).

VIII. Por último, o Código do Trabalho, instrumento protetor, por excelência, dos direitos do trabalhador em Portugal, integra vários artigos que têm em consideração a importância do repouso, quer diário, quer semanal e, ainda, em períodos mais alongados, incluindo a regulação da retribuição desses períodos. No fundo, trata-se de transpor, de forma extensiva, o artigo 24.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos para a ordem jurídica nacional.

Assim, nos artigos 203.º a 211.º do Código do Trabalho vêm-se dispostos os limites da duração do trabalho, com o horário de trabalho, os períodos de descanso, intervalos e interrupções a serem definidos nos artigos 212.º a 217.º. Os feriados e as férias vêm regulados nos artigos 234.º a 236.º e 237.º a 247.º, respetivamente.

O período de férias é de tal modo importante para o trabalhador que, no artigo 237.º do Código do Trabalho vem prevista a retribuição das férias (n.º 1); aliás, o seu gozo não está condicionado à assiduidade ou efetividade de serviço (n.º 2). É, pois, um direito irrenunciável, não podendo o seu gozo ser substituído

por qualquer compensação (n.º 3) e tem como principal objetivo “proporcionar ao trabalhador a recuperação física e psíquica, condições de disponibilidade pessoal, integração na vida familiar e participação social e cultural.” (n.º 4).

IX. O direito ao repouso e ao lazer, ao ócio, ao tempo livre, de inteira disponibilidade do indivíduo é, então, uma conquista que foi sendo feita ao longo dos anos e que, na atualidade, tem ganho contornos bem diferenciados, sobretudo, com o acesso e a utilização dos meios de informação e comunicação digitais. É um direito que está em constante mutação, fruto da adaptação que é necessária fazer para que o indivíduo tenha a real possibilidade de usufruir de parte do seu tempo de forma livre. A flexibilização do trabalho, parcialmente provocado pela revolução tecnológica, trouxe como vantagem a possibilidade do indivíduo poder estar conectado e trabalhar de qualquer ponto do Mundo, mas trouxe também a dificuldade de se desconectar em períodos de férias ou de descanso. Aliás, de acordo com o Relator Domingos Morais, “o momento limite entre o ‘tempo de trabalho’ e o ‘tempo de descanso’ é aquele em que o trabalhador adquire o domínio absoluto e livre da gestão da sua vida privada.”³⁴⁸, que, por vezes, não existe.

Denota-se, na verdade, uma evolução histórica. Entre a Baixa Idade Média e até à Revolução Francesa, o ócio caracterizava-se por ser um tempo não produtivo, mas valioso como prova de riqueza e poder, definindo-se inteiramente por oposição ao trabalho³⁴⁹.

A partir da Revolução Francesa, impõem-se jornadas de trabalho maiores; Igreja e Estado controlam os dias festivos e os feriados; em suma, a organização do trabalho (e, conseqüentemente, do lazer e do repouso) altera-se.

X. Hoje, esta organização do trabalho parece flexibilizar-se e interpenetrar-se no que são os períodos de lazer. De acordo com Cabeza, o ócio devia ser: a cessação do trabalho, ou seja, descanso; diversão; criação de toda e qualquer obra que o homem realiza com o tempo livre³⁵⁰, atividades contempladas no artigo 24.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, nas suas dimensões de direito ao repouso e aos lazeres, a uma limitação razoável da duração do

³⁴⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 2066/15.0T8PNF.P1, pesquisável em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6cd2c4a6745adb2a8025822e00407c51?OpenDocument>, último acesso em 16 de abril de 2019.

³⁴⁹ JOSEP MA PUIG / JAUME TRILLA, *A pedagogia*, ob.cit., p. 25.

³⁵⁰ MANUEL CUENCA CABEZA, *Pedagogía*, ob.cit., p. 26.

trabalho e a férias periódicas pagas. Definição confirmada pelo Relator Ribeiro Cardoso, quando refere que "A obrigatoriedade de permanência nas instalações da empregadora nos períodos em que o trabalhador não está a desempenhar a atividade, mas à disposição daquela, é o fator determinante para se considerarem aqueles períodos como tempo de trabalho"³⁵¹, bem como a decisão do Tribunal da Relação de Évora, relativamente à "não definição pela empregadora de um horário de trabalho com os limites, pausas e descanso legais"³⁵².

Ana Melro

Estudante do 3.º ano da licenciatura em Direito

³⁵¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 2066/15.0T8PNF.P1.S1, pesquisável em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4f61b25673a10f428025837e0039cd13?OpenDocument>, último acesso em 16 de abril de 2019.

³⁵² Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo n.º 1596/16.0T8PTM.E1.E1, pesquisável em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/6f309197570ff63b802581d20032e6c5?OpenDocument>, último acesso em 16 de abril de 2019.

ARTIGO 25.º

1. *Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.*
2. *A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam da mesma protecção social.*

COMENTÁRIO

I. Face às condições políticas e económicas existentes à época, a Assembleia Geral das Nações Unidas assumiu como um dos principais objetivos a realização de um documento que fosse aceite por todas as partes.

Como referido por Cassese³⁵³, era necessário encontrar um denominador comum para se alcançar uma única e coletiva posição de dignidade humana e direitos humanos. Deste entendimento partimos para a nossa análise, podendo operar uma distinção do catálogo de direitos existentes, distinguindo os direitos pessoais, os direitos sociais, os direitos políticos e os direitos económicos e sociais³⁵⁴.

O artigo 25.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos ("DUDH"), o qual nos cabe analisar e comentar, é um direito económico e social, tendo por subjacente a definição das condições mínimas necessárias indispensáveis para um nível de vida suficiente e de acordo com a dignidade humana, desde as mais

³⁵³ ANTONIO CASSESE, *International Law*, LIII, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 380-381.

³⁵⁴ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito internacional Público*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 614-615.

básicas necessidades do dia-a-dia (habitação, saúde, vestuário...) até aos casos de maior vulnerabilidade (viuvez, doença, desemprego...), destacando-se neste ponto a maternidade e a infância, que merecem um número à parte.

Ao observar os trabalhos preparatórios, podemos concluir que foi sempre esta a base para a elaboração do artigo.³⁵⁵

II. Quanto ao n.º1, podemos dividi-lo em duas partes.

Segundo a primeira parte do postulado, cada ser humano deve ter direito a usufruir das condições mínimas que lhe garantam o indispensável em termos de saúde e bem-estar, para si e para a sua família, nomeadamente em termos de alimentação, vestuário, alojamento, assistência médica e serviços sociais necessários.

³⁵⁵ III. U.S. Proposals- *Everyone has a right to a decent standard of living; to a fair and equal opportunity to earn a livelihood; to wages and hours and conditions of work calculated to insure a just share of the benefits of progress to all; and to protection against loss of income on account of disability, unemployment, or old age.*(WILLIAM A. SCHABAS, *The Universal Declaration Of Human Rights: The Travaux Préparatoires*, Vol. I, October 1946 to November 1947, p. 284, pesquisável em <https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/UDHR2013FullText.pdf> , último acesso em 16 de abril de 2019.

Cuba: Amendments to Articles 10–22 of the Draft Declaration – Article 22

“Every person has a right to the preservation of his health through sanitary and social measures relating to food, clothing, housing and medical care, to the extent permitted by public and community resources.”

*“Every person has the right to social security which will protect him from the consequences of unemployment, illness, old age, and any disabilities arising from causes beyond his control that make it impossible for him to earn a living.”/ “All women, during pregnancy and the nursing period, and all children have the right to special protection, care and aid.”(WILLIAM A. SCHABAS, *The Universal Declaration Of Human Rights: The Travaux Préparatoires*, Vol. I, October 1946 to November 1947, p. 284, pesquisável em <https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/UDHR2013FullText.pdf>), último acesso em 16 de abril de 2019.*

Texts of Articles 22 to 26 of the draft Declaration as adopted by the Committee -Article 22- 1. Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and wellbeing of his family and himself, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.

2. Motherhood and childhood have the right to special care and assistance.

3. Children born out of wedlock shall enjoy the same social protection as those born in marriage. (WILLIAM A. SCHABAS, *The Universal Declaration Of Human Rights: The Travaux Préparatoires*, Vol. I, October 1946 to November 1947, p. 284, pesquisável em <https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/UDHR2013FullText.pdf>), último acesso em 16 de abril de 2019

De referir que o artigo 25º da atual Declaração Universal dos Direitos do Homem, face às sucessivas alterações nos trabalhos preparatórios, nem sempre teve esta numeração, como verificado nos exemplos apresentados.

A segunda parte refere-se a situações que poderão levar a uma perda de meios de subsistência, como a doença, a invalidez, a viuvez ou velhice, e que necessitam de uma especial proteção.

Denominador comum às duas situações é a imposição de um mínimo de condições que é devido a cada indivíduo, e que, segundo Jorge Miranda e José de Melo Alexandrino³⁵⁶, é uma decorrência lógica do Princípio da Dignidade Humana e do Estado de Direito Democrático, enunciados na nossa Constituição nos artigos 1.º e 2.º, respetivamente.

Mas, cumpre questionar como alcançar este mínimo indispensável para assegurar um nível de vida suficiente enunciado pelo artigo 25.º da DUDH.

III. Cabe aos Estados a efetivação do plasmado e são diversos os tipos de prestações conferidas, assim como diversas são as situações meritórias de proteção. Ultimamente, tem-se aludido a uma nova modalidade prestacional, atribuída a cada cidadão independentemente da sua situação financeira, familiar ou profissional, e suficiente para permitir uma vida com dignidade.³⁵⁷

Trata-se do Rendimento Básico Incondicional (RBI).

A própria noção de RBI parece pressupor o núcleo essencial do artigo, na medida em que garante uma vida com dignidade, segurança material e participação plena na sociedade.

Na doutrina portuguesa, destaca-se o papel primordial de Roberto Merrill na defesa deste instrumento social. Segundo o autor, a principal vantagem do RBI prende-se com a redução da pobreza, ajudando os indivíduos excluídos no mercado de trabalho. O facto de este tipo de rendimento possibilitar o autoemprego (isto é, o incentivo à criação de emprego próprio), permite o surgimento de mais mão-de-obra, o que se irá repercutir, de forma positiva, nos rendimentos e capacidades das famílias, contribuindo para a ideia de um mínimo essencial para uma vida suficiente.³⁵⁸

Mas esta hipótese não é consensual. Contra o conceito do RBI, Raquel Varela, afirma que com este tipo de rendimento se parece querer encobrir o verdadeiro problema do país, que passa pela incorreta distribuição do trabalho.

³⁵⁶ JORGE MIRANDA / JOSÉ ALEXANDRINO, *As Grandes Decisões dos Tribunais Constitucionais Europeus*, p. 4, pesquisável em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Miranda-Jorge-Alexandrino-Jose-de-Melo-Grandes-decisoes-dos-Tribunais-Constitucionais-Europeus.pdf>, último acesso em 16 de abril de 2019.

³⁵⁷ Vide <http://rendimentobasico.pt/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

³⁵⁸ Vide <https://www.dinheirovivo.pt/economia/rendimento-basico-incondicional-e-pleno-emprego-objetivos-complementares/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

Além disso, a ideia de reciprocidade na sociedade pode ser posta em causa, não sendo legítimo que esses beneficiários recebam um tratamento melhor, incondicionado e justificado pelo simples facto de terem nascido.³⁵⁹

IV. Na prática, é importante observarmos o exemplo da Finlândia.

A República da Finlândia foi o primeiro Estado europeu a experimentar a atribuição de um rendimento mínimo social a um grupo de cidadãos desempregados, procurando, com essa prestação, garantir-lhes a manutenção da sua alimentação, vestuário, habitação e cuidados médicos³⁶⁰. No projeto piloto, cerca de dois mil cidadãos finlandeses em situação de desemprego foram escolhidos, aleatoriamente, para auferirem 560 euros mensais durante dois anos; enquanto um outro grupo de dois mil desempregados foi utilizado como grupo de controlo, não tendo, portanto, auferido o benefício. Através do estudo, intentou concretizar-se esta dimensão do preceito em análise, verificando os seus efeitos práticos, económicos, psicológicos e sociais.

A particularidade da experiência nórdica reside no facto de os rendimentos não serem suprimidos, mesmo no caso de os beneficiários encontrarem emprego, e saindo, portanto, daquela situação de vulnerabilidade que se pretendia sanar. A motivação subjacente a tal opção partia da ideia de que a manutenção do rendimento encorajaria os cidadãos a complementar esse rendimento com os vencimentos resultantes dos demais empregos, ao passo que, sabendo que iriam perder o apoio estatal, poderiam ser levados a assumir propositadamente uma posição de inércia. Mesmo em situação de desemprego, os cidadãos mantiveram os seus padrões básicos de vida, como o acesso à alimentação, habitação, cuidados médicos, entre outros.

Os resultados foram, no entanto, controversos. Dois anos após a concessão inicial de benefícios, a experiência do governo finlandês findou. Por um lado, argumentou-se que não houve aquele impulso esperado na procura da saída da situação de vulnerabilidade, visto que a quantidade de indivíduos que encontraram emprego não diferiu em grande escala dos números do grupo de controlo. Por outro lado, alegou-se que a saúde mental da população beneficiária melhorou, tendo elevado o índice de felicidade dos participantes³⁶¹.

³⁵⁹ Vide <https://www.dinheirovivo.pt/economia/raquel-varela-sou-contrario-o-rendimento-basico-incondicional/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

³⁶⁰ Vide <https://www.reuters.com/article/us-finland-basic-income/finlands-basic-income-trial-boosts-happiness-but-not-employment-idUSKCN1PX0NM>, último acesso em 16 de abril de 2019.

³⁶¹ Vide <https://www.nytimes.com/2019/02/09/world/europe/finland-basic-income.html>, último acesso em 16 de abril de 2019.

V. Apesar da controvérsia, a relevância e necessidade da concessão de rendimentos mínimos às populações vulneráveis resta indubitável. O artigo 25.º não estipula diretamente a implantação de auxílios de rendimento mínimo aos vulneráveis por parte dos Estados. A estes, é facultada uma margem de apreciação para a concretização do preceito, pelo que aqueles sujeitos de Direito Internacional ficam vinculados apenas à garantia dos níveis básicos de subsistência dos cidadãos no seu território, no sentido da materialização do princípio de *ius cogens* da dignidade da pessoa humana. Pela sua natureza de norma de aplicação imperativa e inderrogável, os Estados encontram-se sujeitos a este princípio, em toda a sua dimensão, pelo que uma interpretação teleológica revela o sucesso do caso finlandês no sentido da proteção da dignidade da pessoa humana.

VI. Já quanto ao n.º2 encontramos feita especial referência à maternidade e infância, fases da vida particularmente vulneráveis, carecendo de proteção e assistência especial.

Os seres humanos são seres prematuros: nascem inacabados. Por esta razão, necessitam de um período essencial de aprendizagem, que se consubstancia na infância, e que irá ter um papel essencial no futuro do ser.

Face a esta verdade científica, cabe ao Estado a garantia e estabelecimento do meio e condições essenciais.

Na decorrência do que por nós foi enunciado, destaca-se o exemplo do governo português no esforço de retirada de mulheres e crianças portuguesas do *Daesh*³⁶².

Acontece porém, que as mulheres e crianças dos soldados deste grupo terrorista foram capturadas e levadas para campos de refugiados, cujas condições colocam em risco a segurança e saúde de mãe e criança.

VII. Como deriva do artigo 25.º da DUDH, e similar em ambos os números apresentados e comentados, a atribuição de condições consideradas essenciais para o desenvolvimento humano em qualquer fase da sua vida (desemprego, viuvez, maternidade, infância...) é característica e princípio inerente à dignidade humana, no qual se funda todo o esforço consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos para a construção de uma sociedade pautada pelo “respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”, que

³⁶² Vide <https://expresso.pt/sociedade/2019-03-30-Governo-prepara-retirada-de-mulheres-e-criancas-do-Daesh#gs.3nd4tj>, último acesso em 16 de abril de 2019.

constituem “o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.³⁶³

Joel Filipe Ferreira Silva

Jonato Lucio Xavier

Estudantes do 2.º ano da licenciatura em Direito

Júlio Baggio Vero

Estudante Internacional com disciplinas creditadas do

1.º e do 2.º anos da licenciatura em Direito

³⁶³ Como resulta do Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

ARTIGO 26.º

1. *Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.*
2. *A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.*
3. *Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o género de educação a dar aos filhos.*

COMENTÁRIO

I. A educação é indispensável ao crescimento do Ser Humano, quer seja individualmente, quer seja enquanto membro de uma sociedade. “A educação, considerada primariamente como uma missão da família e da religião, nem sempre foi considerada um direito. No entanto, com a emergência do moderno Estado Nação, a educação converteu-se num assunto de interesse público e da responsabilidade do Estado.”.³⁶⁴ É no século XX que a educação adquire uma dimensão jurídica. Após a 2ª Guerra Mundial, tornou-se num direito do ser humano.

É através da mesma que é possível atingir uma melhor qualidade de vida, fomentando também a capacidade de defender os seus direitos e cumprir os seus deveres. É um modo de contribuir para o fim da injustiça social, tendo em conta que todos nós somos dignos de ser respeitados pelos outros e a educação é o melhor meio para uma mudança na sociedade, para que haja uma

³⁶⁴ REIS MONTEIRO, *Sobre o Direito à Educação*, Lisboa, IGC, Livros Horizonte, 2013, p. 5

maior paridade de oportunidades.

II. A educação é, então, um direito fundamental, previsto na presente Declaração e que como tal deve ser respeitado. Há ainda outros documentos onde podemos encontrar este direito autenticado: a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, nos artigos 28.º e 29.º; o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, nos artigos 13.º e 14.º ou a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Ensino.

Aliás, em 2001, Kofi Annan, no Relatório do Milénio afirmou que “[A] educação – desde o ensino primário até à educação permanente – é o motor da nova economia global. Está no centro do desenvolvimento, do progresso social e da liberdade humana.”³⁶⁵

III. Assim, a DUDH reconhece que todas as pessoas têm direito à educação, cujo ensino elementar deve ser gratuito e obrigatório. No n.º1 ressalta-se o facto de a educação ser um direito mais do que necessário para que não se ponha em causa a dignidade humana. O Estado não pode vedar nenhum cidadão do acesso a este direito e este não pode dispor do seu direito. Para que o direito à educação atinja o seu verdadeiro fim, é necessário que o mesmo se efetive através de um acesso total e sem impedimentos. Desta forma, o Estado, tendo essa obrigação a seu cargo, deve propor ferramentas para que seja possível aceder eficazmente à educação, pois todas as pessoas devem poder gozar desse direito, não fazendo sentido disponibilizar a educação a uns, prejudicando ou deixando outros de parte. Trata-se, portanto, de um direito humano fundamental que exige aos Estados a “obrigação de respeitar, proteger e implementar”³⁶⁶. O Estado deve ter uma ação positiva na concretização deste direito.

Por outro lado, chama-se aqui o princípio da universalidade, presente no artigo 12.º da Constituição da República Portuguesa, que no seu n.º1 diz que “todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”. Outro motivo pelo qual o Estado deve ter mecanismos para garantir o acesso indiferenciado é a concretização da inclusão social e a progressão da justiça social. A educação constitui um assunto de grande

³⁶⁵ KOFI A. ANNAN, *O papel das Nações Unidas no século XXI*, Nova Iorque, p. 27, Disponível em: <https://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/Nosospovos.pdf>, último acesso em 16 de abril de 2019.

³⁶⁶ VITAL MOREIRA e CARLA MARCELINO GOMES, *Compreender os Direitos Humanos: Manual de educação para os direitos humanos*, Coimbra, Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos, 2013, p.195.

relevância, especialmente quando o objetivo é o crescimento social. A educação é, efetivamente, um direito humano, querendo isto dizer que não é suposto que a mesma dependa das condições de vida dos estudantes, sejam elas financeiras, sociais ou culturais.

IV. No n.º 2 realça-se o direito ao “pleno desenvolvimento da personalidade humana”, que também aparece nos artigos 22.º e 29.º. Reis Monteiro, tal como outros autores, refere que o direito à educação é o ponto de partida para “o desenvolvimento das faculdades e talentos de cada ser humano – conferindo-lhe autonomia e poder sobre a sua própria vida, sendo um fator de mobilidade social designadamente – mas também porque desse desenvolvimento depende o conhecimento dos outros direitos, a capacidade para exercê-los e defendê-los, bem como a consciência do dever de respeitar os direitos dos outros.”³⁶⁷

Além disso, a educação pode ainda “promover compreensão, tolerância, respeito e amizade entre as nações, grupos étnicos ou religiosos e pode ajudar a desenvolver uma cultura universal de direitos humanos.”³⁶⁸

A educação como um direito humano fundamental é essencial para o exercício de todos os outros direitos humanos. A educação promove liberdade individual e contribui definitivamente para o bem-estar e o desenvolvimento, garantindo ao ser humano para entender e reivindicar seus direitos ao longo da vida.³⁶⁹

V. Segundo as Nações Unidas, a falta de educação produz um impacto enorme na sociedade em geral, na saúde e no desenvolvimento de um países, “não só porque a privação do direito à educação é transmitida por gerações, mas porque perpetua ciclos enraizados de pobreza.”³⁷⁰ Em 2018, de forma a celebrar o 70.º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a UNESCO revelou estatísticas que mostram que o direito à educação ainda não era em todo o mundo aplicado em pleno: “262 milhões de crianças e jovens em idade primária e secundária não frequentam a escola; Menos de 1 em 5 países garantem legalmente 12 anos de educação gratuita e obrigatória; 1 criança em 11 não vai para a escola primária; 1 em cada 5 adolescentes é excluído do

³⁶⁷ REIS MONTEIRO, *Sobre o Direito à Educação*, ob.cit., p. 29

³⁶⁸ VITAL MOREIRA e CARLA MARCELINO GOMES, *Compreender os Direitos Humanos...*, ob.cit., p.365

³⁶⁹ <https://nacoesunidas.org/artigo-26-direito-a-educacao/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

³⁷⁰ <https://nacoesunidas.org/artigo-26-direito-a-educacao/>, , último acesso em 16 de abril de 2019.

ensino secundário; 1 em cada 2 crianças em idade escolar primária não atingiu o nível mínimo de proficiência na leitura de padrões de qualidade.³⁷¹

De forma a colmatar esta situação, muitos países agora aspiram – de acordo com os objetivos estabelecidos no artigo 26.º – tornar a educação secundária gratuita e universal e alguns procuram alcançar um ensino superior com mais ofertas.³⁷²

VI. Efetivamente, o direito à educação tem ganho cada vez mais visibilidade internacional e todas as instituições quer governamentais, quer não-governamentais, têm-se debruçado quanto à importância da educação no desenvolvimento individual e da sociedade. As Nações Unidas têm assumido um papel preponderante na defesa do direito à educação. Nos 17 Objetivos estabelecidos no Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030, a educação destaca-se, tendo como três iniciais medidas “(a) até 2030, garantir que todas as meninas e meninos completem o ensino primário e secundário que deve ser de acesso livre, equitativo e de qualidade, e que conduza a resultados de aprendizagem relevantes e eficazes; (b) até 2030, garantir que todas as meninas e meninos tenham acesso a um desenvolvimento de qualidade na primeira fase da infância, bem como cuidados e educação pré-escolar, de modo que estejam preparados para o ensino primário; (c) até 2030, assegurar a igualdade de acesso para todos os homens e mulheres à educação técnica, profissional e superior de qualidade, a preços acessíveis, incluindo à universidade.”³⁷³

VII. O n.º 3 do artigo contempla a ideia de que aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o género de educação a dar aos filhos, sendo esta muitas vezes não consensual na sociedade atual moderna. O n.º 3 do artigo 14.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia também realça esta ideia quando defende o “direito dos pais assegurarem a educação e o ensino dos filhos de acordo com as suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas”.

³⁷¹ <https://en.unesco.org/news/what-you-need-know-about-right-education>, , último acesso em 16 de abril de 2019.

³⁷² <https://nacoesunidas.org/artigo-26-direito-a-educacao/>, , último acesso em 16 de abril de 2019.

³⁷³ <https://www.unric.org/pt/ods-link-menu/31973-objetivo-4-educacao-de-qualidade>, último acesso em 16 de abril de 2019.

VIII. Por fim, e para além de estar consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o direito à educação também está previsto na Constituição da República Portuguesa, mais precisamente no artigo 73.º. No fundo, também os artigos 74.º (Ensino), 75.º (Ensino público, particular e cooperativo) e o 76.º (Universidade e acesso ao ensino superior) têm em vista proteger e concretizar o direito à educação.

IX. Para concluir não só este direito humano é importante por permitir ao indivíduo um desenvolvimento pleno e uma aprendizagem contínua ao longo da nossa vida, mas também porque a educação é um bem comum e permite o acesso aos restantes direitos. De forma a sublinhar a importância da educação ressalva-se a célebre frase de Malala Yousafzai, ativista paquistanesa e vencedora jovem de um prémio Nobel da Paz – «“Um livro, uma caneta, uma criança e um professor podem mudar o mundo”, disse ela. “Com armas, podem matar-se terroristas; com educação, pode matar-se o terrorismo”.»³⁷⁴

Carolina China Barros

Margarida Arada Leitão Pinto Moraes

Estudantes do 1.º ano da licenciatura em Direito

Rita Manuel Borges Santos Marques

Estudante do 3.º ano da licenciatura em Direito

³⁷⁴ <https://nacoesunidas.org/artigo-26-direito-a-educacao/>, último acesso em 16 de abril de 2019. Por fim, sugere-se ainda a visualização do vídeo: <https://youtu.be/LTfZhiAGa0I>

ARTIGO 27.º

1. *Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam.*
2. *Todos têm direito à protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.*

COMENTÁRIO

I. Considerando que o artigo 27.º está prescrito numa declaração que visa o reconhecimento da dignidade humana e a proteção e garantia dos seus direitos fundamentais, podemos afirmar que este trata da consolidação do acesso aos direitos culturais do autor nos aspetos materiais e morais, tendo como base, a vinculação que o autor tem com o resultado da sua atividade criativa, especificamente, a autoria da obra, juntamente com os seus direitos pessoais, os quais são intransferíveis. Neste âmbito dos direitos fundamentais intrínsecos do homem, faz-se a ressalva dos seus direitos e liberdades, tais como a liberdade de expressão, participação da vida cultural, criação artística e usufruto dos seus benefícios.

II. Desta forma, foi conseguido, no âmbito da UNESCO e em articulação com a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, um desenvolvimento significativo no sentido de estabelecer um núcleo comum e universal de valores de que toda a Humanidade beneficie e esteja obrigado a respeitar plenamente.³⁷⁵ Esta Declaração baseia-se no respeito pela dignidade humana e na ideia de diversidade e pluralismo cultural, visando estabelecer a necessária correlação entre a diversidade cultural e os direitos humanos – liberdade de

³⁷⁵ LUÍSA NETO, *Novos Direitos*, Porto, U. Porto Editorial, 2010, p. 193

expressão, criação e difusão de obras na língua que se deseje (em especial, na língua materna) e o direito a uma educação que respeite plenamente a sua identidade cultural –, por forma a garantir uma perspectiva multi e intercultural, por contraposição à homogeneidade ou à segregação.

III. Por outro lado, a atividade intelectual do homem provoca o aparecimento de novos bens na sociedade.

Durante muito tempo não se sentiu a necessidade de uma proteção particular da atividade criadora destes bens culturais. Quando reproduzida num exemplar, a proteção da propriedade deste era suficiente para a tutela dos interesses implicados.

No entanto, esta situação alterou-se com a descoberta de meios mecânicos que permitem a reprodução de uma obra num número ilimitado de exemplares. A obra será, assim, objeto de uma atividade lucrativa, e é esta que determina o interesse do legislador. No entanto, a proteção estabelece-se não em proveito dos autores, mas em proveito dos editores.

Lentamente, a pretensão de proteção do autor vai ganhando corpo, com a criação, na Grã-Bretanha, do *copyright* ou direito de reprodução, não já em favor dos impressores, mas em favor dos autores. O movimento alastra-se por toda a Europa, nomeadamente para a França, que consagra a proteção do autor mesmo antes da Revolução Francesa³⁷⁶.

Já no âmbito dos direitos de autor, podemos considerar que estes possuem um duplo significado. Em primeiro lugar, são apresentados como um produto de criação cultural (obra de arte, investigação, invenção científica), sendo, por isso, propriedade cultural ou espiritual do autor. Isto relaciona-se com a liberdade de criação cultural, uma vez que protege, nas vestes do direito de comunicação fundamental, todas as formas de mediação comunicativa (livros, figuras, discos, etc). Em segundo lugar, vincula-se a uma “valorização económica”³⁷⁷ das obras, em que, embora não sendo vista de uma forma imediata, é evidente que com a utilização das obras (para fins comerciais, industriais, publicitários, pedagógicos, etc) é criado um valor económico que cai também no âmbito da proteção do direito à criação cultural.

³⁷⁶ JOSÉ DE OLVEIRA ASCENSÃO, *Direito Autoral*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1989, pp. 2 e 3.

³⁷⁷ JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Estudos sobre os Direitos Fundamentais*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, p. 218

Para além disso, deve-se reconhecer que estes significados, não são, por si, incorretos, mas carecem de um desenvolvimento que ponha em relevo, por um lado, os direitos de personalidade e os direitos morais e, por outro, os direitos patrimoniais. Trata-se, como se sabe, de uma distinção consagrada na lei (artigo 9.º do Código do Direito de Autor e Direitos Conexos (doravante CDA)) e em convenções internacionais (Convenção de Berna, artigo 6.º- bis, a Convenção Universal sobre o Direito do Autor, artigos I, IV- bis).

A isto acresce a necessidade de tornar mais claro que o sistema constitucional está aberto a uma compreensão moderna dos direitos de autor, que são entendidos como um sistema global construído em torno de quatro subsistemas: o direito de autor material, o direito de autor contratual, o direito das entidades de gestão e os direitos conexos³⁷⁸.

IV. A Constituição da República Portuguesa não utiliza a fórmula “propriedade literária, artística e científica” ou, mesmo, a de “propriedade intelectual”, adotando a expressão “direitos de autor”. Esta formulação textual tem um significado relevante jurídico-constitucional. Segundo José J. Gomes Canotilho, o direito de autor configura-se como um direito unitário e, mais do que isso, como um direito de troncalidade, subjectivamente radicado na pessoa do autor, e não apenas na sua obra. Neste contexto, o direito de autor compreende-se não apenas como um direito, liberdade e garantia, mas como um direito de personalidade, que faz apelo à dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento de personalidade (artigos 1.º e 2.º da Constituição da República Portuguesa).

Sob o ponto de vista jurídico-constitucional, têm para este efeito relevância os artigos 42.º e 62.º que consagram, respetivamente, a liberdade inerente à propriedade intelectual e a liberdade de criação intelectual, artística e científica. Mas se num primeiro momento se fala em liberdade de criação, o cerne da questão transfere-se depois para a liberdade de utilização de obras literárias e, conseqüentemente, para as “restrições” ou “limites” a estas liberdades, considerando a necessidade de harmonização com outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos (interesse na liberdade de circulação de obras literárias e artísticas, interesse na publicidade de aquisições científicas).

³⁷⁸ Este “sistema global” é realçado em ADOLF DIETZ, *El Derecho de Autor em España y Portugal*, Madrid, Tecnica, 1992, p. 11

V. As normas constitucionais referentes aos direitos de autor dizem respeito a duas teorias: a “teoria do privilégio³⁷⁹” e a “teoria do direito de edição”. A primeira tese reduz o direito de autor a um direito exclusivo de profissão ou indústria que garante ao criador espiritual uma remuneração pelo seu trabalho e pelas suas ideias. A segunda, por sua vez, desloca o direito de autor para o âmbito do direito de editor, desenvolvendo-se a faculdade de publicação e proibição de impressão não autorizada em sede do editor ou através dele.

Para além disto, o “carácter exclusivo”, o “direito exclusivo”, só pode ter como referente os direitos patrimoniais de autor (artigos 9.º/2, 42.º e 56.º do CDA) dado que os direitos morais (como o direito de reivindicar a paternidade da obra e o direito de assegurar a genuinidade e integridade desta) são direitos de personalidades inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis (artigo 56.º/2 do CDA).

Deste modo, este carácter exclusivo dos direitos patrimoniais expressa dois significados: a exclusividade, a favor do autor, do exercício dos direitos patrimoniais (ou a favor das pessoas, individuais ou coletivas a quem ele tenha conferido o direito de exclusivo) e a proibição de utilização da obra por parte de todos aqueles a quem o autor não ceder, a qualquer título, os direitos de utilização. É, já, mais questionável saber se a proteção constitucional dos direitos de autor implica a existência de um direito de exclusivo absoluto. Como pode ser visto, o direito de exclusividade não pode manter-se quando existem interesses relevantes da comunidade no sentido de transformar um “bem individual” num “bem colectivo cultural”. Mas, se o direito de exclusividade é um direito absoluto, não pode nem deve manter-se. Então isso implica que se reforcem as formas de compreensão económica pela “desindividualização” e “socialização” dos direitos patrimoniais do autor.

VI. No âmbito da discussão dos direitos do autor na “era digital”, o Parlamento Europeu aprovou a Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Maio de 2001³⁸⁰. Neste seguimento, o seu (polémico)

³⁷⁹ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Estudos sobre os Direitos Fundamentais*; 2.ª ed. Coimbra, Almedina, p. 221

³⁸⁰ Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22/05/2001 pesquisável em <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&from=EN>, último acesso em 16 de abril de 2019. Sobre o tema vejam-se ANTÓNIO XAVIER, *As Leis dos Espetáculos e Direitos Autorais*, Coimbra, Almedina, 2002, AAVV, *Direito do autor: que futuro na era digital?*, Lisboa, Guerra & Paz, 2016 e ainda <https://pplware.sapo.pt/internet/monstro-do-artigo-13-o-fim-da-internet/>, <https://www.google.com/amp/s/observador.pt/2019/02/13/direitos-de-autor-europa-chega-a-consenso-e-artigo-13-vai-avancar-para-votacao/amp/>, <https://www.e-konomista.pt/artigo/direitos-de-autor-na-internet/>, últimos acessos a 16 de abril de 2019.

artigo 13.º deu azo a inúmeras críticas por parte de vários grupos de conteúdos digitais, nomeadamente *bloggers* e *youtubers*, que chegaram ainda a afirmar que isto implicaria “o fim da Internet”.

Porém, é necessário desmistificar este tema. Se se pretende que existam mecanismos que impeçam o *upload* e publicação de material protegido por direitos de autor – e se plataformas como o *Facebook*, *Youtube*, *Twitter* e *Instagram*, são exemplos de serviços que devem limitar a partilha destes conteúdos. De facto, nos termos da mesma Diretiva 2001/29/CE, os prestadores de serviços de conteúdo *online* realizam um ato de comunicação ao público, por conseguinte, devem celebrar acordos com os titulares de direitos e não, com os criadores de conteúdo para essas plataformas. Estes mesmos acordos de licenciamento, celebrados pelos prestadores de serviços de partilha de conteúdos online com os titulares de direitos para os atos de comunicação, cobrem a responsabilidade pelas obras carregadas pelos utilizadores desses serviços, nos termos e condições estabelecidos no contrato de licenciamento.

VII. Em suma, na “era digital”, a Internet é alvo de exposições a meios de descontrolo dos direitos do autor. O artigo 13º procura, por isso, garantir a proteção dos direitos de autor, por via de uma base de dados mais rigorosa, impedindo o acesso às obras e conteúdos merecedores desta proteção.

A salvaguarda dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer autoria própria, tendo por base o seu carácter exclusivo de produção, é claramente o escopo do artigo 27.º da Declaração Universal de Direitos Humanos, adquirindo, no atual contexto de informatização da Sociedade e do Estado, uma importância renovada.

Copiar e colar



381

Maria Beatriz Gonçalves Aquino

³⁸¹ Retirado do site <http://direitos-autor.weebly.com/copiar-e-colar.html>, último acesso a 16 de abril de 2019.

Inês Temporário dos Santos Carvalho
Estudantes do 1.º ano da licenciatura em Direito

ARTIGO 28.º

Toda a pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem capaz de tornar plenamente efectivos os direitos e as liberdades enunciados na presente Declaração.

COMENTÁRIO

I. O artigo que nos propomos analisar surge de uma preocupação comum dos membros da Comissão dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (*United Nations Commission on Human Rights* – UNCHR), e que redundava na questão de saber como conferir mais força aos direitos humanos, ou qual o papel do Estado na implementação dos direitos consagrados na DUDH³⁸². Num mundo polarizado como o de então, onde, por um lado os Estados Unidos da América defendiam uma intervenção mínima do Estado na garantia do gozo de tais direitos, e, por outro, o bloco soviético pugnava por uma tutela estadual efetiva, sob pena de os direitos humanos se esvaziarem³⁸³, foi a voz de representantes de países como o Egipto ou a Índia que veio a fazer relevar o carácter fundamental dos direitos sociais e económicos³⁸⁴, cuja concretização não seria possível em muitos países por falta de recursos financeiros. Neste contexto, em maio de 1948, duas propostas surgiram: uma de René Cassin,

³⁸² GUDMUNDUR ALFREDSSON / ASBJØRN EIDE, *The Universal Declaration of Human Rights – A common standard of achievement*, Haia, Martinus Nijhoff, 1999, p. 598 e ss.

³⁸³ MARY ANN GLENDON, *The Rule of Law in the Universal Declaration of Human Rights*, *Northwestern Journal of International Human Rights*, II-2, artigo 5, 2004, página 7.

³⁸⁴ Repare-se que para estes direitos económicos, sociais e culturais o artigo 22.º da DUDH faz, mesmo, impender sobre cada Estado, ou sobre a comunidade internacional, a tarefa de os realizar, de modo que toda a pessoa os possa legitimamente exigir (obrigação de meios).

um dos principais mentores da Declaração, em representação de França, que idealizou um artigo que refletiria as obrigações dos Estados em garantir o gozo dos direitos económicos e sociais, proposta essa que se veio a materializar, na essência, no artigo 22.º; e uma segunda, da autoria do representante do Líbano, Charles Malik³⁸⁵, que veio a ser aprovada maioritariamente³⁸⁶ e corresponde quase sem alteração³⁸⁷ ao atual artigo 28.º da DUDH³⁸⁸. Em abstrato, a proposta de Malik propendeu para uma ideia mais ousada, uma vez que, no seu ponto de vista, os direitos humanos dependiam não só das medidas que os Estados pudessem tomar, mas também da reestruturação das relações sociais e internacionais. Relegaremos a temática do conteúdo, sentido e alcance do preceito em análise para momento posterior.

II. De acordo com René Cassin, no seu discurso do dia 9 de dezembro de 1948, à Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração é comparável a um *templo grego*. Nesta sua metáfora visual, Cassin identificaria uma base, quatro colunas e um pórtico. Seria, todavia, neste último elemento, no pórtico ou frontão triangular do templo, que Cassin encontraria o artigo 28.º, que qualifica de princípio geral, mas também o 29.º e 30.º – a tríade normativa que constitui o laço entre o Indivíduo e a sociedade (*liens entre l'Individu et la société*)³⁸⁹.

III. Partimos do pressuposto de que o artigo 28.º é uma norma-princípio, já que da sua análise ressalta quer a característica da generalidade, quer a sua identificação como um fundamento de normas-regras³⁹⁰. Em nossa opinião, o artigo 28.º apresenta-se como uma norma irradiadora, que é simultaneamente precetiva e programática. Precetiva, porque integrada no todo da Declaração, enquanto corpo de regras e princípios de *ius cogens* dotados de uma imperatividade própria e autónoma, capaz de vincular todos os Estados, e no que

³⁸⁵ Embaixador Charles Habib Malik, alguns aspetos biográficos em: http://www.idppcenter.com/UDHR-Dr_Malik_book_summary.pdf, último acesso em 16 de abril de 2019

³⁸⁶ Alguns Estados consideraram o artigo supérfluo, outros mostraram-se relutantes e até céticos, e alguns opuseram-se (Egipto, Arábia Saudita, Equador), vide GUDMUNDUR ALFREDSSON / ASBJØRN EIDE, *The Universal...*, ob.cit., p. 601.

³⁸⁷ Malik propunha “everyone is entitled to a good social and international order (...)”. O termo *good* veio a ser contestado por Alexei Pavlov, representante soviético, e suprimido do texto.

³⁸⁸ MARY ANN GLENDON, *The Rule of Law*, Northwestern Journal of International Human Rights, ob.cit., p. 8.

³⁸⁹ ROBERT CHARVIN, *R. Cassin et la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Revue Belge de Droit International, II, 1998, p. 326.

³⁹⁰ Segundo Josef Esser: razão, critério e justificação da regra, *apud* ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 84-85.

a Portugal respeita, por via do n.º 2 do artigo 16.º da Constituição da República Portuguesa (adiante CRP), o que se traduz naquilo que podemos designar como uma integração num *ius commune* constitucional ou na constituição global dos direitos fundamentais³⁹¹. Este normativo deve, de facto, entender-se como um reconhecimento da força própria, heterovinculativa, que a Declaração projeta em relação a todos os Estados³⁹².

Mas o artigo 28.º é, ainda, uma norma programática, porque o seu grau de abstração leva-nos a concluir que cabe aos governos dos Estados e às organizações internacionais extrair dela os seus fundamentos estruturais. Queremos com isto significar que a norma em causa, lida conjuntamente com os dois artigos seguintes, materializa uma cláusula de organização de macroestruturas governamentais, ou, na medida em que o preâmbulo da DUDH é extremamente claro em afirmar a importância do “regime de direito” (terceiro parágrafo), uma cláusula do Estado de Direito³⁹³. Com a terminologia de Alexy diremos, ainda, que o artigo 28.º parece substancializar um especial *mandato de otimização*³⁹⁴, já que ordena aos governos dos Estados e às organizações internacionais a existência de uma certa “ordem social e internacional”, o que, no caso dos Estados, resulta no dever de emitir um outro grau de *mandatos de otimização* (parametricamente inferiores), através, máxime, das respetivas constituições políticas, necessariamente concretizadores e conformes com os princípios da Declaração.

IV. No sentido que temos vindo a apontar, poderíamos extrair do artigo em análise diversos princípios que entre nós firmam o Estado de Direito e que encontramos explícita ou implicitamente ínsitos na CRP, tais como, o princípio democrático, o princípio da proporcionalidade, o princípio da segurança jurídica, o princípio da separação e interdependência dos órgãos de poder, a tutela jurisdicional da legalidade administrativa, a responsabilidade civil das entidades públicas por ações ou omissões lesivas dos direitos dos particulares, a eficácia reforçada das normas constitucionais³⁹⁵, etc. No fundo, importantes redutos

³⁹¹ PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, I, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 46-47.

³⁹² PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 362-365.

³⁹³ Concordando, neste ponto, com a MARY ANN GLENDON, *The Rule....*, ob.cit., p. 9.

³⁹⁴ ROBERT ALEXY, *Teoria....*, ob.cit., p. 86.

³⁹⁵ JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 30-31 e 100 e ss.

da consciência axiológica sufragada na Declaração, que claramente apontam no sentido de criar uma certa ordem capaz de tornar plenamente efetivos os direitos humanos – uma ordem de juridicidade, de vinculação à ideia de Direito justo, em que seja possível afirmar o adágio latino *observantia legum summa libertas*.

Poderemos, porém, alvitrar uma outra interpretação para o artigo 28.º, mais restritiva, mais circunstanciada. Os próprios direitos humanos constantes da DUDH poderão entender-se como fundamento da paz, ainda que só mediante a paz encontrem condições para a sua plena afirmação³⁹⁶. Neste sentido, o artigo 28.º, ao exigir uma certa ordem no plano “social e internacional”, projetar-se-ia nos Estados e organizações internacionais sob a forma de um mandato de promoção da paz dentro e fora das suas fronteiras. De certa forma, ao nível estadual, encontramos aqui uma caução da cláusula constitucional do bem-estar social, presente na alínea d) do artigo 9.º, e nas alíneas a) e b) do artigo 81.º da CRP. Quer dizer, impende sobre o Estado a incumbência prioritária de vigiar pelo estado da paz, sem a qual a efetivação dos direitos pessoais, máxime *sociais*, não pode ser verdadeiramente conseguida³⁹⁷. Do mesmo modo esse dever recairá sobre as organizações internacionais, especialmente sobre a Organização das Nações Unidas, cujo Conselho de Segurança se encontra especificamente vinculado a manter a paz e segurança internacionais (artigos 23.º, 24.º e 26.º da Carta das Nações Unidas).

V. Por último, os artigos que integram a tríade normativa de que nos falava René Cassin (28.º, 29.º e 30.º), são de importância capital para a compreensão de todo o texto da DUDH (aliás, *do* todo do texto). É com eles que melhor intuímos a unidade de sentido que subjaz à síntese ético-jurídica patente na Declaração – logo, também uma *tríade interpretativa*.

VI. Em nossa opinião, a concretização de uma ordem social e internacional em que todos os direitos humanos possam ser efetivados implica uma íntima ligação entre o conseguimento e manutenção da paz, a cooperação internacional na solução de problemas económicos, sociais e culturais, e a promoção global dos direitos humanos – três objetivos consagrados no artigo 1.º da Carta das Nações Unidas. Será, todavia, a partir do terceiro aspeto que mais

³⁹⁶ De acordo com a tese de DENIS GINGRAS, *René Cassin et les Droits de l'Homme*, Québec, 1996, p. 273 e ss., disponível em: <https://www.collectionscanada.gc.ca/obj/s4/f2/dsk3/ftp04/nq25238.pdf>, último acesso em 16 de abril de 2019.

³⁹⁷ Ver sobre o assunto: PAULO OTERO, *Instituições...*, ob.cit., p. 339 e ss.

ostensivamente se poderá avaliar da medida da implementação do preceito em análise. A promoção e vigilância dos direitos humanos tem sido tutelada de diversas maneiras, ao longo dos tempos tutelada. Cremos, porém, ser de realçar o papel dos textos e organismos de direito internacional, criados para o concreto efeito. Assim, parecem-nos de menção obrigatória:

- Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial³⁹⁸;
- Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais³⁹⁹;
- Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos⁴⁰⁰;
- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres⁴⁰¹;
- Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁴⁰²;
- Convenção sobre os Direitos da Criança^{403, 404};
- "Declaração dos Defensores dos Direitos Humanos"⁴⁰⁵;

³⁹⁸ Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1965; Portugal só aderiu em 1982 e em 2000 reconheceu a competência do Comité.

³⁹⁹ Adotado em 1966; ratificado em 1978 por Portugal, e desenvolvido pelo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, adotado a 10/12/2008 e aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 3/2013, de 21 de janeiro.

⁴⁰⁰ Adotado em 1966; ratificado em 1978 por Portugal, e desenvolvido pelo Protocolo Facultativo Referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, aprovado pela Lei n.º 13/82, de 13 de junho, e pelo Segundo Protocolo Adicional com Vista à Abolição da Pena de Morte, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 25/90, de 27 de setembro.

⁴⁰¹ Adotada em 1979; em Portugal aprovada pela lei n.º 23/80, de 26 de julho, desenvolvida pelo Protocolo Opcional à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 17/2002, de 8 de março.

⁴⁰² Adotada em 1984, ratificada por Portugal em 1988, e desenvolvida pelo Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 2002, não ratificado por Portugal.

⁴⁰³ Adotada em 1989, ratificada por Portugal em 1990, e desenvolvida por três protocolos facultativos, não ratificados por Portugal.

⁴⁰⁴ Informações consultadas em: <http://www.ministeriopublico.pt/tratados/pesquisa>, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁴⁰⁵ Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos ou Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos, resolução 53/144 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 9 de dezembro de 1998.

No que se refere ao aspeto económico e social, a nossa atenção dirige-se para os desenvolvimentos permitidos pelas várias convenções da Organização Internacional do Trabalho⁴⁰⁶, cujos *complaint procedures* permitem um controlo dos direitos fundamentais em matéria laboral. Notamos que o último procedimento e respetiva comissão de inquérito datam de 2010, num caso que implicou o Zimbabué por suspeita de violação da liberdade de associação⁴⁰⁷.

VII. De grande importância foi, também, a intervenção do enviado especial do Secretário Geral das Nações Unidas (Martti Ahtisaari), em 2007, no Kosovo, de que resultou a elaboração da *Proposta integral de Acordo sobre o Estatuto do Kosovo*, cujos pontos-chave podem ser assim resumidos: a) assegurar a promoção e proteção dos direitos das comunidades e dos seus membros (em especial, as minorias sérvias); b) descentralizar o governo e a administração pública (a fim de fomentar a participação pública); c) preservação e proteção do património cultural e religioso; d) formação e consolidação de uma sociedade multiétnica, regida pelo Estado de Direito, com prevalência do princípio fundamental da igualdade, da não discriminação, do exercício do direito de participação cívica, e do direito à igualdade no acesso à justiça⁴⁰⁸. Note-se, sobretudo na última alínea, a afirmação do *rule of law*, regime substantivamente desenvolvido nos artigos 1.º, 2.º, 10.º e 13.º do relatório do Conselho de Segurança das Nações Unidas que contém a referida proposta⁴⁰⁹. Trata-se de um caso concreto em que entendemos as medidas tomadas como diretamente subsumíveis aos objetivos lançados pelo artigo 28.º da DUDH.

VIII. Dentro da orgânica das Nações Unidas, cremos que o Tribunal Internacional de Justiça representa um papel de extremo relevo, quer na resolução pacífica de controvérsias entre os Estados, quer na promoção do regime de Estado de Direito, sendo, em nosso ver, um organismo privilegiado

⁴⁰⁶ Constituída aquando da assinatura do Tratado de Versalhes, foi ratificada por Portugal em 1920, e, desde então, cerca de 80 instrumentos foram rececionados no nosso ordenamento jurídico (<http://www.ministeriopublico.pt/tratados/resultados?page=2&poi=792> , último acesso em 16 de abril de 2019).

⁴⁰⁷ Pesquisável em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2508373,en:NO , último acesso em 16 de abril de 2019.

⁴⁰⁸ Consultado no resumo das atividades do Tribunal Internacional de Justiça (<https://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-2008-2012-es.pdf> – em 16-02-2019), p. 171.

⁴⁰⁹ Pesquisável em: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/1DC6B184D02567D1852572AA00716AF7-Full_Report.pdf , último acesso em 16 de abril de 2019.

para o acompanhamento da vigência de toda a Declaração, e, em especial, do princípio geral consagrado no artigo 28.º. É neste sentido, aliás, que vai a Assembleia Geral das Nações Unidas, que através das suas resoluções tem reiterado o seu apoio e confiança no dito Tribunal⁴¹⁰. Porém, a guarda efetiva da Declaração e dos direitos humanos completa-se grandemente com a intervenção do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que vem complementar politicamente a atuação político-judicial do Tribunal⁴¹¹. As resoluções emanadas por este órgão, ao gozarem de vinculatividade face aos membros das Nações Unidas (atribuída pelo artigo 25.º da Carta das Nações Unidas – as resoluções são *decisões*), constituem um dos mecanismos mais eficazes de cumprir as altas responsabilidades que lhe incumbem.

IX. Não obstante outras dimensões do artigo comentado merecerem análise⁴¹², esperamos, ainda assim, que este modesto subsídio possa ser útil para a compreensão do enquadramento dos direitos humanos, e para uma interpretação alargada da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nuno Abreu e Lima

Estudante do 3.º ano da licenciatura em Direito

⁴¹⁰ Conforme o relatório anual do Tribunal Internacional de Justiça à Assembleia Geral (2017-2018), pesquisável em: <https://www.icj-cij.org/files/annual-reports/2017-2018-es.pdf> último acesso em 16 de abril de 2019.

⁴¹¹ Há quem questione, a este propósito, se o Conselho de Segurança está a fazer a melhor utilização do Tribunal, de acordo com o ensaio *The Rule of Law: Can the Security Council make better use of the International Court of Justice?*, disponível em: <https://www.securitycouncilreport.org/research-reports/the-rule-of-law-can-the-security-council-make-better-use-of-the-international-court-of-justice.php> último acesso em 16 de abril de 2019. De interesse são, também, os ensaios: *In Hindsight: The Security Council's Quest for Accountability*; *The Institutional Framework: International Criminal Courts and Tribunals* e *Libya*, pesquisáveis no sítio <https://www.securitycouncilreport.org/>

⁴¹² Por limitações de espaço não conseguimos abordar, p. ex., a matéria das sanções ditadas pela União Europeia, com base no artigo 7.º do Tratado da União Europeia (ofensas ao Estado de Direito).

ARTIGO 29.º

- 1. O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade.*
- 2. No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.*
- 3. Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente aos fins e aos princípios das Nações Unidas.*

COMENTÁRIO

I. Após o termo da 2ª Grande Guerra, face à enormidade dos direitos humanos violados, a sociedade percebeu a enorme fragilidade do ser humano e as violações sofridas pelo mesmo nas suas dignidade, vida e liberdade. Abalada, a sociedade reage no sentido de proteger a vida humana e o respeito pela dignidade do ser humano, pelo que se elabora um dos mais completos monumentos jamais escritos pelo Homem, em prol do Homem: a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A sua influência e representatividade são tais, que a DUDH é reconhecida tanto no Brasil democrático, como na Líbia absolutista e na monarquia despótica da Arábia Saudita. Aceite por Estados pobres como El Salvador e as Honduras, e também pelos países subdesenvolvidos, como alguns Estados Africanos. Um documento que alcança lugares esmos e pequenos, a par de grandes centros urbanos; diploma que está nos Estados laicos ou religiosos e se estende aos Estados desenvolvidos da Europa e da América do Norte.

Todavia, a corrupção, o abuso de poder e do direito, o crescimento da desigualdade, a discriminação económica, em razão da raça, cor, ideologias, ou

crenças, e a contínua e crescente violência para com os idosos, as crianças e as mulheres, são desafios que não podemos esquecer numa comemoração dos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

II. Acrescentam-se os absurdos hediondos do atentado às Torres Gêmeas, nos EUA, dos atentados terroristas em Nice, Madrid, e Londres, das Guerra do Afeganistão e do Iraque, das inúmeras perdas de pessoas, cidades e bens, e de patrimónios históricos e culturais, numa palavra, a total perda de esperança, que vieram provar que a paz, alcançada com o fim da 2ª Grande Guerra, é, afinal efêmera, ao contrário do que se previa e desejava.⁴¹³

Em Portugal e no Brasil, tão pouco passa despercebido o significado do 70º aniversário da Declaração. Entre cientistas e autores da jurisprudência, fomos recolher as opiniões de André Carvalho Ramos e Walter Osswald. Já em 2008, o especialista brasileiro de Direitos Humanos lembrava que a Declaração Universal parte dum ideal, de um norte impulsionador do desenvolvimento da internacionalização dos direitos humanos, aos mais diversos níveis, nomeadamente ao nível do Direito Internacional Humanitário⁴¹⁴

Por sua vez, Walter Osswald, em entrevista publicada no jornal Público, de 22 de dezembro de 2018 considera que a celebração do 70.º aniversário da Declaração é por demais justa, atendendo ao impacto que a mesma tem, a nível global.

III. Anos mais tarde, o primeiro dos investigadores referidos, André de Carvalho Ramos evidencia a necessidade de se respeitarem os “direitos e liberdades fundamentais do homem”, referindo que a DUDH os apresenta, recorrendo à linguagem figurada de Celso Lafer, sob a forma de um templo, à entrada do qual se encontraria a dignidade que, por ser inerente a todos os seres humanos, é universal. Sobre o pórtico do templo existiriam quatro colunas, todas

⁴¹³ Nesta passagem do texto o autor deste “Comentário” seguiu a orientação de DANIELLE ANNONI e de MÁRCIA MARCONDES DINIZ DE FREITAS, no artigo “Direitos Humanos e os Tratados internacionais: A Declaração Universal das Nações Unidas hoje”, de 10 de Novembro de 2008, pesquisável em <https://jurisprudenciaemrevista.wordpress.com/2008/11/10/direitos-humanos-e-os-tratados-internacionais-a-declaracao-universal-das-nacoes-unidas-hoje>, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁴¹⁴ Nesta passagem do texto o autor do “Comentário” seguiu a opinião de ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, num artigo de opinião “Proclamar o universalismo é mais fácil do que o implementar”, de 10 de Dezembro de 2013, pesquisável em <https://www.conjur.com.br/2013-dez-10/andre-ramos-proclamar-universalismo-facil-implementar>, último acesso em 16 de abril de 2019.

elas igualmente importantes, representando, a primeira, os direitos e liberdades de ordem pessoal (artigos 3.º a 11.º), a segunda, os direitos do indivíduo, no seu relacionamento com os grupos a que pertence (artigos 12.º a 17.º), a terceira, as liberdades pessoais e dos direitos políticos (artigos 18.º a 21.º) e a última, os direitos económicos, sociais e culturais (artigos 22.º a 27.º).

Por fim, o topo das colunas seria fechado por um frontão, que firmaria a ligação do indivíduo com a sociedade, ligação essa que tem por base a ordem social e internacional, na qual os direitos vivem lado a lado, de mão dada.

IV. Ora, é no que a esta dignidade se refere que, no entendimento de Walter Osswald, a DUDH inova, pois, ao afirmar que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade, dá um novo sentido a este vocábulo. Não se está mais sob o sentido da *dignitas* dos romanos, concedida pelos cargos desempenhados, pela fortuna ou pelos feitos militares ou cívicos, mas antes, perante algo que nos remete para a essência da pessoa, que lhe é inalienável, tal como inalienáveis são o espírito, a alma ou a identidade. É este entendimento que faz com que este conceito tenha assumido uma importância magistral, importância essa que leva a que o mesmo esteja na base conceptual de muitas Constituições, entre as quais a da República Portuguesa.⁴¹⁵

Elencados os direitos, é a partir do artigo 28.º, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos passa a considerar a existência dos deveres de cada indivíduo para com a comunidade, como contrapartida natural dos direitos anteriormente assegurados.

V. De facto, define este artigo 29.º da DUDH, que o indivíduo tem não só direitos, como deveres (parágrafo 1.º), e que as limitações dos direitos podem (parágrafo 2.º), e devem, ser definidas por lei. Acresce que em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente aos fins e aos princípios das Nações Unidas (parágrafo 3.º), tais como previstos nos artigos 1.º e 2.º da Carta das Nações Unidas.⁴¹⁶

⁴¹⁵ Nesta passagem do texto o autor deste "Comentário" seguiu a orientação de WALTER OSSWALD no artigo "A Declaração universal dos Direitos Humanos como marco ético", de 22 de Dezembro de 2018, publicado no jornal Público, da mesma data.

⁴¹⁶ Os referidos artigos dispõem:

Artigo 1.º – Os objetivos das Nações Unidas são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim: tomar medidas coletivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão, ou outra qualquer rutura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do

Acontece que, o Estado cresceu tanto, tornando-se de tal forma burocrático, que se revelou incapaz de resolver, por si só, todos os conflitos sociais e impedir as violações dos direitos humanos. É, pois, por essa razão, que urge responsabilizar e sensibilizar a sociedade civil para o exercício efetivo da cidadania.

VI. Portanto, se até ao seu artigo 28.º, a DUDH se concentra nos direitos que cabem a cada ser humano, pelo simples facto de ter nascido humano, no seu artigo 29º a Declaração defende que o corolário dos direitos é o dever, pelo que cada ser humano tem o dever de proteger os direitos e liberdades do próximo.⁴¹⁷

Foi neste sentido que Fernand Dehousse, representante belga nas Nações Unidas, aquando da elaboração da DUDH, defendeu que o primeiro parágrafo do artigo 29.º “estabelecia de maneira bastante adequada uma espécie de contrato entre o indivíduo e a comunidade, envolvendo uma troca justa de benefícios”, ou seja, uma troca entre direitos e deveres.

direito internacional, a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz;

2. Desenvolver relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;

3. Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;

4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

Artigo 2.º – A Organização e os seus membros, para a realização dos objetivos mencionados no artigo 1.º, agirão de acordo com os seguintes princípios:

1. A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros;

2. Os membros da Organização, a fim de assegurarem a todos em geral os direitos e vantagens resultantes da sua qualidade de membros, deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas em conformidade com a presente Carta;

3. Os membros da Organização deverão resolver as suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo a que a paz e a segurança internacionais, bem como a justiça, não sejam ameaçadas.”

⁴¹⁷ Nesta passagem do texto o autor deste “Comentário” seguiu o artigo “ Artigo 29: Deveres com a comunidade”, de 27/12/2018, pesquisável em <https://nacoesunidas.org/artigo-29-deveres-com-a-comunidade>, último acesso em 16 de abril de 2019.



Lançamento da pedra fundamental da sede permanente das Nações Unidas em Nova Iorque, em 24 de outubro de 1949. A cerimônia teve a presença do presidente norte-americano, Harry S. Truman, e do então secretário-geral da ONU, Trygve Lie (esquerda), que depositou cópias da Carta da ONU e da Declaração Universal dos Direitos Humanos na pedra fundamental. Na foto, à direita, está o arquiteto-chefe das obras, Wallace K. Harrison. Foto: ONU

VII. Recuando no tempo, constata-se serem os deveres tão antigos quanto os direitos.⁴¹⁸ Basta recordarmos as leis ou mandamentos do Antigo Testamento, enviadas por Deus aos homens, através de Moisés. Poderemos até considerar estes deveres como o berço do direito à vida, uma vez que o mandamento “não matarás”, mais não é do que o correspondente negativo do direito à vida, o principal, em nosso ver, Direito Humano.

Por sua vez outros filósofos houve a dedicar a sua reflexão aos deveres. Entre eles, Cícero⁴¹⁹, que, ao enumerar os deveres do homem virtuoso, destacou o dever de ser justo e de não praticar o mal contra ninguém, como o principal deles. Também Kant, ao tratar da moral, descreveu os deveres sociais, no âmbito dos quais cabe a cada indivíduo indagar sobre “o que devo fazer?”.

Acontece que estes deveres, até aqui destacados, mais não são do que deveres morais, ou éticos, na medida em que dependem da consciência de cada um, ou da adesão a convenções de um determinado grupo social, assim se afastando dos deveres humanos impostos pelo Estado.

Consequentemente, o dever moral de ser justo, apontado por Cícero, é um dever subjetivo, que o indivíduo apenas cumprirá, se a sua consciência assim o exigir, sendo que, seguindo Rousseau⁴²⁰, como “Toda justiça vem de Deus, única origem dela, se nós a soubéssemos receber de tão alto, não precisaríamos de leis nem de governo”, ou seja “são necessárias as convenções e leis, para unir os direitos e deveres e levar a justiça ao seu objeto.”

⁴¹⁸ Nesta passagem do texto o autor deste “Comentário” seguiu a orientação de MICHELE ALENCAR DA CRUZ ALCÂNTARA no artigo *“A face oculta dos direitos humanos: Os deveres fundamentais”*, pesquisável em <https://docplayer.com.br/49242064-A-face-oculta-dos-direitos-humanos-os-deveres-fundamentais.html>, , último acesso em 16 de abril de 2019.

⁴¹⁹ MARCO TÚLIO CICERO, *Dos Deveres* (Título original: *De Officiis*. Tradução: Alex Marins), São Paulo, Editora Martin Claret, 2002

⁴²⁰ JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Do Contrato social* (Tradução: Pietro Nassetti), São Paulo, Editora Martin Claret, 2000, p. 47.

VIII. Portanto, as leis resultantes do Contrato social celebrado entre os homens livres e o Estado, estabelecem, *latu senso*, a justiça e o governo dos homens, ao mesmo tempo que atribuem conteúdo jurídico aos direitos e deveres, fazendo com que estes deixem de ser meramente subjetivos.

Posto isto, enquanto os deveres humanos decorrem do género humano e da sua relação com o Estado, os deveres fundamentais representariam os deveres humanos consagrados na Constituição de um qualquer Ordenamento Jurídico, deveres apenas passíveis de serem abolidos com o aparecimento de uma nova Constituição.

Ora, considerando que direitos e deveres estão no mesmo patamar, estranhar-se-á que apesar da facilidade com que invoca os seus direitos perante o Estado e os seus semelhantes, o ser humano desconheça as suas obrigações. O que acontece na verdade, é que o sujeito acaba por conhecer algumas, como a de votar e de pagar impostos, não obstante ignorar que estes são deveres fundamentais, sem os quais o Estado será impedido de praticar os princípios e direitos fundamentais.

IX. Portanto, equiparados direitos e deveres a nível de importância, há que distinguir a sua ratio – enquanto os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade; são as duas faces de uma mesma moeda, pelo que ao analisar a razão pela qual esta outra face dos direitos humanos – os deveres – é desconhecida, concluiremos que tal desconhecimento apenas resulta da resistência do cidadão em reconhecer os seus deveres.

X. Ora, é esta resistência que, aliada à necessidade de proteção, poderá apresentar duas consequências graves para a cidadania. Assim, se, por um lado, ela pode levar a que o cidadão se sinta indiferente face à vida coletiva em todos os seus aspectos – social, económico, jurídico –, por outro ela pode torná-lo extremamente dependente do Estado.

Então, para que isto não aconteça, deverá existir uma relação jurídica entre o Estado e o cidadão, e entre este e o seu próximo. Significa isto que o estatuto de cidadania não trouxe apenas direitos para o indivíduo e deveres para o Estado, mas antes, a existência recíproca dos direitos e deveres fundamentais, tanto para o Estado, como para o cidadão.

Assim sendo, e voltando ao paralelo com uma moeda, possui esta duas faces interligadas, apesar de autónomas e distintas. Porém, quando colocada numa superfície, esta moeda apenas permite que se visualize uma das suas faces, ficando a

outra oculta. É desta forma que se justifica que, quando os direitos fundamentais assumem protagonismo, os deveres fundamentais saiam de cena.

XI. Isto posto, apesar de os deveres poderem nascer dos direitos, restringir direitos, resultar da conversão dos direitos ou ainda ser independentes dos direitos, o facto é que são sempre autónomos, pois possuem valores e interesses próprios. Aliás, é porque são autónomos, que os deveres fundamentais encontram uma “correspondência” nos direitos fundamentais, em todas as dimensões.

Partindo, então, da ideia de uma troca justa de benefícios, a DUDH poderia muito bem ter sido uma “Declaração dos direitos e deveres humanos”. De facto, foi aquando da elaboração do primeiro rascunho da DUDH, que John Humphrey, primeiro diretor da Divisão de Direitos Humanos da ONU, inspirando-se em várias Constituições nacionais, acabou por defender que o exercício dos direitos era limitado pelas “exigências justas do Estado”, ideia essa que acabaria por gerar polémica entre os outros redatores.

De facto, na altura, a América Latina era maioritariamente democrática, e, portanto, alheia às ditaduras militares, que ainda estariam para chegar. Apesar disso, os redatores dos outros países, apercebendo-se do perigo de os governos virem a usar tais “deveres”, para assim limitarem os direitos humanos, de formas imprevisíveis e inaceitáveis, recusaram-se a aceitar o conceito.

Efetivamente, a maior preocupação destes redactores centrava-se nos deveres constantes na Declaração Americana de “obedecer à lei e outros comandos legítimos das autoridades do seu país” e “prestar qualquer serviço civil e militar que o seu país necessitar para defesa e preservação”. No entender dos mesmos, desta forma abrir-se-ia como que uma caixa de Pandora, que poderia pôr em causa os próprios direitos e liberdades individuais.

XII. Assim, considerando a possibilidade de esses deveres entrarem em conflito com os Direitos Humanos de expressão, associação, religião e participação política, os redatores da DUDH receavam que alguns dos termos da Declaração Americana, e até mesmo alguns dos constantes nos primeiros rascunhos da DUDH, permitissem que os Estados viessem impor uma qualquer limitação aos direitos dos indivíduos.

Foi nesse sentido que, a partir de 1948, a jurisprudência internacional deixou bem claro, que enquanto alguns direitos não podem ser limitados, outros há, que apenas o podem ser, sob certas condições, ou seja, se prescritos por lei. A mesma jurisprudência acrescentaria, ainda, que os direitos devem não só ser-

vir um dos objetivos fixados pelo direito internacional, como ser proporcionais na sua severidade e intensidade, ao fim a que se destinam.

Neste contexto, a Alta-Comissária da ONU para os Direitos Humanos, Michelle Bachelet, chamou a atenção para o facto de “um número crescente de líderes já não fingir que se preocupa com os direitos humanos, tentando reprimir a sociedade civil, ao usar a segurança nacional como pretexto”. Acontece que, sempre que o fazem, estão não só a distorcer a noção, contida no artigo 29.º, de que os direitos individuais podem ser legalmente limitados pelas “exigências justas de moralidade, ordem pública e bem-estar geral numa sociedade democrática”, como a ignorar os últimos termos do artigo 29.º, que enfatizam que os “direitos e liberdades não podem ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas”.

XIII. Posto isto, importa lembrar a importância fulcral que os deveres e responsabilidades humanas ocupam na vida de uma qualquer sociedade. Assim é dada a profunda ligação que existe entre direitos, de um lado, e deveres e responsabilidades, de outro. De facto, foi esta ligação que Mahatma Gandhi sublinhou, aquando chamado a colaborar na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo escrito ao Diretor da UNESCO o seguinte: “Aprendi com minha mãe analfabeta, mas sábia, que todos os direitos, a serem merecidos e preservados, vêm do dever bem feito”.⁴²¹

Opinião semelhante mostrou o erudito confucionista Wu Teh Yao, ao defender que um tal documento não deveria enfatizar apenas os direitos, sem dar igual atenção às responsabilidades, bem assim o pensador islâmico contemporâneo, Seyyed Hossein Nasr, ao argumentar que os direitos devem emanar de responsabilidades, entre muitos outros.

Portanto, as tentativas de integração dos direitos com os deveres e responsabilidades, já vêm de longe, tendo partido da constatação de factos como a crise ambiental, consequência da alteração climática, originada pela irresponsabilidade do ser humano de proteger o planeta, ou a corrupção e o abuso de poder, resultantes da facilidade com que o mesmo viola a ética da honestidade e responsabilidade. Isto, para não falar da desobrigação que o Homem sente para com o próximo, ao permitir o ódio e a intolerância perante as diferenças

⁴²¹ Nesta passagem do texto o autor deste “Comentário” seguiu o artigo “O significado dos deveres e responsabilidades humanos”, de 19 de Dezembro de 2018, pesquisável em <https://dinamicaglobal.wordpress.com/2018/12/19/o-significado-dos-deveres-e-responsabilidades-humanos/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

étnicas, ou até mesmo a falta de escrúpulos que revela, ao abusar dos novos media para espalhar mentiras, vender meias-verdades e distorcer realidades.

XIV. Foi, pois, este fracasso coletivo, em aderir às responsabilidades e em cumprir os deveres, que esteve na origem da crise civilizacional, que se vive atualmente.

É por essa razão que urge incutir um profundo sentido de responsabilidade no ser humano, educando-o rumo à construção de uma cultura universal de direitos e deveres humanos. Ao promover o pleno desenvolvimento da personalidade humana e a dignidade que a mesma acarreta, a educação também promove os direitos humanos. Ora, para esse pleno desenvolvimento, a educação para a dignidade deve levar em conta não só os direitos humanos como os deveres, conforme as palavras proferidas, a este respeito, por Eleanor Roosevelt, em 1948: "Vai demorar um bom tempo até que a história faça o seu julgamento sobre o valor da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e esse julgamento dependerá, penso eu, do que os povos de diferentes nações farão para tornar esse documento conhecido por todos. Se o conhecerem muito bem, ir-se-ão esforçar para conquistar alguns dos direitos e liberdades anunciados nele, e esse esforço irá torná-lo valioso no sentido de deixar claro o significado do documento, no que se refere aos direitos humanos e às liberdades fundamentais"⁴²²

XV. Foi em dezembro de 1998, aquando da entrega do prémio Nobel da literatura a José Saramago, que o escritor, aproveitando o facto de a Declaração Universal dos Direitos Humanos completar 50 anos, criticou a Humanidade por não ser capaz de cumprir os deveres morais a que coletivamente está obrigada, proferindo que "[A]lguém não anda a cumprir o seu dever. Não andam a cumpri-lo os governos, seja porque não sabem, seja porque não podem, seja porque não querem. Ou porque não lho permitem os que efetivamente governam, as empresas multinacionais e pluricontinentais cujo poder, absolutamente não democrático, reduziu a uma casca sem conteúdo o que ainda restava do ideal da democracia. Mas também não estão a cumprir o seu dever os cidadãos que somos. "⁴²³

⁴²² Nesta passagem do texto o autor deste "Comentário" segue a orientação de RICHARD PIERRE CLAUDE, no artigo "Direito à educação e educação para os direitos humanos", de 2005, pesquisável em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452005000100003.

⁴²³ Nesta passagem do texto o autor deste "Comentário" segue a opinião de CARVALHO DA SILVA no artigo de opinião "Deveres Humanos", publicado no *Jornal de Notícias*, a 13 de março de 2016, e pesquisável em <https://www.jn.pt/opiniao/carvalho-da-silva/interior/deveres-humanos-5074439.html>.

Ora, foi este pensamento expresso por Saramago, que esteve na origem de um movimento com vista à elaboração de uma Carta Universal de Deveres Humanos, carta essa que acabaria por ser entregue, a 26 de abril de 2018, pelas mãos de Pilar del Río – presidente da Fundação José Saramago e viúva do escritor português –, a vários altos responsáveis das Nações Unidas, incluindo ao secretário-geral da ONU, António Guterres, para ser dado a conhecer ao resto do mundo, aos cidadãos, às figuras da cultura e aos Governos.

Resultado de vários anos de trabalho de académicos, especialistas e cidadãos, a carta pretende, nas palavras de Pilar del Río, defender a “ética da responsabilidade”, ao propor “a simetria” dos deveres humanos, e ao indicar que “[N]ão queremos ser nem amedrontados, nem intimidados, nem resignados, nem indiferentes e, para isso, temos que cumprir os nossos deveres. Em primeiro lugar, exigir que se cumpram os direitos”.

XVI. No ano em que a DUDH completa 70 anos, mais do que apontar o dedo às suas limitações e falhas, omissões e ineficácias, importa recuperar a esperança contida no documento e seguir o desafio de Saramago “[T]omemos então nós, cidadãos comuns, a palavra: Com a mesma veemência com que reivindicamos os direitos, reivindicuemos também o dever dos nossos deveres. Talvez assim o mundo possa ser um pouco melhor”.

E porque não fazê-lo, começando por ouvir aqueles que, desde cedo, nos podem ensinar tanto,

Human-rights-commercial-29-responsibility_320_en.mp4

Jaime Pereira Leite Neto Parra

Estudante do 3.º ano da licenciatura em Direito

ARTIGO 30.º

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma actividade ou de praticar algum acto destinado a destruir os direitos e liberdades aqui enunciados.

COMENTÁRIO

I. Ao invés dos artigos 1.º a 28.º, o artigo 30.º relembra a existência de limites aos direitos e que estes não podem ser nunca exercidos de forma livre e abusiva. De facto, um Estado, agrupamento ou indivíduo, estando vinculado a este diploma pode e deve usufruir dos direitos que esta declaração enuncia, porém sem nunca se esquecer que esses direitos estão protegidos pelos deveres e pelas limitações dos artigos 29.º e 30.º da DUDH. Há limites na ação e o artigo 30.º serve para estabelecer esses limites.

Por outro lado, as normas de direitos fundamentais protegem bens que são considerados essenciais para a comunidade, pois captam determinadas realidades da vida que devem ser protegidas. Acontece, por vezes, que a proteção de um direito fundamental entra em choque com a proteção de outro, ou com um bem jurídico da comunidade ou do Estado. Assim, o artigo 30.º da DUDH aborda o problema da colisão e conflitos de direitos.

II. De acordo com o anteriormente enunciado, será correto utilizar o direito de liberdade de expressão ou de imprensa para justificar os comentários e as ofensas que se fazem a outras pessoas?



Caricatura de Obama como chimpanzé (New York Post)

Este *cartoon* muito polémico de 2009 mostra o abuso do direito de liberdade de expressão e de imprensa pelo jornal The New York Post que ofende o Presidente americano, na altura, Barack Obama. Neste caso, o direito de liberdade de expressão (Artigo 19.º da DUDH) está em conflito com o de integridade e direito ao bom nome (artigo 12.º da DUDH) – e, são casos como estes que o artigo 30º tende a pôr fim. Tal como o n.ºs 2 e 3 do artigo 29.º da DUDH estabelecem, nenhum direito pode ser invocado sem limitações.

Focando no artigo em si, este relembra-nos que nenhum direito da presente convenção pode ser utilizado como meio de prejudicar terceiros. Da mesma forma que a Declaração trata de consagrar direitos fundamentais a todos, trata de os limitar, na medida em que o direito de um não deve pôr em causa o direito de outro, uma vez que, o Homem é naturalmente um ser social, sendo necessário a harmonia entre os seus próprios direitos e os dos outros.

Apesar de a disposição ser redigida tão abertamente permite pôr fim, em certa medida, a interpretações extensivas e abusivas dos direitos e à invocação dos direitos em benefício próprio, limitando-os. Não é propriamente um direito em si, mas antes um método de proteção e reforço dos direitos anteriores.

Contudo, isto levanta um outro problema: quem pode decidir e até que ponto é aceitável uma limitação, bem como se esta é justa e manifestamente superior ao direito que se pretende proteger? Por exemplo, será justo que um Estado restrinja parte do direito da liberdade de expressão para proteger a segurança e promover a paz? Embora a paz e a segurança nos pareçam direitos manifestamente superiores face à liberdade de expressão, no caso concreto pode não ser bem assim. Isto é, não existe uma hierarquia de direitos: para cada situação de conflito ou colisão, é necessário encontrar o equilíbrio, de forma a harmonizar os direitos em causa, salvaguardando ao máximo cada um deles. Faz-se uma análise caso a caso.

Em síntese, esta disposição pode ser considerada como um mecanismo de limitação dos direitos enunciados na DUDH, tão importante como a sua própria consagração, visto que é uma forma de assegurar a efetividade dos direitos e liberdades, bem como recorda a responsabilidade de cada indivíduo e os seus deveres perante a comunidade em que se insere. No fundo, o artigo 30.º confirma toda a validade dos direitos referidos nos vinte e oito artigos anteriores⁴²⁴.

Ana Rita Silva Antunes

Beatriz Lopes Ribeiro

Estudantes do 1.º ano da licenciatura em Direito

⁴²⁴ Foram utilizadas informações recolhidas nos seguintes sítios: <https://www.direitocom.com/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/artigo-30o>; <https://slate.com/culture/2015/01/charlie-hebdo-covers-religious-satire-cartoons-translated-and-explained.html>; <https://tvi24.iol.pt/internacional/eua/obama-chimpanze-no-new-york-post-abre-polemica>; <https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/UDHR2013FullText.pdf>; <http://legal.un.org/avl/ha/udhr/udhr.html>, últimos acessos a 16 de abril de 2019.



CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

**Anotações pelos estudantes da
Faculdade de Direito da Universidade do Porto**

COORDENAÇÃO
Anabela Costa Leão
Inês Neves
Juliana Ferraz Coutinho
Luísa Neto

CONVENÇÃO EUROPEIA PARA A PROTECÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS¹

PREÂMBULO

Os Governos signatários, Membros do Conselho da Europa,

Considerando a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948,

Considerando que esta Declaração se destina a assegurar o reconhecimento e aplicação universais e efectivos dos direitos nela enunciados,

Considerando que a finalidade do Conselho da Europa é realizar uma união mais estreita entre os seus Membros e que um dos meios de alcançar esta finalidade é a protecção e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais,

¹ A Convenção foi publicada em Portugal no Diário da República, I Série, n.º 236/78 (e rectificada por Declaração da Assembleia da República publicada no Diário da República, I Série, n.º 286/78, de 14 de dezembro). Nos termos da [Resolução do Conselho de Ministros n.º 21/2019](#), de 29 de janeiro, determina-se a adoção da expressão universalista «Direitos Humanos» por parte do Governo e de todos os serviços, organismos e entidades sujeitos aos seus poderes de direcção, superintendência ou tutela. É essa também a nomenclatura utilizada pela Comissão Oficial das Comemorações em que a presente publicação se insere.

Foi considerado o texto nuclear da Convenção de 1950, consolidado com as inserções e aditamentos resultantes dos Protocolos entretanto aprovados, mas não foram considerados diretamente em sede de comentário os direitos reconhecidos por estes, sem prejuízo do carácter evolutivo da Convenção e da sua natureza de “instrumento vivo”.

Reafirmando o seu profundo apego a estas liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz no mundo e cuja preservação repousa essencialmente, por um lado, num regime político verdadeiramente democrático e, por outro, numa concepção comum e no comum respeito dos direitos do homem,

Decididos, enquanto Governos de Estados Europeus animados no mesmo espírito, possuindo um património comum de ideais e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito, a tomar as primeiras providências apropriadas para assegurar a garantia colectiva de certo número de direitos enunciados na Declaração Universal,

Convencionaram o seguinte:

ARTIGO 1.º

OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR OS DIREITOS HUMANOS

As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção.

COMENTÁRIO

I. A Segunda Guerra Mundial, conflito que decorreu entre 1939 e 1945, marcou profundamente o mundo. Foram demasiadas e profundas as cicatrizes deixadas: milhões de mortos e feridos a lamentar e um continente totalmente devastado.

Depois deste acontecimento desumano e avassalador, avizinha-se uma urgente mudança de paradigma no que diz respeito aos Direitos Humanos: a necessidade de conter semelhantes atrocidades, de evitar crimes de guerra e de assegurar o respeito pela dignidade da pessoa humana conduz à consagração de um catálogo de Direitos Humanos fundamentais. Numa primeira fase, é aprovado em Paris a 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das

Nações Unidas (ONU), um texto de promoção dos Direitos Humanos, com carácter universal. Falamos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) que afirma na esfera pública uma nova orientação para o Direito Internacional Público.

II. Assim, no rescaldo da carnificina e destruição hedionda da Segunda Guerra Mundial e conscientes de que tais horrores não podiam voltar a acontecer, assumiu-se como imperativa a construção de uma nova Europa, alicerçada nos valores dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito.

A 5 de maio de 1949, neste contexto de reconstrução europeia, é constituído o Conselho da Europa (Tratado de Londres). Nasce uma organização comprometida com o primado dos Direitos Humanos, a edificação de uma democracia pluralista, a procura de soluções comuns para os problemas da sociedade europeia e a valorização da identidade cultural da Europa e da sua diversidade.

Sob a égide do Conselho da Europa e com o intuito de tornar vinculativos os direitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é assinada em Roma, a 4 de novembro de 1950, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH), que viria a entrar em vigor a 3 de setembro de 1953: o primeiro instrumento jurídico vinculativo de direito internacional em matéria de direitos humanos, de âmbito regional. Surge assim, perante a falência dos modelos puramente nacionais de defesa de direitos fundamentais, aquele que é considerado o mais perfeito modelo internacional de direitos fundamentais, criado após a Segunda Guerra Mundial.

III. Dois grandes propósitos orientaram os pioneiros da construção de uma nova Europa democrática. Eliminar as autocracias autoritárias que marcaram indelevelmente a primeira metade do século XX – que permaneciam nos dois países ibéricos, e demarcar esta Europa democrática do mundo comunista, que, simultaneamente, se dilatava no leste europeu.

Embora tenha nascido com o intuito de incorporar e tornar vinculativos os direitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a CEDH distingue-se pela criação de normas vinculativas e pela introdução de um mecanismo judiciário reacionário que permitisse o controlo da aplicação da legislação em vigor: é a primeira Convenção de Direitos Humanos a estabelecer um tribunal internacional independente – o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Esgotadas as vias judiciais internas, os cidadãos dos Estados vinculados à Convenção, podem agora recorrer a este Tribunal, criado para julgar e punir as violações dos direitos consagrados pela Convenção.

Hoje, a CEDH inclui 16 protocolos adicionais que expandem o âmbito material dos direitos que protege, permitindo resolver novos problemas que, à data da sua criação, não eram sequer pensados.

IV. Na década de 50, vivia-se em Portugal segundo o regime autoritário do Estado Novo, regime este que se afastava da ordem internacional dos Direitos Humanos e se incompatibilizava com os desígnios a atingir pela convenção. Só no período Pós Revolução de Abril, nomeadamente com a Constituição de 1976, Portugal se consagrou como um Estado constitucional, alicerçado nos valores da liberdade, democracia e proteção dos direitos fundamentais.

Desta feita, corria o ano de 1978 quando Portugal aderiu à CEDH e consequentemente, à comunidade internacional de Direitos Humanos. Este instrumento de direito internacional, que baliza o padrão europeu mínimo dos Direitos Humanos, faz também parte do direito interno, tendo sido aprovado, ratificado e publicado no Diário da República. Concretamente, a CEDH foi aprovada, para ratificação, pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro e publicada no Diário da República, n.º 236/1978, Série I de 1978-10-13.

V. Na imagem seguinte vemos a assinatura oficial da Convenção por Portugal, em 1976, no I Governo Constitucional, em que Mário Soares era primeiro-ministro e Medeiros Ferreira ministro dos Negócios Estrangeiros.



A assinatura oficial da Convenção por Portugal, em 1976. Retirado de: <https://www.dn.pt/edicao-do-dia/09-nov-2018/interior/portugal-e-a-convencao-europeia-dos-direitos-humanos-40-anos-depois-10151202.html>, em 30 de março de 2019.

VI. Ao integrar o Conselho da Europa e ao aderir à CEDH, Portugal escolhia inequivocamente o seu campo. No princípio, Portugal estabeleceu algumas “reservas” à Convenção -ou seja, exclusões do seu cumprimento-, em relação a aspetos que poderiam conflitar com a CRP, na sua versão originária, como, por exemplo, o exclusivo da televisão pública, a admissibilidade de expropriação sem indemnização ou a incriminação retroativa e punição dos agentes da antiga polícia política da ditadura. Mais tarde, porém, essas reservas vieram a ser levantadas, no seguimento de revisão constitucional dos preceitos em causa ou do esgotamento da sua força jurídica.

VII. A CEDH nasceu assente no compromisso da defesa dos Direitos Humanos e da consolidação das democracias europeias. Quase 70 anos passados da sua entrada em vigor, importa reforçar a importância da sua existência nos tempos hodiernos e os desafios com que se depara. A sobrevivência das democracias europeias como sonhadas e construídas no período pós Segunda Guerra Mundial, não está, de modo algum, garantida.

Acrescem na Europa e no Mundo, os desafios contemporâneos ligados à globalização, às guerras regionais e às migrações maciças, ao terrorismo internacional e à sobre-reação securitária, aos movimentos nacionalistas e populistas, às crises financeiras e ao problema de sustentabilidade dos direitos sociais, à digitalização e às ameaças à dignidade e autodeterminação pessoal, etc. Os desenvolvimentos recentes em alguns países mostram que nem sequer podemos dar por adquiridos ou irreversíveis os direitos alcançados.

VIII. Nos últimos anos vivemos numa Europa que parece ter-se esquecido dos alicerces sobre os quais se edificou. A ameaça do regresso da Turquia a uma ditadura, o Brexit, a crise governativa em Itália, a rutura com os princípios democráticos e com o Estado de Direito na Hungria e na Polónia, os êxitos eleitorais do AfD na Alemanha e a vitória evitada por pouco do FPÖ na Áustria, a par dos temidos êxitos da populista de direita Marine Le Pen em França e Geert Wilders na Holanda, são, na sua globalidade, o maior desafio à conservação da paz na Europa desde o final da Segunda Guerra Mundial. Em toda a Europa, assistimos a uma desestabilização das democracias.

Em grande parte do velho continente, os refugiados são despojados de qualquer individualidade e isolados em alojamentos maciçamente ou, como acontece na Hungria, são escorraçados na fronteira pela polícia e pelos soldados, com gás lacrimogénio.

Estima-se que o número de pessoas mortas e desaparecidas no Mar Mediterrâneo desde 2014 ultrapassa as 18000. O medo e a ignorância são aparentemente os responsáveis por encarmos com frieza o número aterrorizador de refugiados afogados e aquilo que nos leva a fechar fronteiras. Estes processos surgem-nos como sinal de uma repetição da época mais sombria de toda a história da humanidade.

IX. Seria talvez precoce considerar que a história se está a repetir, mas é igualmente arriscado e negligente fechar os olhos aos inúmeros sinais que alimentam o receio de que, no fim de contas, a Europa se poderia desmoronar.

Importa, pois, olhar a relevância da CEDH no quadro atual da Europa, aprendendo dos ensinamentos do passado que justificaram a sua concretização. A CEDH representa as conquistas da democracia pelas quais a Europa tanto sangue derramou. Mas, mais do que isso, é um lembrete permanente de que essas conquistas podem na verdade voltar a esfumar-se. Ao ler e analisar cada artigo desta Convenção, é hoje urgente, entender cada um deles como um clamor para que voltemos a nossa atenção para cada pessoa cujos Direitos Humanos são ainda hoje e, cada vez mais, violados na Europa. *NEVER AGAIN.*²

Ana Rodrigues

Isabel Martins da Silva

Estudantes do 4.º ano da licenciatura em Direito

² VITAL MOREIRA, artigo de Opinião no Jornal Diário de Notícias, <https://www.dn.pt/edicao-do-dia/09-nov-2018/interior/portugal-e-a-convencao-europeia-dos-direitos-humanos-40-anos-depois-10151202.html> , VITAL MOREIRA, Artigo de Opinião no Jornal Público, <https://www.publico.pt/2018/09/07/opiniao/opiniao/um-feito-historico-1843237>, <https://www.amnistia.pt/> ; <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean> ; <https://www.savethechildren.net/article/hundreds-children-report-police-violence-eu-borders> , últimos acessos a 16 de abril de 2019.

ARTIGO 2.º

DIREITO À VIDA

1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.

2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário:

- a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal;*
- b) Para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente;*
- c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição.*

COMENTÁRIO

I. O direito à vida, previsto no artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos humanos (doravante CEDH), é considerado o mais “preeminente de todos os direitos”³, uma vez que «constitui o “pressuposto fundante” de todos os demais direitos»⁴, ou seja, sem este, os restantes ficam privados do seu sentido. De facto, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH) já mencionou em diversos acórdãos, por exemplo no Acórdão *McCann* e outros c. Reino Unido, que o “artigo 2.º deve ser encarado como uma das principais disposições da Convenção, sendo que consagra um dos primordiais valores das sociedades democráticas”⁵.

³ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, Artigo 2º – Direito à vida, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 46.

⁴ JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 223.

⁵ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27.09.1995, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, último acesso a 16 de abril de 2019.

II. Ao analisar o artigo podemos concluir que o direito à vida apresenta uma dupla obrigação: negativa e positiva.

A primeira consiste no dever do Estado se abster da prática de atos que possam resultar na privação da vida de um ser humano. Contudo, o TEDH reconheceu “que esta obrigação negativa não é suficiente para proteger efetivamente o direito à vida.”⁶ Por isso, e tendo em conta que o artigo 2.º da CEDH dispõe que o direito à vida “é protegido pela lei”, está assim garantida “uma base especial e articulada para imposições de obrigações positivas nos Estados”⁷. Portanto, as pessoas têm o direito de exigir do Estado as medidas adequadas e necessárias no que toca à protecção do seu núcleo essencial: a vida.

III. Já as obrigações positivas têm um duplo sentido. Um primeiro “no sentido de tomar as medidas necessárias para a protecção da vida das pessoas contra terceiros e, em algumas circunstâncias particulares, contra elas próprias”⁸ (v.g. o não uso de violência letal contra reclusos por parte de agentes do Estado, tal como a protecção destes face à violência exercida por terceiros e ainda contra o suicídio dos mesmos, isto é, “o Tribunal deverá apreciar se as autoridades competentes tomaram atempadamente as precauções suficientes para reconhecer o risco de suicídio a se foram prestadas as medidas necessárias de prevenção”⁹, conforme apreciado no Acórdão *Perevedentsevy c. Rússia*, de 24 de abril de 2014; mais, a existência de um adequado sistema de regulação no que toca à assistência médica, quer seja pública ou privada, que permita assegurar a vida dos pacientes, garantindo então, por exemplo, como se discutiu no Acórdão *Altuğ e outros c. Turquia*, de 30 de junho de 2015, que a medicação seja administrada de forma correcta; entre outras obrigações positivas.)

IV. No entanto, o segundo sentido das obrigações positivas está relacionado com a vertente processual do direito à vida, o mesmo é dizer que, face às alegações de violação deste direito, deverão ser tomadas todas as diligências necessárias, através de uma resposta a nível processual adequada e atempada, com o objectivo de apurar e punir os responsáveis.

⁶ JANNEKE GERARDS, *Right to Life, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge; Antwerp; Portland, Intersentia, 2018, p. 367.

⁷ *Idem*, ob.cit., p. 355.

⁸ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: anotada*, 5.a ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 81

⁹ JANNEKE GERARDS, *Right to Life*, ob.cit., p. 370

Face a este segundo sentido importa aludir a uma recente decisão do TEDH relativa a Portugal, o Acórdão Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal, de 19 de dezembro de 2017: neste caso não foi considerado que houvesse uma violação substantiva do artigo 2.º da CEDH, apesar do parecer dissidente do juiz Paulo Pinto de Albuquerque.

Assim, foi decidida apenas a condenação de Portugal por violação processual do artigo em causa, visto que no caso concreto apurou-se que foi excessivo o tempo em que ocorreram as tramitações dos processos intentados e mais, “tendo em conta a complexidade de um contexto médico, a investigação não se podia limitar a apurar a causa da morte do paciente e o momento em que esta ocorreu. Existindo, por parte da requerente, a alegação defensável de uma sucessão de eventos que terá sido desencadeada por um ato médico negligente e que, por sua vez, terá contribuído para a morte de um doente, seria expectável que as autoridades conduzissem uma investigação exaustiva sobre os factos ocorridos. Tal investigação não ocorreu, sendo que os tribunais nacionais, ao apreciarem os factos, analisaram os sucessivos incidentes médicos de forma estanque sem ponderarem a interligação entre eles.”¹⁰

V. Após abordarmos, brevemente, as obrigações impostas ao Estado nesta matéria, importa referir a disposição do n.º 1 do artigo 2.º da CEDH que prescreve que “ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.”

Numa primeira fase, da qual podemos destacar da jurisprudência o Acórdão *Soering* c. Reino Unido, de 7 de julho de 1989, em que estava em causa a extradição de um cidadão alemão, detido no Reino Unido, para o Estado da Virgínia, nos Estados Unidos da América, onde estava prevista pela lei a pena de morte e este corria um sério risco de ser condenado à mesma, o TEDH considerou a extradição compatível com a CEDH. Assim, “a pena devia ser pronunciada por um tribunal competente, órgão caracterizado pela sua independência e imparcialidade, em processo público e equitativo, e executada sem assumir a feição de um tratamento desumano ou degradante”^{11,12}, de modo a não se tor-

¹⁰ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 19.12.2017, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹¹ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 07.07.1989, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹² IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia*, ob.cit., pp. 89 e 90.

nar incompatível com o artigo 3.º da CEDH, no que poderia ser, por exemplo, uma permanência no corredor da morte.

VI. Todavia, devido à mudança de valores nas sociedades europeias, numa interpretação evolutiva do artigo 2.º da CEDH, surgiram os Protocolos n.ºs 6 e 12 da CEDH, que prevêm a abolição da pena de morte em tempos de paz e em tempos de guerra respectivamente. Importa mencionar que o primeiro foi ratificado por todos os Estados Contratantes, com a excepção da Rússia, e o segundo foi ratificado por 44 dos 47 Estados, sendo a Arménia, Azerbaijão e Rússia os países que não o fizeram.

Destarte, em jurisprudência mais recente, ressalta-se o caso discutido no Acórdão *Al-Saadoon e Mufdhi c. Reino Unido*, aqui “o TEDH confirmou que a segunda parte do artigo 2.º já não pode ser interpretado como uma justificação para a imposição ou execução da pena de morte.”¹³ É importante frisar que tal conclusão é relevante, nomeadamente, para os casos de extradição para países em que há um perigo real e concreto da execução da sentença de pena de morte, que passa a ser proibida à luz da CEDH.

VII. Finalizando assim a apreciação do n.º 1 do artigo 2.º da CEDH, interessa contextualizar, sinteticamente, as excepções previstas no n.º 2 deste artigo.

Na verdade, o direito à vida “não é um direito absoluto, sendo de entender que as limitações devem ser interpretadas de forma estrita, à luz do princípio da inviolabilidade da dignidade humana.”¹⁴

Em virtude disso, a CEDH prevê exclusivamente três situações em que o recurso letal à força contra as pessoas pode ser permitido, desde que seja “absolutamente necessário”. Tal elemento demonstra a importância da proporcionalidade nos actos descritos nestes casos, podendo prevalecer-se do recurso à força que atenta contra a vida quando já esgotadas todas as restantes opções e o perigo em causa seja de extrema gravidade. Ou seja, “as autoridades devem tomar todas as precauções para minimizar o risco da vida, utilizando a força de um modo estritamente proporcional aos objectivos descritos nas alíneas do n.º 2 deste artigo”¹⁵

Deste modo, o n.º 2 do artigo 15.º – que prevê derrogações em caso de estado de necessidade – dispõe que nenhuma derrogação poderá ser autorizada ao

¹³ JANNEKE GERARDS, *Right to Life*, ob.cit., pp. 363 e 364

¹⁴ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Artigo 2º – Direito à vida*, ob.cit., p. 46

¹⁵ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, ob.cit., p. 90

artigo 2.º, "salvo quanto ao caso de morte resultante de actos lícitos de guerra." Consequentemente, "o TEDH só irá aceitar limitações ao direito à vida em circunstâncias muito especiais, não permitindo margem de apreciação aos Estados."¹⁶

VIII. Tendo sido seguida uma abordagem sumária de explicação do artigo, pretendemos ainda aprofundar uma das questões mais controversas na atualidade nesta matéria: "definir o *terminus a quo* (e o *terminus ad quem*) do próprio direito à vida."¹⁷

Em relação ao princípio da vida, este tópico é relevante no que concerne, sobretudo, à interrupção voluntária da gravidez e à proteção do embrião, *the unborn life*.

A CEDH, no seu texto, é omissa quanto a esta problemática, uma vez que não abrange uma definição de vida nem o seu âmbito de aplicação, contrariamente, por exemplo, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que no n.º1 do artigo 4.º prevê que o bem jurídico em causa "deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção."

No Acórdão *Vo c. França*, de 8 de julho de 2004, o TEDH "precisou que, na falta de um consenso europeu sobre a definição científica e jurídica do começo da vida, o ponto de partida do direito à vida releva da margem de apreciação que deve ser reconhecida ao Estado neste domínio"¹⁸.

No que respeita à matéria do aborto, o Tribunal recusou-se também a determinar se a CEDH garantia um direito ao mesmo e "deixa aos Estados um poder de apreciação discricionário neste domínio, que considera muito delicado"¹⁹, como mencionou, por exemplo, no Acórdão *Boso c. Itália*, de 5 de setembro de 2002. Consequentemente, podemos concluir que o Tribunal toma as suas conclusões conforme a legislação que esteja em vigor nos diferentes ordenamentos jurídicos (*v.g.* Acórdão *Evans c. Reino Unido*, de 10 de abril de 2007.)

IX. Já o objeto da proteção do fim da vida levanta divergências referentes à eutanásia, assim como à ortotanásia e ao suicídio medicamente assistido.

Para abordar o supra-mencionado, tomemos por base o Acórdão *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002: o artigo 2.º da CEDH, que prevê um direito à vida, "não deveria ser interpretado, sem distorção de linguagem, como

¹⁶ JANNEKE GERARDS,, *Right to Life*, ob.cit., p. 363

¹⁷ JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob.cit., p. 223

¹⁸ IRENEU CABRAL BARRETO, , *A Convenção Europeia...*, ob.cit., pp. 87 e 88.

¹⁹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Artigo 2º – Direito à vida*, ob.cit., p. 48

conferindo um direito diametralmente oposto, ou seja, como conferindo um direito de morrer”²⁰.

Entretanto, quanto à ortotanásia, que permite que ocorra uma morte natural por abstenção de cuidados, «as conclusões de Estrasburgo vão em sentido inverso: não só entendeu que o legislador “não pode ser criticado por se ter absterido de criminalizar a eutanásia passiva”, mas também conclui, com base no artigo 8.º da CEDH que, “uma pessoa pode reivindicar o direito de exercer a sua escolha de morrer, recusando consentir num tratamento que poderia ter feito por efeito prolongar a vida”»²¹, conforme avançado no já mencionado Acórdão *Pretty*. Entendimento semelhante é seguido para o suicídio medicamente assistido (*cfr.* artigo 8.º da CEDH).

X. Após todas as indagações consideradas pertinentes, em suma e numa análise geral do artigo 2.º da CEDH, podemos afirmar que o direito à vida assume um valor estrutural e basilar nas sociedades democráticas europeias, apresentando-se, portanto, como “a condição de todos os direitos.”²²

José Pedro Oliveira Pinto

Estudante do 4.º ano da licenciatura em Direito

²⁰ *Idem*, ob.cit., pp. 48 e 49

²¹ *Ibidem*, ob.cit., p. 50

²² J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, 4.a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 446.

ARTIGO 3.º

PROIBIÇÃO DA TORTURA

Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

COMENTÁRIO

I. Em 1867, foi proibida a pena de morte em Portugal, tendo a legislação nacional subsequentemente evoluído no sentido do reconhecimento gradual da dignidade da pessoa humana e, em concreto, do arguido enquanto titular de direitos e garantias de defesa. Assim, se no período de vigência do modelo da prova legal²³ a tortura era um auxiliar da obtenção de prova e realização da Justiça, atualmente, à luz do n.º 8 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), consubstancia a violação de valores essenciais, cominando-se com o vício da nulidade a prova assim obtida. Este desenvolvimento histórico encontra enquadramento normativo, do ponto de vista internacional, no artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante, "CEDH"), que, enquanto concretização do património cultural e axiológico dos Estados europeus, figura como artigo de fundamental importância e diretamente contendente com a dignidade humana, consagrando, portanto, uma garantia absoluta, traduzida numa proibição universal²⁴.

Assim, e principiando pela análise das três partes integrantes do artigo, como proposto por Ireneu Cabral Barreto, nomeadamente a tortura, as penas

²³ MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, reimp., pp. 168 a 171.

²⁴ Vide: <http://echr-toolkit.coe.int>, último acesso em 16 de abril de 2019.

ou tratamentos desumanos e as penas ou tratamentos degradantes²⁵, há que referir que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH) define o conceito de tratamento degradante nos seguintes termos: "o ato que causa ao interessado uma humilhação ou um aviltamento, atingindo um mínimo de gravidade"²⁶. Daqui partindo, os elementos integrantes do artigo distinguem-se, sobretudo, pela intensidade dos sofrimentos que recaem sobre o sujeito, sendo que terá de existir, metaforicamente, uma escala de gravidade tendo em conta a duração, os efeitos (físicos ou psicológicos), a idade, o sexo ou o estado de saúde da vítima.

II. Por outro lado, não é necessária a vontade expressa ou a intenção de humilhar. Aliás, à luz da interpretação dada pelo TEDH, nem sequer se exige um carácter público, relevando antes o elemento interno: o sujeito terá de se sentir afetado ao nível dos seus sentimentos mais profundos, mesmo que, quanto aos seus congéneres, nada seja exteriorizado.

Para conferir eficácia ao preceito, o qual tem consagração expressa no artigo 25.º da Constituição, é imperativa a criação da legislação adequada, tendo sobretudo em vista a tutela das crianças, dada a sua vulnerabilidade acrescida.

Na última década, o artigo 3.º viu a sua relevância reforçada pela questão migratória, tendo o TEDH vindo a afirmar, como extensão deste preceito, a proibição de expulsão ou extradição de migrantes, pese embora tal seja tendencialmente conflituante com as políticas de asilo que se têm vindo a implementar.

III. Neste âmbito, salientam-se dois casos em que Portugal foi demandado por violação do artigo 3.º. Primeiramente, quanto ao caso Teixeira de Castro contra Portugal²⁷, o autor, detido em flagrante delito por tráfico de heroína, invocou a violação do artigo 3.º com o fundamento de a sua conduta ilícita ter sido provocada pelos polícias à paisana, que se apresentaram como consumidores e, além disso, atuaram desprovidos de autorização expressa do MP para a dita operação. A pretensão foi indeferida liminarmente pela inexistência de provas quanto à adoção, por parte das autoridades portuguesas, de coação física sobre o autor.

²⁵ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 94.

²⁶ *Idem*, ob.cit., p. 95.

²⁷ Acórdão pesquisável em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"respondent\":\"PRT\"},\"article\":\"3\"},\"documentcollectionid2\":\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"},\"itemid\":\"001-163860\"}\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\), último acesso em 16 de abril de 2019.

Acresce aludir ao caso *Bogumil*²⁸, em que o requerente, detido no Aeroporto de Lisboa na posse de cocaína, deu conhecimento às autoridades da ingestão da dita substância, tendo por isso sido submetido a exame radiológico, o qual confirmou a presença da embalagem de cocaína no estômago do arguido, localizada numa área de elevado risco. Nessa sequência, veio a ser submetido a intervenção médico-cirúrgica, para a qual alegadamente não havia prestado consentimento. Bogumil invocou a ofensa à sua integridade física em virtude da dita intervenção, a qual – para além de importar sérios riscos para a sua saúde – foi, no seu entendimento, realizada apenas com o objetivo de obter um meio de prova conducente à sua incriminação. Em contrapartida, o executivo português afirmou que a operação tinha sido precedida de consentimento verbal, não tendo sido motivada pela pretensão de obter um meio probatório, mas no sentido de evitar o agravamento do estado clínico do agente.

Neste caso, como a insuficiência de provas relativas à verificação da prestação do consentimento não precludia a finalidade exclusivamente terapêutica da operação e o subsequente acompanhamento médico regular²⁹, a pretensão foi considerada improcedente a quanto ao artigo 3.º, considerando ter sido observado um justo equilíbrio entre o interesse público, relativo à proteção da saúde, e o direito do requerente à proteção da sua integridade física e moral. Portugal, portanto, nunca foi condenado por violação do preceito em análise.

IV. No domínio de um fenómeno de constitucionalismo multinível, importa mencionar a concretização do artigo 3.º no âmbito da releitura de que foi objeto o regime do mandado de detenção europeu (doravante MDE), que, nos termos da Decisão-Quadro do Conselho de 13 de Junho de 2002 (2002/584/JAI)³⁰, se traduz numa “decisão judiciária emitida por um Estado-Membro com vista à detenção e entrega por outro Estado-Membro duma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena ou medida

²⁸ Acórdão pesquisável em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode": \["POR"\], "appno": \["35228/03"\], "documentcollectionid2": \["CHAMBER"\], "itemid": \["001-119158"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), último acesso em 16 de abril de 2019.

²⁹ “No tocante à vigilância médica, o Tribunal observa que se o requerente foi transferido no próprio dia da intervenção do hospital civil para o hospital prisional, o que pode suscitar uma certa perplexidade, não é menos certo que ele beneficiou no hospital prisional de vigilância constante e de acompanhamento médico adequado, e isto até 6 de Dezembro de 2002, data da sua transferência para o Estabelecimento Prisional”. [Acórdão do TEDH, 6.4.2009, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int>].

³⁰ Documento disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3b151647-772d-48b0-ad8c-0e4c78804c2e.0010.02/DOC_1&format=PDF, último acesso em 16 de abril de 2019.

de segurança privativas de liberdade”. Ora, o MDE é executado com base no princípio do reconhecimento mútuo, mas sem prejuízo da obrigação de respeito dos direitos e princípios jurídicos fundamentais consagrados pelo artigo 6.º do Tratado da União Europeia. Este preceito remete, por sua vez, para o artigo 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, figurando como transcrição do artigo 3.º da CEDH. Em conformidade, o considerando 13 da Decisão-Quadro determina que “ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes”. Da interpretação integrada destas normas resulta que o MDE pode e deve ser recusado por um Estado-Membro sempre que se possa concluir pela sujeição do detido a um tratamento ou pena degradante no Estado emissor do mandado.

Não obstante, a interpretação desta cláusula excecional remissiva para o artigo 3.º da CEDH foi objeto de jurisprudência conflituante do TJUE e do TEDH. A título de exemplo, no acórdão N.S.³¹, o TJUE interpretou restritivamente a dita cláusula, entendendo que a avaliação respeitante à suscetibilidade de sujeição a um tratamento inadequado para efeitos de recusa do MDE deve ser feita em moldes sistémicos, visando aferir se o sistema do Estado emissor, globalmente considerado, pode levar a um tratamento degradante. Afastou-se a possibilidade de se proceder a uma avaliação casuística, ponderando as circunstâncias particulares do arguido (como a respetiva idade e estado de saúde) e o modo como estas poderiam concorrer para a existência de um risco de pena ou tratamento degradante.

Em contraposição, o TEDH, no acórdão Tarakhel³², determinou que, em caso de risco de aplicação de pena degradante, deveria ser feita uma apreciação casuística, a fim de obter uma “garantia individual” de que os indivíduos serão acolhidos em conformidade com os requisitos do artigo 3.º da CEDH³³. Assim sendo, para que seja ilidida a presunção, segundo a qual os Estados-Membros

³¹ Acórdão do TJUE de 21.12.2011, N. S. e o. (C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865), pesquisável em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=117187&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5283469> último acesso em 16 de abril de 2019.

³² Acórdão do TEDH de 4.11.2014, Tarakhel c. Suíça (CE:ECHR:2014:1104JUD002921712), pesquisável em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"Tarakhel\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\", \"CHAMBER\"\], \"itemid\":\[\"001-148070\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) último acesso em 16 de abril de 2019.

³³ Acórdão do TEDH de 4.11.2014, Tarakhel c. Suíça (CE:ECHR:2014:1104JUD002921712, §§ 114, 115 e 120 a 122), pesquisável em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"Tarakhel\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\", \"CHAMBER\"\], \"itemid\":\[\"001-148070\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) último acesso em 16 de abril de 2019.

respeitam os direitos fundamentais dos indivíduos, é indiferente a origem dos tratamentos desumanos e degradantes residir em falhas sistémicas do Estado-Membro³⁴.

Em conformidade, o TJUE, nos acórdãos Aranyosi³⁵, adotou a interpretação lata propalada pelo TEDH, de modo que, hoje, o MDE pode ser legitimamente recusado por um Estado-Membro com base em avaliações casuísticas, e não apenas sistémicas. Entendeu-se que “perante elementos objetivos, fiáveis, precisos e devidamente atualizados que confirmem a existência de deficiências (...), a autoridade judiciária de execução deve verificar (...) se existem motivos sérios e comprovados para considerar que a pessoa objeto de um MDE (...) correrá, em razão das condições da sua detenção nesse Estado-Membro, um risco real de trato desumano ou degradante (...) em caso de entrega ao referido Estado-Membro”. Em suma, a evolução jurisprudencial foi no sentido de ampliar o âmbito normativo de legítima recusa da aplicação cabal do regime do MDE.

V. No que tange ao panorama português, foi em 2018 publicado o Relatório do Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamento Desumanos ou Degradantes ³⁶(doravante CPT) em resultado da visita a várias prisões e esquadras portuguesas, em 2016 (doravante ‘Relatório’) – ação levada a cabo no âmbito da Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e Penas ou Tratamentos Desumanos e Degradantes³⁷, em linha com o artigo 3.º da CEDH. Da leitura do Relatório conclui-se que (i) existem, em Portugal, inúmeros casos de maus tratos pelas forças policiais e guardas prisionais; (ii) as prisões portuguesas continuam a sofrer de sobrelotação e (iii) a título paradigmático, a Clínica Psiquiátrica do estabelecimento prisional de Santa Cruz do Bispo não está adequadamente organizada – em contrariedade com o artigo 3.º da CEDH.

³⁴ Acórdão do TEDH de 4.11.2014, Tarakhel c. Suíça (CE:ECHR:2014:1104JUD002921712, §§ 103 e 104), pesquisável em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Tarakhel"\], "documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER", "CHAMBER"\], "itemid":\["001-148070"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) último acesso em 16 de abril de 2019.

³⁵ Acórdão do TJUE de 05.04.2016, Aranyosi, pesquisável em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175547&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9729486> último acesso em 20 de março de 2019.

³⁶ Documento disponível em <https://rm.coe.int/168078e1c8> último acesso em 16 de abril de 2019.

³⁷ Documento disponível em <http://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-europeia-para-prevencao-da-tortura-e-penas-ou-tratamentos-desumanos-e-1> último acesso em 16 de abril de 2019.

Em concreto, o CPT constatou a prática de violência, sobretudo, contra estrangeiros, com o propósito de obter uma confissão. Consequentemente, recomendou-se a conversão da Inspeção-Geral da Administração Interna num órgão independente, encarregado de investigar criminalmente todas as queixas de maus-tratos cometidos pelos agentes policiais. Neste âmbito, foi reconhecido o esforço do Estado português na publicação da Circular n.º 1/17, de 27.01.2017, que estabelece procedimentos para o exame e registo das lesões dos reclusos, e na promoção de formação adequada às forças policiais.

No que à sobrelotação das prisões diz respeito, constatou-se que, aquando da visita do CPT, a população reclusa em Portugal ascendia aos 14.007 reclusos para uma capacidade de 12.600. Por isso, o CPT recomendou a criação de novos estabelecimentos prisionais e a limitação do número de condenados em pena de prisão. Ademais, são totalmente inadequadas não só as condições de habitabilidade em algumas partes dos estabelecimentos prisionais de Caxias, Lisboa central e Setúbal são totalmente inadequadas, como o regime dos reclusos, que carece de ser enriquecido com mais oportunidades de trabalho e estudo, as quais são hoje muito limitadas. Em resposta às críticas mencionadas, foi publicada a Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto, que aboliu o regime da prisão por dias livres e o regime de semidetenção, reconhecendo espaço à prisão domiciliária como forma de cumprimento de pena para crimes menos graves.

O CPT enfatizou, ainda, a situação dos estabelecimentos prisionais de Monsanto e de Santa Cruz do Bispo, sendo que no primeiro se constatou um uso abusivo das celas de segurança máxima (onde um recluso pode ser mantido em total isolamento por até 10 dias, contrariamente ao carácter pretensamente excecional destas celas), desconforme com o artigo 3.º da CEDH. Em consequência, foi recomendada a implantação de um regime progressivo de tempo fora da cela sempre que o recluso revele bom comportamento. Quanto ao hospital-prisão de Santa Cruz do Bispo, foi enfatizado que este não é capaz de providenciar um ambiente terapêutico adequado para o tratamento dos pacientes, recomendando-se o respetivo encerramento e a transferência dos mesmos para uma unidade apropriada. Acresce que, embora haja uma equipa médica competente, o contacto desta com os doentes psiquiátricos é restrito a momentos residuais, cabendo, predominantemente aos guardas prisionais, o controlo dos pacientes – reiterando-se a necessidade da sua imediata substituição por uma equipa de enfermagem devidamente qualificada. Finalmente, a principal crítica dirige-se à falta de um plano que estabeleça as diretrizes de aplicação de medidas de repressão aos pacientes.

VI. Da análise histórica, hermenêutica e jurisprudencial *supra* desenvolvida

resulta a conclusão de que, a nível do direito comparado e no âmbito de uma perspectiva histórica alargada, Portugal vem demonstrando um eminente progresso em termos de conformação com os parâmetros impostos pelo artigo 3.º da CEDH – do que é indício a abolição precoce da pena capital em Portugal e a escassez de intervenções jurisprudenciais em sede de incumprimento.

Todavia, ainda há muito a ser feito para que uma aplicação plena e efetiva do artigo 3.º seja assegurada. É imperativo que se adotem medidas concretas que, em conformidade com as diretrizes traçadas pelo CPT, permitam imbuir o sistema prisional e jurídico-penal português de um espírito mais concordante com a finalidade de promoção de parâmetros mais elevados em sede de garantia da dignidade humana. In fine, e porque o jurista não se deve resignar ao método meramente dedutivo-subsuntivo, há que indagar qual o caminho a prosseguir, doravante, pelos Estados-Membros (sobretudo, pelos mais assoberbados pela crise humanitária que se vive) na concretização, *in casu*, do artigo 3.º.

Brígida Malheiro

Maria Eduarda Fagundes

Rita Reis

Estudantes do 3.º ano da licenciatura em Direito

ARTIGO 4.º

PROIBIÇÃO DA ESCRAVATURA E DO TRABALHO FORÇADO

1. *Ninguém pode ser mantido em escravidão ou servidão.*
2. *Ninguém pode ser constrangido a realizar um trabalho forçado ou obrigatório.*
3. *Não será considerado “trabalho forçado ou obrigatório” no sentido do presente artigo:*
 - a) *Qualquer trabalho exigido normalmente a uma pessoa submetida a detenção nas condições previstas pelo artigo 5º da presente Convenção, ou enquanto estiver em liberdade condicional;*
 - b) *Qualquer serviço de carácter militar ou, no caso de objectores de consciência, nos países em que a objecção de consciência for reconhecida como legítima, qualquer outro serviço que substitua o serviço militar obrigatório;*
 - c) *Qualquer serviço exigido no caso de crise ou de calamidade que ameacem a vida ou o bem – estar da comunidade;*
 - d) *Qualquer trabalho ou serviço que fizer parte das obrigações cívicas normais.*

COMENTÁRIO

I. A proibição da escravatura e do trabalho forçado, prevista no artigo 4.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante CEDH), “assume-se como um dos mais fundamentais valores das sociedades democráticas.”³⁸

No que respeita este artigo, importa, numa primeira abordagem, apresentar a sua estrutura: o seu n.º 1 dispõe da proibição da escravatura e da servidão;

³⁸ LEO ZWAAK, Prohibition of slavery and forced labour, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge ; Antwerp ; Portland, Intersentia, 2018, p. 425.

optou-se por, separadamente, no n.º 2 prever a proibição do trabalho forçado ou obrigatório; enquanto que no n.º 3 não se elenca um conjunto de exceções ou limitações ao direito previsto anteriormente, assumindo antes este uma função de delimitação do campo de aplicação do consagrado nesse número, de forma a conduzir a uma melhor interpretação.

De facto, é também aqui imposto ao Estado uma dupla obrigação, quer negativa, quer positiva. Quanto à primeira, esta corresponde à necessidade “de agir de modo a não violar os direitos aqui garantidos”³⁹. Já a vertente positiva concretiza-se na necessidade “de adotar disposições no domínio penal que sancionam as práticas visadas neste artigo e de as aplicar concretamente”⁴⁰, como já foi mencionado em diversos acórdãos, entre os quais, por exemplo, o Acórdão *Siliadin* c. França, de 26 de julho de 2005.

II. Ao analisar o n.º 1 notamos que a CEDH não apresenta uma definição dos conceitos em causa. Como tal, e estando cientes dos “direitos fundamentais na arena global”, como refere Susana Tavares da Silva, “a Comissão lembrou que existem outros instrumentos internacionais que podem ajudar a precisar o seu conteúdo”⁴¹, entre os quais se destaca a Convenção Relativa à Escravatura, de 1926 que no n.º1 do artigo 1.º prescreve que a “escravatura é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos ou quaisquer atributos do direito de propriedade.”

Quanto ao conceito de servidão, tomemos por base a Convenção Suplementar Relativa à Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Analógicas à Escravatura, de 1956 que das alíneas a) a d) prevê as modalidades do conceito *in casu*: “servidão por dívidas”; “servidão da gleba”; “toda a instituição ou prática em virtude da qual a *mulher é prometida* ou dada em casamento pela sua família ou cedida a terceiros pelo seu marido ou entrega a terceiros por morte do marido”⁴²; “a *entrega de menores* de 18 anos a terceiros com o fim de explorar quer a pessoa quer o trabalho da criança ou adolescente.”⁴³

³⁹ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: anotada*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 106.

⁴⁰ *Idem*, ob. e loc. cit.

⁴¹ *Ibidem*, ob. e loc. cit.

⁴² *Ibidem*, ob.cit., p. 107

⁴³ *Ibidem*, ob. e loc. cit.

III. Importa ainda mencionar o n.º 2 do artigo 15.º da CEDH que estipula que em relação ao direito em causa, proibição da escravatura e da servidão, não poderá ocorrer nenhuma derrogação, nem em caso de estado de necessidade.

Para uma melhor reflexão sobre este tópico é pertinente apreciar o já supra-citado caso *Siliadin*. Aqui, a aplicante, oriunda do Tongo, chegou a França, com 15 anos de idade, acompanhada de uma pessoa para quem iria trabalhar, tal como acordou o seu pai, até que o bilhete de avião estivesse reembolsado, com a premissa de que esta deveria frequentar a escola e ter a sua condição de imigrante regularizada. Contudo, o que se verificou foi que a jovem trabalhou na respectiva casa aproximadamente 15 horas por dia, sem nenhum período de descanso, além de que nunca chegou a ser cumprida nenhuma das disposições acordadas.

O TEDH, «apesar de ter considerado o tratamento sofrido enquadrado no conceito de servidão e de trabalho forçado, não estabeleceu uma ligação com a escravatura. Não obstante a aplicante ter perdido a sua autonomia pessoal, a mesma não se encontrava numa posição de escrava, já que não havia garantido um verdadeiro direito legal de propriedade sob ela, que a reduzisse a um estatuto de “objecto”»⁴⁴.

IV. Por fim, podemos concluir que “a servidão parece constituir assim uma forma particular de escravidão, distinguindo-se menos pela natureza do que pelo grau de intensidade.”⁴⁵

Ademais, tecendo algumas considerações sobre o n.º 2 do artigo 4.º da CEDH, não nos é apresentada uma definição de trabalho forçado ou obrigatório. Portanto, relevam as Convenções Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho (doravante OIT), das quais se realçam a Convenção da OIT n.º 29, de 28 de junho de 1930 e a Convenção n.º 105, de 25 de junho de 1957 referente à abolição do trabalho forçado ou obrigatório. Sendo que a primeira no n.º 1 do seu artigo 2.º apresenta o trabalho forçado ou obrigatório como “todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.”

Os *standards* desenvolvidos pelo TEDH com o intuito de avaliar aquilo que poderá ser considerado uma situação típica no que respeita aos deveres incumbidos aos membros de uma determinada profissão passa por ter em consideração se “os serviços prestados consubstanciam-se dentro dos âmbitos normais das atividades da profissão em questão; se o serviço é remunerado ou não, ou

⁴⁴ LEO ZWAAK, *Prohibition of slavery and forced labour*, ob.cit., pp. 429 e 430

⁴⁵ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia....*, ob.cit., p. 107

se apresenta algum outro tipo de compensação; se a obrigação é fundada na concepção de um dever de solidariedade social; e se o encargo imposto é desproporcional.”⁴⁶

V.De modo a obtermos uma melhor compreensão da temática abordaremos, sumariamente, alguns casos que foram já discutidos:

Primeiro, o caso *Iversen* que envolve a colocação de um dentista de nacionalidade norueguesa na zona aquilonal do respectivo país, ao abrigo de uma lei sobre o serviço obrigatório dos dentistas. O aplicante abandonou o seu serviço e foi condenado penalmente pelo Estado norueguês. Quando apresentada à Comissão, antes do TEDH ser o único órgão de aplicação e interpretação da CEDH, esta decidia sobre a admissibilidade das queixas. No caso em apreço, apesar das divergências entre os membros, foi decidido pela maioria que a Queixa deveria ser considerada inadmissível, já que o serviço “embora obrigatório, era de curta duração, assegurava uma remuneração satisfatória, enquadrava-se dentro da atividade profissional do visado e só se aplicava face a lugares não providos; não se apresentava discriminatório, arbitrário ou punitivo, pelo que a sua imposição não era injusta nem opressiva.”⁴⁷

Outra situação passa pela invocação do trabalho forçado por parte dos defensores oficiosos, ou seja, na situação da assistência judiciária gratuita. A Comissão, nessas questões, não considerava, muita das vezes, a queixa admissível uma vez que os requerentes haviam exercido o seu direito de liberdade de profissão, neste caso a de advogado, não tendo sido coagidos a escolher a mesma e sabendo de antemão que seriam obrigados a prestar esse serviço, embora a ausência de remuneração seja manifestamente injusta.

Todavia, quando o TEDH teve oportunidade de abordar o caso particular a fundo, no Acórdão *van der Mussele*, de 23 de novembro de 1983, o Tribunal seguiu uma abordagem diferente da Comissão: apesar de defender que a intervenção oficiosa dos advogados não se enquadra no conceito de trabalho forçado ou obrigatório, este propõe uma ponderação entre a “carga” e as vantagens que tal serviço acarreta para o exercício da sua profissão. Nesse sentido, “o Tribunal constatou que restava ao requerente tempo suficiente para efetuar um trabalho remunerado, pois apenas consagrou ao caso 18 horas de trabalho, que os serviços impostos concorriam para a sua formação e que estas vantagens, ao lado do monopólio da representação em juízo da sua profissão, sobrelevavam

⁴⁶ LEO ZWAAK, *Prohibition of slavery and forced labour*, ob.cit., p. 432

⁴⁷ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia....*, ob.cit., p. 108.

os inconvenientes que não eram importantes tendo em conta as despesas reduzidas que o requerente teve de suportar.”⁴⁸

VI. Além disso, ainda em relação ao n.º 2 do artigo 4.º da CEDH, com base no artigo 15.º da CEDH, “a proibição de trabalho forçado ou obrigatório pode ser restringida em caso de guerra ou de emergência, na estrita medida em que exigir a situação e em que tais providências não estejam em contradição com outras disposições decorrentes de direito internacional.”⁴⁹

Após a explicação já enunciada podemos concluir que, no que toca à relação entre o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 4.º da CEDH, “o texto da norma diz-nos que a proibição da escravatura e da servidão são consideradas questões de estatuto e, por contraste, a proibição de trabalho forçado tem como objetivo proteger as pessoas que se encontram em liberdade. Escravatura e servidão são estados contínuos, embora não necessariamente permanentes, enquanto o trabalho forçado pode surgir incidentalmente ou ter carácter temporário”⁵⁰

VII. Face ao n.º 3, tendo em consideração o já supramencionado, importa só referir que as suas quatro alíneas, de acordo com a jurisprudência do TEDH, “assentam sobre as ideias-base do interesse geral, da solidariedade e da normalidade”⁵¹, podendo ser elencadas face às seguintes situações: trabalho exigido aos detidos; serviço militar; em situação de crise ou calamidade; e trabalho que faz parte das obrigações cívicas normais.

Resulta ainda deste artigo – apesar de não surgir previsão expressa – a proteção no combate ao tráfico humano. Nestas situações, segundo a jurisprudência do TEDH, podemos concluir que o ser humano é tratado como um objecto para ser comprado e vendido para, por norma, terminar numa situação de trabalho forçado, não remunerado ou com valores não coexistentes com uma existência condigna, e com ligação ao universo do trabalho sexual. De facto, e

⁴⁸ *Idem*, ob.cit., p. 107

⁴⁹ FLÁVIA NORVERSA LOUREIRO/MARGARIDA SANTOS, Artigo 4.º – Proibição da Escravatura e do Trabalho Forçado, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 87

⁵⁰ FRANCIS GEOFFREY JACOBS *et al.*, *The European Convention on Human Rights*, 5.ª ed., Oxford University Press, 2010, *apud* MARIA LUÍS CARVALHO, *O conceito de trabalho forçado no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de Mestre em Direito, Porto, 2014.

⁵¹ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, ob.cit., p. 110

conforme o Acórdão *Rantsev c. Chipre e Rússia*, de 7 de janeiro de 2010, "não poderá haver dúvidas que o tráfico ameaça a dignidade da pessoa humana e as liberdades fundamentais das suas vítimas, portanto, não é possível que possa ser considerado compatível com uma sociedade democrática e os valores manifestos na CEDH."⁵²

Por conseguinte, apesar da não previsão no artigo 4.º da CEDH, "a mesma deverá ser tida em conta como um instrumento vivo que deverá ser interpretada à luz das condições e valores contemporâneos"⁵³, abarcando assim a proteção no âmbito do tráfico humano.

VIII. De forma a concluir o nosso comentário, importa reflectir sobre a importância do trabalho para o ser humano, uma vez que demonstra um impacto crucial para alcançar a plenitude enquanto pessoa, denotando as repercussões que tem ao longo da sua vida e no quotidiano, sendo essencial garantir uma forma digna na sua prestação. Como apresenta Hannah Arendt: «o trabalho é um meio de realização pessoal, proporcionando satisfação a quem o presta, o trabalho é o meio de o homem se impor à natureza. Porém, é reconfortante saber que a grande maioria dos trabalhadores, quando se lhe pergunta "porque é que o homem trabalha", responde simplesmente: "para poder viver" ou "para ganhar dinheiro."»⁵⁴

José Pedro Oliveira Pinto

Estudante do 4.º ano da licenciatura em Direito

⁵² Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 07.01.2010, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁵³ LEO ZWAAK, *Prohibition of slavery and forced labour*, ob.cit., p. 432.

⁵⁴ HANNAH ARENDT, *A Condição Humana*, Lisboa, 2001, pp. 171 e 172.

ARTIGO 5.º

DIREITO À LIBERDADE E À SEGURANÇA

1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal:

- a) Se for preso em consequência de condenação por tribunal competente;*
- b) Se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei;*
- c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infracção, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infracção ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido;*
- d) Se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente;*
- e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo;*
- f) Se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição.*

2. Qualquer pessoa presa deve ser informada, no mais breve prazo e em língua que compreenda, das razões da sua prisão e de qualquer acusação formulada contra ela.

3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

4. Qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou detenção em condições contrárias às disposições deste artigo tem direito a indemnização.

COMENTÁRIO

I. Sob a epígrafe 'direito à liberdade e à segurança', o arco normativo deste preceito faz uma alusão clara a dois direitos fundamentais, por um lado, a liberdade e, por outro lado, a segurança.

II. Se assim é, a questão que se coloca é justamente a de saber se são direitos diametralmente opostos ou se umbilicalmente são harmonizáveis ou ainda se decorrem da correlação em sintonia.

Parece claro que a resposta certa é a comum opinião de que são direitos com íntimas conexões. Logo, assim entendido, impõe que se faça uma tentativa de aproximação tendencial aos traços distintivos da liberdade e segurança. Para a aferição desses critérios deve resultar em dissecar a cada um dos direitos em causa.

III. No que respeita ao direito à liberdade, como resulta do contexto global da Convenção, e nos termos deste artigo 5.º, a liberdade pode significar direito a liberdade física, a liberdade de movimentos – ou, por outras palavras, de não ser detido ou aprisionado ou ainda de ser usado qualquer método que limita o nosso movimento a um determinado espaço.

Nessa ótica, nota-se que a Convenção não acolhe a consagração de toda a liberdade ou a generalidade de liberdades, mas faz menção daquelas que podem ser consideradas como principais liberdades.

Assim, a sindicância deste direito à liberdade engloba fundamentalmente o direito de não ser detido ou preso pelas autoridades públicas a não ser nos casos que a lei prevê, o direito de não ser aprisionado ou fisicamente impedido por parte de outrem ou terceiros, direito à proteção do Estado contra os atentados de outrem a própria liberdade.

III. Já no que tange ao direito à segurança, o preceito alude ao fator securitário como forma de garantia do exercício seguro e tranquilo dos direitos

livre de ameaças e agressões, comportando, nesses termos, a dimensão negativa que subjetivamente é o direito de defesa perante agressões dos poderes públicos e a dimensão positiva, correspondente a um direito positivo à proteção através dos poderes públicos contra às ameaças ou agressões vindas de outrem, por exemplo, segurança da pessoa, segurança da propriedade, segurança dos bens, etc..

IV. Como qualquer outro, os direitos assim previstos não são direitos que não conheçam limites. No entanto, as restrições ao direito a liberdade que se podem traduzir em medidas de privação total ou parcial da liberdade só podem ocorrer nos termos dos elencos das alíneas do n.º1 deste artigo 5º, considerando, para efeitos de tais privações, o princípio da proporcionalidade na sua tripla dimensão.

Tirando as exceções elencadas nas alíneas do n.º1 do artigo 5º, as medidas privativas de liberdade só podem acontecer nos casos de decisão judicial ou da sanção penal e a privação da liberdade só ocorra nos termos que a lei prevê.

V. Já o n.º 2 consagra o dever de informação atua basicamente como garantia de proibição de detenções e prisões arbitrárias, para além do mais completado com a previsão do dever de indemnização em caso de detenção ou prisão ilegal.⁵⁵

Alberto Cá Júnior

Estudante do 4.º ano da licenciatura em Direito

⁵⁵ RUI MOURA RAMOS, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – sua posição face ao ordenamento jurídico português e Aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – alguns problemas*, in Documentação e Direito comparado – B.M.J. 1980 e 1983, respetivamente e MARIA JOÃO ANTUNES, *Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Direito Processual Penal, Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-9, pp. 22 – 26.

No que respeita a densificação feita por jurisprudência constitucional portuguesa, vejam-se os Acórdãos TC n.º63/ 85, n.º7/87, n.º103/87, todos pesquisáveis em www.tribunalconstitucional.pt.

ARTIGO 6.º

DIREITO A UM PROCESSO EQUITATIVO

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;

b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;

c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;

d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;

e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

COMENTÁRIO

I. No artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante CEDH), é consagrado o direito a um processo equitativo. Neste artigo é possível encontrar um conjunto alargado de direitos, direitos esses que constituem condição necessária de um Estado de Direito. O processo equitativo será aquele que possibilita a ambas as partes processuais idênticas condições ou mecanismos, por forma a verem tuteladas as suas posições jurídicas. É um direito que se relaciona com a administração da justiça, quer no contexto civil quer no âmbito penal. Uma administração correta da justiça traduz-se em duas vertentes: uma institucional e outra processual. Neste sentido, o princípio do processo justo integra uma diversidade de direitos individuais que procuram assegurar a correta administração da justiça desde o momento da suspeita até ao momento da execução da sentença ⁵⁶.

II. Logo no n.º 1 do artigo 6.º da CEDH é possível identificar um princípio que já levou a muitas condenações dos Tribunais Portugueses por parte do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH). Trata-se do direito a obter uma decisão num prazo razoável, prazo que compreende não só o período até ao início do julgamento, como a duração total do processo, incluindo o recurso para um Tribunal superior. Importa ter em atenção que não há um prazo certo definido, que seja considerado razoável – o que o pode ser para determinado caso, pode não o ser num outro caso. Para se saber qual o prazo razoável aplicável a cada caso, é necessário fazer uma análise segundo diversos critérios: a complexidade do caso, a própria conduta das partes, a atuação das autoridades e o que está em causa para o autor em litígio.⁵⁷ No entanto, o TEDH, tem demonstrado alguma compreensão na análise destes critérios quando em situações excecionais. Por exemplo, perante uma crise económica, o excesso de processos em curso pode justificar uma leitura mais parcimoniosa dos dados do problema.⁵⁸ Para além de ser desenhado como um direito do arguido, esta-

⁵⁶ VITAL MOREIRA / CARLA MARCELINO DE GOMES, *Compreender os Direitos Humanos*, 1.ª ed., Coimbra, Ius Gentium Conimbrigae/Centro de *Direitos Humanos*, 2014, p.227.

⁵⁷ VITAL MOREIRA / CARLA MARCELINO DE GOMES, *Compreender....*, ob.cit., p.231.

⁵⁸ ANA SALADO OSUNA, Reasonable time in the Administration of Justice: A Requirement of

mos perante um direito que também é da vítima, a qual deve poder obter uma decisão num prazo razoável, sem o prolongamento do seu caso durante anos.

Para além deste princípio, é possível identificar na primeira parte do n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, o direito a ser julgado por um Tribunal independente e imparcial. A própria realidade e as exigências da vida postulam que se pense a independência como a mais irrenunciável característica do julgar e, portanto, da função judicial. A raiz teórica da ideia de independência judicial encontra-se, desde logo, na doutrina da separação de poderes, de Montesquieu, de acordo com a qual o poder judicial tem de estar separado dos poderes legislativos e executivo. Ou seja, o poder judicial enquanto instituição, assim como os juízes, têm de poder exercer as suas responsabilidades profissionais sem influência externa. Devem ser independentes perante os restantes poderes do Estado, bem assim de quaisquer grupos da via pública, da administração judicial e dos restantes Tribunais.⁵⁹ Assim sendo, a independência dos juízes é um dos pilares da independência dos Tribunais, enquanto órgão jurisdicional. No processo penal português, o artigo 203.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), consagra a independência dos Tribunais, estando estes apenas sujeitos à lei.

III.No que à imparcialidade diz respeito, importa garantir que a mesma não é posta em causa não só por pressões exteriores, como ainda em virtude de relações especiais que os liguem a um caso concreto que devam julgar. A estrita e absoluta objetividade do juiz na realização da Justiça no caso é condição irrenunciável para que ela possa constituir-se como expressão da ideia de Estado de direito, sendo para tal fundamental garantir a sua imparcialidade. A exigência de imparcialidade implica, desde logo, que o juiz não seja parte no conflito ou não tenha nele um interesse pessoal em virtude da ligação a alguma das partes nele envolvidas. Mas o princípio postula, também, uma intervenção judicial equidistante, desprendida e descomprometida em relação ao objeto da causa e a todos os demais sujeitos processuais. O princípio da imparcialidade do juiz repudia o exercício, no processo, de funções judiciais por quem tenha ou se possa objetivamente recear que tenha uma ideia pré-concebida sobre a responsabilidade penal do arguido, bem como por quem não esteja (ou se possa objetivamente temer que não esteja) em condições de as desempenhar de forma totalmente desinteressada, neutral e isenta. A imparcialidade afere-se na relação entre o juiz e o

the European Convention of Human Rights, in *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 176 ss.

⁵⁹ MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp 30 ss.

processo ou entre o juiz e as pessoas que do processo fazem parte. O juiz deve ser um terceiro, neutral e isento face à matéria e face aos intervenientes.⁶⁰

IV. Na segunda parte do n.º1 do artigo 6.º da CEDH, é estabelecido o princípio da publicidade, de acordo com o qual deve existir a “assistência do público, em geral, à realização de certos atos processuais, nomeadamente, a audiência de julgamento, narração dos atos processuais ou à reprodução dos seus termos pelos meios de comunicação social e à consulta do auto e à obtenção de cópias, extratos e certidões de quaisquer partes do processo.”⁶¹

V. A publicidade da audiência de julgamento deve ser encarada como uma forma de respeito pelas exigências do processo equitativo, fomentando a confiança na justiça e assegurando uma audiência justa das partes. Tudo isto tendo por base a máxima de que a justiça não deve apenas ser feita, antes devendo ser vista a ser feita, tendo o público o direito de saber como a justiça é feita e quais as decisões daí resultantes.⁶² Este é um princípio que deve ser totalmente respeitado, exceto, nos casos previstos na lei, casos esses que se prendem, por exemplo, com o mediatismo de processos passível de gerar grande impacto na opinião pública. Nestes casos e noutros em que os interesses em confronto ditem o segredo, o princípio da publicidade da audiência é limitado.

VI. O n.º 2 do artigo 6.º da CEDH, consagra, por sua vez, o direito à presunção da inocência, isto significando que “todos os que são acusados de um crime têm o direito a ser presumidos inocentes até serem considerados culpados, de acordo com a lei, num julgamento justo.”⁶³ É um direito que se aplica desde o momento em que há uma suspeita da prática de um crime até ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A presunção da inocência é um princípio que se pode relacionar com princípio *in dubio pro reo*, princípio de acordo com o qual o Tribunal deve dar como provados os factos favoráveis ao arguido, quando estes ficam aquém da dúvida razoável, apesar da prova que foi produzida

⁶⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / NUNO BRANDÃO, *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, Sujeitos Processuais Penais: O Tribunal. Texto de apoio ao estudo da unidade curricular de Direito e Processo Penal do Mestrado Forense da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, pp. 12 e ss.

⁶¹ MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito....*, ob.cit., p.182.

⁶² VITAL MOREIRA / CARLA MARCELINO DE GOMES, *Compreender....*, ob.cit., p.230.

⁶³ Idem, ob. e loc. cit.

ao longo do processo.⁶⁴ O direito ao silêncio e o direito a não ser forçado a testemunhar contra si mesmo ou a declarar-se culpado também pertencem ao núcleo do direito à presunção da inocência.⁶⁵ Este princípio é garantido pela CRP, no n.º 2 do artigo 32º.

VII. Por fim, no n.º 3 do artigo 6.º da CEDH, é possível encontrar uma enumeração dos direitos mínimos que cabem ao acusado. Desde logo, o acusado deve ser informado da acusação que contra ele existe, isto é, tem um direito à informação, que deve ser prestada num curto prazo de tempo, de forma pormenorizada, em língua que ele consiga entender. Face à acusação, deve ser dado ao acusado o tempo e os meios adequados para a preparação da sua defesa. Para tal, o acusado pode defender-se ou ter a assistência de um defensor e, no caso de insuficiência económica, pode ser-lhe nomeado um defensor oficioso. Na nomeação do defensor deverá ter-se em conta o direito do acusado a um advogado experiente, competente e eficaz.

VIII. Quanto ao direito a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação, o princípio da igualdade de armas impõe-se, pelo que a defesa e a acusação devem estar numa posição de igualdade nos procedimentos. O objetivo deste direito é o de garantir ao acusado os mesmos poderes legais conferidos ao Ministério Público, de forçar a comparência de testemunhas e de interrogar ou contrainterrogar qualquer testemunha.⁶⁶

O direito a fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, incluindo a tradução de documentos, aplica-se, de igual modo, a nacionais e estrangeiros que não dominem a língua utilizada no Tribunal. É um direito que pode ser exercido em qualquer altura do processo.

IX. Importa agora fazer uma referência breve a jurisprudência onde se tenha invocado a violação do artigo em análise. No caso *Liga Portuguesa de Futebol Profissional contra Portugal*, a mesma apresentou queixa no TEDH invocando a violação do artigo 6.º n.º1 da CEDH, alega que o processo instaurado por si no Tribunal do Trabalho de Lisboa, não foi decidido de modo equitativo nem em prazo razoável. A 25 de março de 2002, um jogador profissional de futebol intentou contra a Liga portuguesa de Futebol Profissional, no Tribunal de Tra-

⁶⁴ MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito...*, ob.cit., p.180.

⁶⁵ VITAL MOREIRA / CARLA MARCELINO DE GOMES, *Compreender...*, ob.cit., p.231.

⁶⁶ VITAL MOREIRA / CARLA MARCELINO DE GOMES, *Compreender...*, ob.cit., p.232.

balho de Lisboa, uma ação para a declaração de nulidade de duas cláusulas de uma convenção coletiva. A 19 de setembro de 2005, o Tribunal de Trabalho de Lisboa rejeitou as pretensões do autor, tendo este, a 12 de outubro de 2005 recorrido *per saltum* para o Supremo Tribunal de Justiça (doravante STJ). O autor impugnou simultaneamente a sentença da primeira instância perante o Tribunal da Relação de Lisboa, para o caso de o recurso para o STJ não ser admitido. A 15 de maio de 2007, o STJ rejeitou a reclamação do requerente. Mais tarde, a 21 de julho de 2007, o requerente interpôs recurso de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional, mais uma vez, vendo a sua pretensão rejeitada. Assim, a 14 de janeiro de 2011 a queixa foi apresentada no TEDH. A requerente queixa-se de falta de equidade do processo em várias vertentes. Denuncia assim, no âmbito do artigo 6.º da CEDH: a não notificação de certas peças, juntas ao processo; a decisão do caso com base em fundamentos suscitados oficiosamente e não debatidos pelas partes; a falta de imparcialidade da formação do Tribunal Constitucional. A requerente alega que a demora do processo contrariou o princípio do prazo razoável tal como previsto no artigo n.º1 do artigo 6.º da CEDH. Na questão do prazo o ponto de partida a tomar em conta é a data em que o autor foi notificada para contestar esta ação, ou seja o dia 15 de maio de 2002. Tendo terminado a 15 de dezembro de 2011, o processo demorou assim, nove anos e sete meses em três degraus de jurisdição. O TEDH, atendendo às circunstâncias deste caso, concluiu: pela violação do n.º 1 do artigo 6.º da CEDH em razão da duração excessiva do processo; pela não violação do mesmo artigo na vertente da falta de acesso a um tribunal; pela violação do n.º 1 do artigo 6.º da CEDH devido à falta de imparcialidade da formação do julgamento; e, também, pelo facto de o caso ter sido decidido com base em fundamentos não submetidos ao debate das partes.

X.Em suma, terminada a análise ao artigo 6.º da CEDH, conclui-se ⁶⁷que o direito a um processo equitativo e a verificação da sua violação deverá efetuar-se atendendo à análise das especificidades de cada caso concretamente. Deve fazer-se uma análise do artigo de acordo com cada caso e não utilizar o artigo como um juízo global a aplicar indiscriminadamente a todos os casos.

Cátia Margarida Vieira da Rocha

Estudante do 3.º ano da licenciatura em Direito

⁶⁷ Acórdão do TEDH de 17.05.2016, pesquisável em <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis&c=>, último acesso em 16 de abril de 2019.

ARTIGO 7.º

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

1. Ninguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infracção, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi cometida.

2. O presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma acção ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas.

COMENTÁRIO

I. O artigo ora analisado deve ser relacionado com o disposto no n.º 2 do artigo 11.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante DUDH), no artigo 15.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no artigo 9.º da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, no n.º 2 do artigo 7.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, no artigo 49.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e no artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP).

II. O n.º 1 deste artigo proclama o princípio da não retroatividade da lei criminal, isto é, proíbe que uma lei nova criminalize factos passados (*nullum crimen sine lege*) ou puna mais severamente crimes anteriormente praticados (*nulla poena sine lege*)⁶⁸.

⁶⁸ Cfr. Acórdãos Kokkinakis, de 25 de maio de 1993, A 260-A, pág. 22. § 52, G/França, de

Deve-se registar-se que a CEDH, ao contrário do que se verifica na Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, bem assim no n.º 4 do artigo 29.º da CRP, não consagra um princípio da retroatividade da lei penal mais favorável; contudo, deve o mesmo considerar-se implícito no princípio geral da não retroatividade da lei penal⁶⁹.

Uma outra dimensão do princípio da legalidade foi apresentada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante TEDH) no caso *Konakov c. Letónia* (pedido n.º 36376/04)⁷⁰. O TEDH recordou a necessidade de impedir a interpretação extensiva das normas de Direito Penal. Precisamente porque o indivíduo não pode ser sujeito a entendimentos incertos da lei, admitir uma interpretação além do elemento literal poderia significar criminalizar condutas, em violação do princípio do *nullum crimen sine lege*.

Em semelhante sentido, assim decidiu o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28-09-2005, no processo 05P1831. Este acórdão merece um parêntese.

Com efeito, o Tribunal, analisando a relação que se pode estabelecer entre os resultados interpretativos e o Direito Penal, concluiu que “[A] interpretação restritiva de norma expressamente revogatória de uma norma incriminadora, encurtando o sentido e o alcance da revogação, constitui, no plano material, não uma restrição, mas uma extensão da norma incriminadora que permaneceria em parte apesar da revogação”. Este resultado é realmente relevante, pois, apesar de o nosso país se integrar no sistema de *civil law*, é inegável que a interpretação da norma constitui momento prévio e necessário à aplicação da mesma.

III. Ora, se todas as normas aplicadas pressupõem interpretação, os mesmos limites que se colocam no Direito Penal serão relevantes nesta fase. No acórdão, ocorreu que uma lei nova veio revogar uma lei antiga que criminalizava uma conduta, tal significando uma descriminalização da conduta anteriormente ilícita. Precisamente, o que o Tribunal veio dizer é que se se proíbe a interpretação

27 de agosto de 1995, A 325-B, pág.38, § 24, SW/Reino Unido, de 22 de novembro de 1995, A 335-B, p. 41, § 35, CR/Reino Unido, de 22 de novembro de 1995, A 335-C, p. 68, § 33, Streletz, Kessler e Krenz, de 22 de março de 2001, R01-II, pp. 381 e 388, §§ 50 e 81, K.-H.W., de 22 de março de 2001, R’1-II, §§ 45 e 84-85, e Veeber nº2, de 21 de janeiro de 2003, R03-I, p. 118, § 30, Decisão do Tribunal, de 16 de setembro de 2004, Queixa nº69 819/00, e Decisão de 28 de junho de 2001, Queixa nº46 262/99, R01-VII, p. 427.

⁶⁹ Cf. Acórdão Ecer e Zeyrek, de 27 de fevereiro de 2001, R01-II, pág. 140, § 30, e Decisão de 5 de março de 1978, Queixa nº 7900/77, Déc. Rap. 13, p. 70.

⁷⁰ Pesquisável em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-98701%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-98701%22]}), último acesso em 16 de abril de 2019.

extensiva das normas penais (por via dos princípios *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*), também se proibirá a interpretação restritiva de normas revogatórias, sempre que elas venham descriminalizar normas incriminadoras. É que permitir um resultado interpretativo “restrito” significaria fazer manter um ilícito sem sustento legal, e em violação do princípio da segurança.

IV. O segundo parágrafo do artigo 7.º constitui uma exceção ao primeiro número, permitindo o julgamento e castigo de um ato ou omissão que, na altura em que foi cometido ou omitida (respetivamente), constituía ofensa criminal segundo os princípios gerais do Direito.

Partindo do exemplo dos tribunais de Nuremberga e de Tóquio, os trabalhos preparatórios densificam os princípios gerais do Direito reconhecidos pelas nações civilizadas como os que, nas circunstâncias de todo excepcionais ligadas aos episódios da 2.ª Guerra Mundial, foram aplicados para reprimir os crimes de guerra, de traição e de colaboração com o inimigo⁷¹.

Contudo, a aplicação do n.º 2 é mais extensa: não se destina à mera aplicação a crimes de guerra, mas a todos os atos e omissões que constituam crime segundo os parâmetros dos “princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas”. Ao lado dos crimes de guerra, teremos, pois, os chamados crimes contra a paz e crimes contra a humanidade – abrange-se, assim, por exemplo, a proibição da tortura e da discriminação racial.

V. De acordo com o n.º 2 do artigo 15.º, a garantia implicada no artigo 7.º é inderrogável. Isto revela a importância da garantia prevista no artigo 7.º. O artigo 7.º apenas se aplica a quem, após julgamento, for considerado culpado (i. e., teremos de estar perante uma decisão final).

Ou seja:

- i) Não se incluem meras acusações em curso (cfr. Lukanov v. Bulgária);
- ii) O artigo não cobre decisões de extradição de indivíduos (cfr. X v. Holanda);
- iii) Nos termos da Convenção, não pode haver uma condenação a menos que tal tenha sido estabelecido de acordo com uma lei que confirme a ofensa (cf. Varvara v. Itália).

⁷¹ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, pp. 178 ss e PIETER VAN DIJK *et. al.*, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4.ª ed., Cambridge; Antwerp; Portland, Intersentia, 2018, pp. 651 ss.

A “pena”, o “castigo” e o conceito de “culpa”, bem assim a noção correspondente de “*personne culpable*” (na versão francesa) apoiam a interpretação do artigo 7.º enquanto pressuposto que deve presidir ao momento de aplicação de uma pena .

Quanto ao conceito de “lei” utilizado, corresponde ele ao conceito empregue em outros artigos da Convenção. Com ele se abrange legislação nacional e internacional e, inclusive no que aos países de matriz anglo-saxónica respeita, a jurisprudência (na esteira da regra do precedente vinculativo). Além do mais, exige o preceito a acessibilidade e a previsibilidade da lei – o que justifica a existência de uma *occasio legis* dos diplomas legislativos após publicação em Diário da República. No conceito de lei, devemos incluir outros diplomas, como estatutos, regulamentos, portarias e demais normativos.

VI. Felizmente para alguns, infelizmente para académicos e juristas, não há jurisprudência sobre o artigo 7.º relacionada com Portugal . Contudo, há bastante jurisprudência relacionada em países como Alemanha, França e Turquia.

Note-se que Portugal mantém uma reserva a este artigo, nos termos da qual “[O] artigo 7.º da Convenção será aplicado em conformidade com o disposto no artigo 309.º da Constituição da República Portuguesa, que prevê a incriminação e julgamento dos agentes e responsáveis da Polícia de Estado (PIDE/DGS)”, reserva essa relativa ao atual artigo 292.º da CRP.

António Graça Moura

Estudante do 1.º ano da licenciatura em Direito

ARTIGO 8.º

DIREITO AO RESPEITO PELA VIDA PRIVADA E FAMILIAR

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem – estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

COMENTÁRIO

I. O presente artigo requer do Estado não apenas um dever de abstenção, mas também um papel ativo para garantir o respeito do primeiro – desta forma, deve o Estado adotar medidas que assegurem o respeito pela vida privada e familiar, mesmo no âmbito de relações entre as pessoas. As medidas positivas exigidas aos Estados estão, em geral, sujeitas à margem de apreciação do próprio Estado e não devem traduzir-se num fardo insuportável, devendo ressaltar-se um justo equilíbrio entre o interesse geral e o interesse do indivíduo⁷².

O n.º1 do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos confere proteção à vida privada – noção larga e de difícil precisão. Tem-se entendido que o direito à proteção da vida privada, não se limitando a possibilitar ao indivíduo uma vida protegida da publicidade no desenvolvimento da sua personalidade, confere ainda a possibilidade de travar relações com outros seres

⁷² IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 234

humanos⁷³. O Tribunal de Justiça da União Europeia tem apontado que se mostra muito restritivo limitar a noção de “vida privada” a um círculo mais reservado em que cada indivíduo pode gozar a vida pessoal da forma que entenda e de esconder esses elementos, inteiramente, do resto do mundo. Desta forma, a noção abarcará, de certo modo, o direito que um indivíduo tem de criar e desenvolver relações com outras pessoas, atividades profissionais, o direito à autonomia pessoal, incluindo esta elementos como a identificação, orientação e vida sexuais, a identidade da pessoa, que incluirá a sua fotografia, o seu nome e, por exemplo, decisões de vir ou não a ser pai⁷⁴. Claramente, o círculo da vida privada há-de restringir-se quando o indivíduo se insere na esfera pública.

II. Um aspeto de extrema sensibilidade neste ponto prende-se com as medidas de investigação, de inquérito ou de polícia. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem entendido que as buscas realizadas a um escritório de um advogado e a vigilância secreta efetuada por uma autoridade pública para recolha de dados da vida privada constituem violação desta disposição – neste sentido, vejam-se os Acórdãos Niemitz, de 16 de dezembro de 1992, Wieser e Bicos Beteiligungen GmbH, de 16 de outubro de 2007 e a Decisão de 9 de maio de 1989, Queixa n.º 12175/86, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Ainda neste ponto, cabe referir que os detidos continuam a gozar, durante a sua detenção, de todos os direitos e garantias conferidos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, à exceção do direito à liberdade – sendo assim essencial ao recluso, para manutenção da sua vida privada e familiar, que mantenha contactos com a sua família próxima: os Estados, neste âmbito, têm uma certa margem de apreciação, embora o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tenha reafirmado a importância do equilíbrio entre sanção e a correção, sem esquecer a reinserção que a detenção visa⁷⁵.

III. Diversos elementos integram a noção de vida privada que temos vindo a precisar: as conversas telefónicas efetuadas quer do domicílio como do local

⁷³ Decisão da Comissão de 18 de maio de 1976, Queixa n.º 6825/74, pesquisável em <https://eur-lex.europa.eu>, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁷⁴ Acórdãos Niemitz, de 16 de dezembro de 1992, Mikuliý, de 7 de fevereiro de 2002, Söderman, de 12 de novembro de 2013 e Von Hannover (n.º2), de 7 de fevereiro de 2012, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pesquisáveis em <https://echr.coe.int>, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁷⁵ Acórdão Khoroshenko, de 30 de junho de 2015, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pesquisável em <https://echr.coe.int>.

de trabalho⁷⁶, a vida sexual, a livre disposição da pessoa sobre o seu corpo, a integridade física e moral⁷⁷ encontram proteção neste preceito. O entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem sido no sentido de que as relações de homossexuais devem ser examinadas pelo ângulo da vida privada e já não da vida familiar e ainda que, a propósito da falta de reconhecimento jurídico da mudança de sexo, nenhum ponto fulcral de interesse público entra em conflito com o interesse da requerente em obter o reconhecimento jurídico da sua conversão sexual, pelo que o justo equilíbrio inerente à Convenção Europeia dos Direitos Humanos faz pender a balança a favor da requerente⁷⁸ – existe, assim, violação do respeito pela vida privada desta⁷⁹. Neste âmbito recai ainda a proteção de dados pessoais e interconexão ou utilização destes para fins diferentes daqueles dos previstos. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem toma em linha de conta o contexto específico em que as informações pessoais são recolhidas e conservadas pelas autoridades, a natureza, utilização e resultados da utilização das mesmas, para concluir se colocam ou não em jogo a vida privada. Dirá ainda respeito à vida pessoal a identidade étnica, quando revele a origem racial, bem como o direito a guardar silêncio sobre as suas convicções religiosas⁸⁰.

IV. O n.º1 do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos confere também proteção à vida familiar que, na sua definição, abrangerá o nome, nacionalidade, relações de filiação. Os órgãos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos preferem, no contexto mutável atual, uma noção de vida familiar mais prática, que se reflita na existência de laços substanciais e afetivos entre as pessoas que se apresentam como uma família. É importante referir que a noção de família não se esgota no casamento – o n.º1 do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos protege igualmente a família natural, as uniões de facto (hétero ou homossexuais), bem como os filhos nascidos desta

⁷⁶ Acórdão Copland, de 11 de julho de 2002, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pesquisável em <https://echr.coe.int>, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁷⁷ Acórdãos Von Hannover, de 24 de junho de 2004 e Nada, de 12 de setembro de 2012, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pesquisáveis em <https://echr.coe.int>, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁷⁸ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, ob.cit., p. 239

⁷⁹ Acórdão Christine Goodwin, de 3 de abril de 2007, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pesquisável em <https://echr.coe.int>, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁸⁰ Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 16 de janeiro de 1996, Queixa n.º 46346/99, pesquisável em <https://echr.coe.int>, último acesso em 16 de abril de 2019.

união⁸¹. Fará parte da vida familiar, claramente, a relação entre adotante e adotado. Mas, no entanto, não encontram cobertura desta disposição as relações entre pais e filhos adultos, a não ser que se prove a existência de elementos adicionais de dependência para além dos laços afetivos normais. Aponte-se ainda que não basta que exista uma relação biológica entre uma criança e uma mulher ou um homem para podermos concluir pela existência de uma vida familiar entre as pessoas, se ela não for efetivamente vivida⁸². Em todas as decisões respeitantes a crianças, o seu superior interesse deve primar sobre os restantes, devendo respeitar-se um justo equilíbrio com os interesses concorrentes (os dos pais e da ordem pública)⁸³.

Embora não decorra expressamente da presente disposição, também o nome, enquanto meio de identificação pessoal e de ligação a uma família, releva no âmbito da sua vida privada e familiar. A escolha de um nome para um filho assume um carácter íntimo e, desta forma, integra a esfera privada destes, conquanto que o Estado tenha o direito de regulamentar esta escolha para a própria proteção da criança das consequências negativas que adviriam da escolha de um nome considerado ridículo ou incompreensível⁸⁴.

V. O n.º1 do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos protege ainda o domicílio, uma noção de grande amplitude, contendo a casa de habitação, locais comerciais ou profissionais. Quando alguém deixa de habitar a casa por determinado período de tempo, esta não perde a característica de domicílio se esta houver tomado providências para a sua manutenção, tendo em vista o regresso à mesma⁸⁵.

VI. Por último, o n.º1 do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos protege ainda a correspondência, entendida aqui num sentido amplíssimo, abrangendo já meios de comunicação de mensagens evoluídos e os

⁸¹ Acórdão X e outros/Áustria, de 19 de fevereiro de 2013, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pesquisável em <https://echr.coe.int>, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁸² IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia ...*, ob.cit., pp. 245 e ss.

⁸³ Acórdãos Gnahoré, de 19 de setembro de 2000, Neulinger e Shuruk, de 6 de julho de 2010 e Jeunesse, de 3 de outubro de 2014, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pesquisáveis em <https://echr.coe.int>, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁸⁴ Acórdão Johansson, de 6 de setembro de 2007, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pesquisável em <https://echr.coe.int>, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁸⁵ Acórdão Blečić, de 29 de julho de 2004, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pesquisável em <https://echr.coe.int>, último acesso em 16 de abril de 2019.

seus dados eletrônicos⁸⁶. Aliás, o presente artigo configura *lex specialis* relativamente aos artigos 10.º e 11.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, quando a interferência diga respeito a correspondência. Deste ponto de vista, a proteção conferida pela norma não abrangerá os documentos já recebidos e arquivados, sendo que a sua busca e apreensão não constitui ingerência na correspondência. A ingerência na correspondência dos presos com os seus defensores constitui, em princípio, uma violação deste preceito, podendo, eventualmente, estar justificada ao abrigo do n.º2 do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. A correspondência enviada ao preso deve, em princípio, ser-lhe entregue, incumbindo ao Estado prova de que esta lhe foi efetivamente entregue – note-se ainda que a abertura de correspondência que os presos trocam com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no seio de uma queixa, viola este preceito⁸⁷.

VII. É certo que de acordo com o n.º2 do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos se permite a ingerência de autoridades públicas na vida privada, familiar, domicílio e na correspondência de um indivíduo mediante o preenchimento de determinados requisitos: a ingerência deve estar prevista na lei e ser necessária numa sociedade democrática a um dos objetivos enumerados: segurança nacional e pública, bem-estar económico do país, defesa da ordem e prevenção de infrações penais, proteção da saúde ou da moral, proteção dos direitos e liberdades de terceiros⁸⁸. Assim, a lei deve ser clara, precisa e previsível nos seus efeitos para que os destinatários tenham acesso às consequências possíveis que podem decorrer dos seus atos. A restrição deve ter o seu conteúdo fixado por lei – tratando-se, por exemplo, de uma vigilância secreta, a lei deve estabelecer as modalidades do exercício desta, de forma clara o suficiente para que o indivíduo esteja prevenido contra um eventual arbítrio. Não havendo base legal, uma ingerência nunca pode estar justificada. As medidas que estabelecem restrições devem responder a motivos pertinentes, devendo ser as menos gravosas, dentro de um equilíbrio entre interesse público e vida privada e cumprir o princípio da proporcionalidade. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem vindo a demonstrar a sua preocupação no que diz respeito aos eventuais abusos decorrentes destas restrições, procurando avaliar

⁸⁶ Acórdão Wieser e Bicos Beteiligungen GmbH, de 16 de outubro de 2007, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pesquisável em <https://echr.coe.int>, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁸⁷ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, ob.cit, p. 255

⁸⁸ *Idem*, ob. e loc. cit..

a necessidade destas e aferir da existência de garantias adequadas e suficientes.

Apesar de o artigo 8.º não conter nenhuma disposição processual explícita, é preciso que o processo sobre medidas de ingerência corra de forma equitativa, que respeite os direitos do indivíduo e ainda que este possa recorrer aos tribunais. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem entendido que as ameaças à segurança nacional variam no espaço e tempo, sendo dificilmente identificáveis – ainda assim, a ingerência deve estar justificada e o visado deve usufruir de garantias controlo judicial⁸⁹. A conservação de fotografias ou impressões digitais pode ser necessária à segurança pública ou nacional. As políticas de controlo da imigração podem encontrar justificação na defesa da ordem pública – deve, contudo, tentar-se o equilíbrio entre a vida familiar do estrangeiro e o prejuízo que ele causa à ordem pública. É importante referir que um estrangeiro que resida legalmente num país, pode continuar a viver aí sem forçosamente adquirir a nacionalidade⁹⁰.

Acerca das buscas domiciliárias, deve a lei conferir ao indivíduo as garantias adequadas contra eventuais abusos – neste ponto, os órgãos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos devem proteger os indivíduos contra a arbitrariedade do poder público.

A defesa da ordem e a prevenção de infrações penais justificam o controlo da correspondência dos detidos, mesmo que se encontrem em prisão preventiva. As autoridades penitenciárias só podem abrir uma carta de um advogado a um detido se tiverem motivos plausíveis para pensar que contenha um elemento ilícito não revelado pelos meios normais⁹¹. As escutas telefónicas devem ser colocadas sob controlo de órgãos judiciais, devendo respeitar os requisitos legais apropriados.

Francisco Miguel Santos Godinho

Estudante do 4.º ano da licenciatura em Direito

⁸⁹ *Ibidem*, ob. cit., p. 259

⁹⁰ Acórdão Kurić, de 26 de junho de 2012, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pesquisável em <https://echr.coe.int>, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁹¹ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, ob.cit., p. 263.

ARTIGO 9.º

LIBERDADE DE PENSAMENTO, DE CONSCIÊNCIA E DE RELIGIÃO

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem.

COMENTÁRIO

I. A liberdade de pensamento, de consciência e de religião, prevista tanto na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante CEDH), como na Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante DUDH), prevê que cada indivíduo tem o direito de expressar, no desenvolvimento da sua vida social, manifestações que derivam da sua origem, nacionalidade, confissão religiosa, convicções políticas, entre outras.

Atualmente, os homens e as mulheres têm cada vez mais consciência da dimensão social da vida. Daí resulta serem cada vez mais conscientes e mais sensíveis ao princípio da liberdade de pensamento, de consciência e de religião. No entanto, esta evolução não foi acompanhada por todas as sociedades. Deste modo, somos levados a admitir que, infelizmente, não faltam regimes nos quais, embora a liberdade de culto religioso seja reconhecida na Constituição,

os poderes públicos esforçam-se por afastar os cidadãos de professarem a sua religião ou por tornar muito difícil o papel político destes nos seus Estados.

II. Concretamente em relação à liberdade religiosa, na Europa Ocidental, defende-se que se deve dar a toda a pessoa a possibilidade de professar a sua fé e a sua crença, só ou com outros, em privado ou em público.

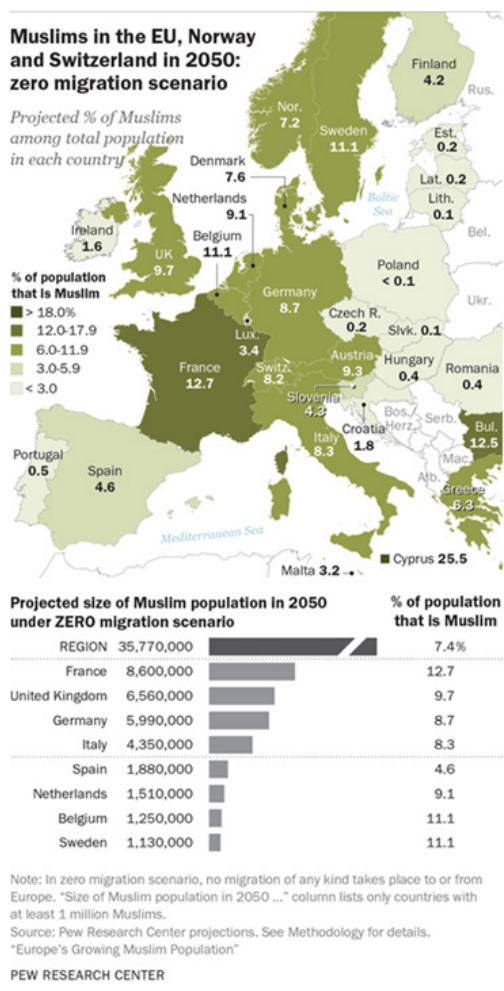
Assim, no plano pessoal, há que ter em conta que a pessoa tem a liberdade de aderir ou não a uma fé determinada e à comunidade confessional correspondente, a liberdade de realizar individual e coletivamente, em privado ou em público, atos de oração e de culto, a liberdade dos pais educarem os filhos nas convicções religiosas que inspiram a sua própria vida, a liberdade de não ser constrangido, a nível pessoal, cívico ou social, a realizar atos contrários à própria fé, a liberdade de não sofrer por motivos de fé religiosa, limitações e discriminações em relação a outros cidadãos, nas diferentes manifestações da vida.

Deste modo, a liberdade de consciência deve ser acolhida sem reservas, no entanto, isto não impede que, quando confrontada com outro direito, em casos de colisão ou conflitos, não possa ser restringida. Quando uma determinada convicção contrariar lei, e não havendo a possibilidade desta ser ponderada, deve-se restringir essa liberdade. Ou seja, por um lado, nenhum Estado pode exigir, pela natureza do objeto, a revelação de um pensamento, ou controlar a adesão a uma religião ou fé, por outro lado, o Estado pode, em circunstâncias específicas, impor limitações à liberdade de manifestação religiosa, desde que estas sejam proporcionais e baseadas na lei – o n.º 2 deste artigo prevê três requisitos, não cumulativos: disposições legais, necessidade para uma sociedade democrática e salvaguarda da segurança, ordem, saúde e moral pública. No entanto, existe a dificuldade em determinar a fronteira da intromissão legítima do Estado.

III. No panorama europeu, devido à atual crise dos refugiados, podemos concluir que temos uma pluralidade cultural. Esta multiculturalidade conduz a manifestações de desconfiança e medo entre os indivíduos, levando, por vezes, a conflitos e ataques. Assim, este movimento migratório acarreta, para o Espaço Europeu, consequências nomeadamente a perda de paz social, sendo que as pessoas de diferentes religiões se sentem confrontadas e se demonstram intolerantes para com as diferentes crenças, que na verdade são um fator de elevado relevo no que toca à abundância de diferenças culturais.

Um facto relevante a referir é o crescimento da comunidade muçulmana na Europa. Segundo estudos elaborados pelo Instituto Pew Research Center em novembro de 2017, no ano de 2016 havia 25,8 milhões de muçulmanos na

Europa (representando 4,9% da população total), sendo que este número pode passar, no cenário de alta migração, para 75,6 milhões em 2050 (representando 14% da população total), de acordo com projeções deste instituto, tal como apresentado na seguinte imagem⁹².



Relacionado com este crescimento estão as discussões sobre o estatuto das mulheres, derivado dos valores religiosos e culturais e o uso de símbolos religiosos. Os tribunais internacionais, assim como os nacionais, não são indiferentes a estas querelas.

IV. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH), é a principal instância judicial dos Direitos Humanos no plano regional europeu, que aplica, subsidiariamente, o sistema jurídico garantístico dos direitos e liberdades fundamentais. Este sistema internacional prevê a possibilidade de queixas por parte dos cidadãos em relação às violações praticadas nos Estados que sejam membros do Conselho da Europa.

Segundo uma seleção de acórdãos que envolvessem hipóteses de restrição

de símbolos religiosos, Inês Granja Afonso Costa⁹³, salienta aspetos determinantes, como por exemplo: "[O]s países mais contestados, por ordem decrescente, são a França, a Turquia, seguidos do Reino Unido. Relacionam-se com vários espaços, designadamente: escolas básicas e secundárias, universidades, locais de trabalho, aeroportos, embaixadas, e, inclusivamente, espaço público. Uma parte significativa contende com os direitos de grupos vulneráveis, como sejam as mulheres e as minorias religiosas."

⁹² https://www.pewforum.org/2017/11/29/europes-growing-muslim-population/pf_11-29-17_muslims-update-21/, último acesso em 16 de abril de 2019.

⁹³ INÊS GRANJA AFONSO COSTA, *O tribunal europeu dos direitos humanos e os símbolos religiosos*, Dissertação de mestrado apresentada à UCP, 2016. Disponível em <http://hdl.handle.net/10400.14/20672>, último acesso em 16 de abril de 2019.

V. Um fator que se torna também relevante é o facto de ser recorrente, em muitos dos acórdãos, o cruzamento de dois fatores de discriminação: religião e género. Segundo o artigo 14º da CEDH, as discriminações em razão de género podem levar a queixas no TEDH.

A ampla matéria dos símbolos religiosos na jurisprudência do TEDH debruça-se, predominantemente, sobre os símbolos religiosos das mulheres muçulmanas. É de realçar que o uso do véu pelas mulheres é discutido entre os sunitas e xiitas, sendo que uns impõem o seu uso obrigatório enquanto que outros defendem uma perspetiva moderna, não reconhecendo disposições religiosas obrigatórias relacionadas com o seu uso. Deste modo, conclui-se que mesmo entre indivíduos da mesma religião surgem divergências quanto ao uso obrigatório do véu e a sua consequente importância.

Relativamente aos ordenamentos jurídicos nacionais europeus, em Estados como a França, Bélgica e Holanda, constata-se leis restritivas ao uso de símbolos religiosos que cubram o rosto, sendo que nestes incluem-se os véus islâmicos. De acordo com uma perspetiva universalista e multicultural, estas leis violam a liberdade de manifestação religiosa.

VI. A análise do TEDH a estas questões garante uma ponderação entre o direito à liberdade religiosa e à relevância da sua restrição.

Um dos casos mais conhecidos é o caso de Leyla Sahin – discutido no Acórdão do TEDH *Leyla Sahin c. Turquia*, de 10 de novembro de 2005 -, uma aluna de Medicina da Universidade de Istambul que viu restringido o seu direito a manifestar a sua crença religiosa através de uma circular que proibia o uso de vestes que cobrissem a cabeça em espaços de ensino. Deste modo, Leyla viu-se inibida de envergar o véu islâmico. A proibição imposta pelas autoridades nacionais turcas teve como base o princípio constitucional do secularismo. Em consequência, o TEDH afirmou que a proibição do véu islâmico fundamentava a necessária proteção do Estado secular turco. No acórdão, o TEDH conclui que os Estados têm liberdade para determinar os seus princípios orientadores, se compatíveis com os princípios presentes na CEDH.

Críticas foram elaboradas a este acórdão, nomeadamente por parte da Juíza Tulkens que argumentou dizendo que a defesa da igualdade de género conduziu a uma limitação da liberdade da mulher, pois o véu não deve ser visto como um símbolo de submissão das mulheres.

VII. Em 2014, o discutido caso *S.A.S. c. França*, com Acórdão do TEDH de 1

de julho de 2014 também expôs a questão da igualdade de género. A restrição do direito à liberdade religiosa foi imposta em França por lei em 2010 – a lei francesa proíbe a cobertura do rosto em espaços públicos. Este caso reporta a situação de uma mulher muçulmana que usava *niqab* de acordo com as suas convicções religiosas. No entanto, esta viu o seu direito limitado pela legislação francesa, de modo que o caso foi analisado pelo TEDH. Este considerou os argumentos invocados pelo Estado francês, nomeadamente a necessidade da igualdade de género, a segurança pública e a ordem pública.

Tal como no caso anterior, o TEDH constatou que estas razões eram consideradas suficientes para, de acordo com a proteção dos direitos e liberdades dos outros, aceitar as medidas restritivas. Segundo o TEDH, “a proibição da cobertura do rosto no espaço público não acarretava qualquer violação do artigo 9.º”. Ainda, o Estado francês argumentou que o desenvolvimento da interação social ficaria limitada pelo uso destes símbolos.

Deste modo, conclui-se que para o TEDH, a manifestação do direito à liberdade religiosa deve ceder perante outros valores, como a segurança pública e igualdade de género, sendo que através da jurisprudência do TEDH observamos a reflexão dos históricos valores europeus de uma conceção ocidental dos Direitos Humanos.

José Maria Serrão

Estudante do 1.º ano da licenciatura em Direito

Marta Santos

Tiago Cabral

Estudantes do 2.º ano da licenciatura em Direito

ARTIGO 10.º

LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

COMENTÁRIO

I. A liberdade de expressão é um valor fundamental sobre o qual assenta toda e qualquer sociedade que se pretenda democrática. Cristalizado a partir das Revoluções burguesas, sobretudo a Americana de 1787 em sua 1.^a Emenda, o princípio da liberdade de expressão permeia a identidade constitucional da quase totalidade dos Estados ocidentais. Além do mais, sendo conteúdo básico da carta de direitos fundamentais de primeira geração, deve ser assegurada no sentido de estabelecimento de Estados Democráticos de Direito com todas as consequências que podem ser extraídas deste conceito.

A protecção do discurso, enquanto veículo de ideias e informações, é parâmetro básico para a constatação da verdade. Mesmo o discurso falso teria e tem importância fundamental no cruzamento com o discurso verdadeiro para

que a verdade se evidencie. Do conflito de ideias e informações, emana a verdade, pelo que a liberdade de expressão constitui a própria fonte daquela. Por outro prisma, o direito à liberdade de expressão denota o preenchimento das potencialidades do indivíduo, no seu devir. Desta maneira, é necessário à realização da sua personalidade, visto que a capacidade de decidir sobre a sua vinculação ou não a um feixe de discursos determina o grau de liberdade dentro de uma sociedade.⁹⁴

II. Na esteira do que houvera sido determinado por outros diplomas internacionais de proteção dos Direitos Humanos, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos constitui mais um instrumento tendente à garantia do valor da liberdade de expressão, na completude de suas dimensões.

Esta previsão encontra-se em harmonia com o disposto no artigo 19.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: *“Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”*, coadunando-se também, com o enunciado do artigo 11.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: *“1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras. 2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social”*; e, ainda, com o sentido similar emanado pela Constituição da República Portuguesa de 1976, nos seus artigos 36.º e 37.º⁹⁵.

⁹⁴ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 190 ss.

⁹⁵ Artigo 37.º (Liberdade de expressão e informação)

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

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

3. As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respetivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.

4. A todas as pessoas, singulares ou coletivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de retificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.

Artigo 38.º (Liberdade de imprensa e meios de comunicação social)

III. O n.º 1 do artigo 10.º determina o âmbito de aplicação subjetivo do direito à liberdade de expressão, pelo que consagra que todas as pessoas são dele titulares. A natureza jurídica do direito em causa, isto é, o fato de consistir em um direito humano, importa que todo indivíduo goze de sua titularidade, que resulta apenas e tão só pela sua condição de ser humano.

O emprego do termo “pessoa”, em aceção ampla, alarga a aplicação do dispositivo mesmo às pessoas morais, as quais, portanto, também devem ter o seu direito à liberdade de expressão assegurado. Entretanto, tendo em vista que as pessoas morais são ficções jurídicas criadas pelo Direito, para preencher finalidades específicas, é mister destacar que elas não possuem propriamente uma subjetividade a proteger. Efetivamente, as pessoas morais não têm a faculdade de expressão intrínseca como reflexo da sua personalidade, posto que não possuem personalidade humana. Deste modo, são toleradas maiores restrições à sua liberdade de expressão sem que haja violação do artigo 10.º, por força do princípio da especialidade⁹⁶.

1. É garantida a liberdade de imprensa.

2. A liberdade de imprensa implica:

a) A liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores, bem como a intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respetivos órgãos de comunicação social, salvo quando tiverem natureza doutrinária ou confessional;

b) O direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à proteção da independência e do sigilo profissionais, bem como o direito de elegerem conselhos de redação;

c) O direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévias.

3. A lei assegura, com carácter genérico, a divulgação da titularidade e dos meios de financiamento dos órgãos de comunicação social.

4. O Estado assegura a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e o poder económico, impondo o princípio da especialidade das empresas titulares de órgãos de informação geral, tratando-as e apoiando-as de forma não discriminatória e impedindo a sua concentração, designadamente através de participações múltiplas ou cruzadas.

5. O Estado assegura a existência e o funcionamento de um serviço público de rádio e de televisão.

6. A estrutura e o funcionamento dos meios de comunicação social do sector público devem salvaguardar a sua independência perante o Governo, a Administração e os demais poderes públicos, bem como assegurar a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião.

7. As estações emissoras de radiodifusão e de radiotelevisão só podem funcionar mediante licença, a conferir por concurso público, nos termos da lei.

⁹⁶ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia de Direitos do Homem: anotada*, .5ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 275

IV. Portugal foi sumariamente condenado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos por violação do direito à liberdade de expressão. À época, o artigo 88.º do Código de Processo Penal⁹⁷ impunha automática condenação para quem publicasse peças processuais de um procedimento, ou de documento a ele afixado, até à sentença de primeira instância. A jornalista Sofia Pinto Coelho, entretanto, levou ao ar, em rede televisiva nacional, reproduções do processo que corria em segredo de justiça em que era acusado o antigo diretor geral da polícia judiciária portuguesa, algo que o Estado português alega ter comprometido o direito ao devido processo legal do acusado e o direito de ser sujeito a um julgamento perante um tribunal imparcial.

O direito à liberdade de expressão do artigo 10.º sofreria uma restrição em nome da garantia do processo legal devido, alega o Estado português. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) decidiu diversamente, entendendo que a reprodução das cópias serviu fins jornalísticos, isto é, atestando a credibilidade e a autenticidade das informações prestadas, algo que não foi levado em conta com a condenação sumária determinada pelo artigo 88.º do Código de Processo Penal Português: *“L’automaticité de l’application de la législation pénale en cause empêche en effet le juge de mettre en balance les intérêts protégés par l’article 10”*⁹⁸.

⁹⁷ Artigo 88.º (Meios de comunicação social), na redação dada pela Lei n.º 59/87, de 25 de Agosto

1 – É permitida aos órgãos de comunicação social, dentro dos limites da lei, a narração circunstanciada do teor de actos processuais que se não encontrem cobertos por segredo de justiça ou a cujo decurso for permitida a assistência do público em geral. 2 – Não é, porém, autorizada, sob pena de desobediência simples: a) A reprodução de peças processuais ou de documentos incorporados no processo, até à sentença de 1.ª instância, salvo se tiverem sido obtidos mediante certidão solicitada com menção do fim a que se destina, ou se para tal tiver havido autorização expressa da autoridade judiciária que presidir à fase do processo no momento da publicação; b) A transmissão ou registo de imagens ou de tomadas de som relativas à prática de qualquer acto processual, nomeadamente da audiência, salvo se a autoridade judiciária referida na alínea anterior, por despacho, a autorizar; não pode, porém, ser autorizada a transmissão ou registo de imagens ou tomada de som relativas a pessoa que a tal se opuser; c) A publicação, por qualquer meio, da identidade de vítimas de crimes sexuais, contra a honra ou contra a reserva da vida privada, antes da audiência, ou mesmo depois, se o ofendido for menor de 16 anos.

3 – Até à decisão sobre a publicidade da audiência não é ainda autorizada, sob pena de desobediência simples, a narração de actos processuais anteriores àquela quando o juiz, oficiosamente ou a requerimento, a tiver proibido com fundamento nos factos ou circunstâncias referidos no n.º 2 do artigo anterior.

⁹⁸ Acórdão do TEDH de 28.06.2011 n.º 28439/08 pesquisável em <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/2011/CEDH001-105409>, último acesso em 16 de abril de 2019.

V. Fundamentalmente, o direito à liberdade de expressão comporta duas dimensões: a liberdade de opinião e a liberdade de receber/transmitir informações e ideias, conforme enuncia o artigo 10º. Em relação ao primeiro aspeto, tem-se que ninguém pode ser compelido a se manifestar nem mesmo ser privado do acesso a direitos, apenas por sustentar uma opinião minoritária. A proteção das fontes jornalísticas é abrangida pelo direito negativo à liberdade de expressão, de modo que a garantia do sigilo das fontes se evidencia como imperativo categórico para que a imprensa atue em seu escopo de difusão da verdade e fiscalização da sociedade e do poder político, comunicação da informação e das ideias de interesse público.

VI. Em um caso recente, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem sacralizou o direito à liberdade de expressão como guardião do sigilo das fontes jornalísticas. No acórdão *Becker vs. Noruega*⁹⁹, foi estabelecido que o conteúdo do artigo 10º incluía o direito de não se expressar, isto é, a liberdade de expressão negativa, tendo o TEDH, ainda, instituído que o sigilo da fonte jornalística é um poder-dever de mão dupla, que deve ser zelado tanto pelo jornalista quanto pela fonte. Todavia, a Jurisprudência do Tribunal também estabeleceu que a *"journalist's protection could not automatically be removed because of a source's conduct. Nor could knowledge of the source's identity be decisive for its assessment under Article 10 of the Convention"*. Portanto, o direito a permanecer em silêncio é sistematicamente assegurado, mesmo no caso em que a identidade da fonte já tenha sido revelada, no que se dispõe que a proteção conferida pelo artigo 10.º não está condicionada à publicidade da informação, mas sim ao direito intrínseco do indivíduo de permanecer em silêncio.

VII. O artigo 10º dá aos Estados a faculdade de controlar, em regime de autorização prévia, as empresas de radiodifusão, de cinematografia e de televisão. É necessário ter em mente que este regime tem o fito de impedir que a liberdade de expressão seja manipulada no sentido de perpetrar ofensas à honra, a promoção do crime, a instabilidade à segurança nacional. Assim, os Estados não podem, tampouco, desvirtuar a aplicação do mecanismo para assegurar um controlo antidemocrático. Novamente, a liberdade de expressão deve servir de instrumento à estruturação de uma sociedade cada vez mais democrática, na qual a imprensa deve ser pluralista e o Estado lutar contra suas concentrações excessivas.

⁹⁹ Acórdão do TEDH de 05.10.2017 nº 21272/12 pesquisável em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-177349%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-177349%22]}), último acesso em 16 de abril de 2019.

VIII. Uma segunda dimensão do direito à liberdade de expressão protegida pelo artigo 10.º é a liberdade de receber e transmitir informações. Em uma sociedade democrática, o pluralismo da informação deve ser seu pilar de sustentação, no sentido de garantir aos cidadãos a possibilidade de fazer uma escolha livre diante da diversidade. Por outro lado, o condicionamento da opinião social representaria uma coação da liberdade de devir, pelo que a democracia seria algo artificial e um mero instrumento de controle das massas. Neste sentido, a salvaguarda do direito à liberdade de expressão determinada pelo artigo 10.º importa que os indivíduos não possam ser, *a priori*, privados do direito de receber e transmitir informações.

IX. Em uma análise mais aprofundada, contudo, tem-se que, ponderados outros valores em causa, a liberdade de expressão pode ser restringida, à medida que seu exercício seja mais danoso à coletividade do que sua limitação. Sendo assim, o n.º 2 do artigo 10.º estipula algumas condições que admitem restrição à liberdade de expressão, nomeadamente a segurança nacional, a integridade territorial, a segurança pública, a defesa da ordem, a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para o impedimento de divulgação de informações confidenciais, em nome da garantia de autoridade e imparcialidade do poder judicial. É de se destacar que tais limitações devem passar pelo crivo da proporcionalidade, nas três dimensões de necessidade, adequação e proibição do excesso, além de obedecerem ao seu escopo funcional de preservação a sociedade democrática.

X. Em *Bayev and Others vs. Russia*, a Federação russa alega ter limitado a liberdade de expressão dos três ativistas gays, no sentido de preservação da moral, para dirimir potenciais riscos de promoção da homossexualidade que criariam «*a distorted impression of the social equivalence of traditional and non-traditional marital relations' and of children being lead into non-traditional sexual relations*¹⁰⁰», em aplicação das leis, banindo a dita "propaganda da homossexualidade". O afastamento da liberdade de expressão teria ocorrido no sentido de proteção dos menores da chamada "propaganda gay" e, portanto, teria sido justificado à luz do artigo 10.º, conforme argumenta a Rússia.

¹⁰⁰ Acórdão do TEDH de 20.06.2017 n.ºs. 67667/09, 44092/12 e 56717/12 pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=003-5755355-7315126&filename=Judgment%20Bayev%20and%20Others%20v.%20Russia%20-%20legislation%20banning%20the%20promotion%20of%20homosexuality.pdf>, último acesso em 16 de abril de 2019.

O Tribunal entendeu de maneira diversa: as limitações não se justificam no escopo democrático permitido pelo artigo 10.º por uma série de razões. Primeiramente, tendo em vista a falta de clareza dos dispositivos legais acionados, pelo que a censura de toda e qualquer menção à homossexualidade significaria uma restrição ilegítima da liberdade de expressão¹⁰¹¹⁰². A precisão normativa é requisito básico das leis que limitam a liberdade de expressão, no sentido de dotar os indivíduos de garantias contra arbitrariedades do Estado e “permitir ao interessado regular a sua conduta ainda que com auxílio de conselhos esclarecidos”¹⁰³.

Em segundo lugar, as limitações ocorridas não demonstram qualquer justificação viável do ponto de vista democrático, posto que o Estado russo não demonstra como a chamada “propaganda gay” seria capaz de influenciar na orientação sexual dos menores de idade. Efetivamente, a adoção de tais restrições é contrária aos valores que devem presidir a uma sociedade democrática, quais sejam a igualdade, o pluralismo e a tolerância, antes reforçando estigmas e preconceitos e encorajando a homofobia.

XI. Em linhas gerais, deve guardar-se em mente que as limitações à liberdade de expressão apenas podem ser toleradas se, funcionalmente, servirem à consagração dos valores de igualdade, pluralismo e tolerância. O critério finalístico deve ter como escopo a estruturação de uma sociedade verdadeiramente democrática de que a liberdade de expressão é base mas que dela tolera restrições, quando se justifiquem na ponderação com outros interesses igualmente importantes. Ainda, a clareza no papel da autoridade enquanto promotora da liberdade de expressão, bem como a sua finalidade de aprofundamento do debate democrático, desemboca na dupla atuação do Estado em relação a este direito: deve ele agir negativamente, procurando se imiscuir ao mínimo na esfera de liberdade individual; mas deve também garantir condições mínimas capazes de assegurar a plena realização da subjetividade dos cidadãos e o preenchimento de todas as suas potencialidades.

Júlio Baggio Vero

Estudante Internacional com disciplinas creditadas do
1.º e do 2.º anos da licenciatura em Direito

¹⁰¹ “The Court found in particular that, although the laws in question aimed primarily at protecting minors, the limits of those laws had not been clearly defined and their application had been arbitrary”

¹⁰² “The Court also pointed out the vagueness of the terminology used in the legal provisions concerned and the potentially unlimited scope of their application.”

¹⁰³ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, , ob.cit. p. 285

ARTIGO 11.º

LIBERDADE DE REUNIÃO E DE ASSOCIAÇÃO

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses.

2. O exercício deste direito só pode ser objecto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado.

COMENTÁRIO

I. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 4 de novembro de 1950, consagra no artigo décimo primeiro a Liberdade de Reunião e de Associação, liberdade esta que pertence ao elenco de Direitos, Liberdades e Garantias fundamentais do indivíduo.

Compete-nos debruçar sobre a configuração deste direito e, para tal incumbência, é crucial olharmos para a própria *letra da lei*: atentemos nos conceitos “Liberdade”, “Reunião” e “Associação”. “Liberdade” já nos é familiar, associando-se a um poder de escolha, a uma possibilidade de agir ou a uma faculdade do indivíduo, protegida juridicamente. Esta é uma garantia consagrada na lei que confere ao indivíduo a possibilidade de optar ou não pela prossecução de determinada conduta. “Reunião”, neste contexto – e tendo em conta o sentido do conceito de “liberdade” – remete para a faculdade de o Homem reunir com outros indivíduos livremente, de forma pacífica, numa qualquer organização, quer seja numa associação, em comícios, manifestações, etc.

II. O termo “associação” é que nos pode suscitar algumas dúvidas. Uma associação surge da necessidade de o homem reunir e aliar-se a outros indivíduos, visando alcançar fins e objetivos comuns, fins esses que não conseguiria atingir isoladamente. Caracteriza-se, assim, por ser uma organização independente, sem fins lucrativos, baseada na vontade expressa de um grupo, com interesses, fins e objetivos em comum¹⁰⁴. Existem múltiplos tipos de associações, tais como organizações religiosas, sindicatos, grupos de defesa dos Direitos Humanos, organizações não governamentais e, principalmente, partidos políticos.

As liberdades de reunião e de associação são um feixe de direitos que *constitui uma garantia básica de realização pessoal dos indivíduos na vida em sociedade*¹⁰⁵, apresentando um carácter de atribuição individual, embora seja exercido coletivamente. Todos os indivíduos podem reunir-se livremente, bem como constituir, aderir e permanecer numa associação. Todavia, há aqui também um direito negativo, na medida em que o indivíduo pode abandonar a associação a qualquer momento, sem que por isso seja prejudicado, uma vez que ninguém deve ser obrigado ou coagido a fazer parte de uma associação¹⁰⁶.

III. Do ponto de vista de Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁰⁷, estamos perante um direito complexo, já que comporta em si um direito positivo de ação – uma liberdade – e um direito negativo, igualmente. Mais ainda, este direito relaciona-se com outros Direitos, Liberdades e Garantias também relevantes, a saber, a liberdade de expressão e de opinião, de pensamento, de liberdade religiosa e de liberdade de consciência.

As liberdades de reunião e de associação foram consagradas pela primeira vez na Constituição Belga, de 1831. Atualmente, vemo-las desenvolvidas e regulamentadas em diversos atos normativos de Direito Internacional e nos vários direitos nacionais, não sendo Portugal exceção. No âmbito do Direito Internacional, encontra-se consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 20.º), no Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (artigos 21.º e 22.º), na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 12.º) e, como já re-

¹⁰⁴ OSCE/ODIHR (2015). Guidelines on Freedom of Association. Polónia, p. 15.

¹⁰⁵ Preâmbulo do Decreto-Lei 594/74, de 7 de novembro. Diário do Governo n.º 259/1974, Série I de 1974-11-07, pp.1342 – 1344.

¹⁰⁶ Neste sentido, veja-se o n.º1 do artigo 2.º do Decreto-Lei 594/74, de 7 de novembro.

¹⁰⁷ Apud Ana Sofia Castro, As limitações à constituição de partidos políticos – Uma questão de direito constitucional, 2012, dissertação de mestrado acessível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9616/1/As%20limita%C3%A7%C3%B5es.pdf>, ultimo acesso em 16 de abril de 2019, p. 8.

ferimos, na Convenção Europeia dos Direitos Humanos. No quadro jurídico interno, tal direito encontra consagração, primeiramente, nos artigos 45.º e 46.º da Constituição da República Portuguesa, sendo posteriormente desenvolvido por diversos diplomas, como, a título de exemplo e especificamente para a liberdade de associação, no Decreto-Lei n.º 594/74, de 7 de novembro e na Lei n.º 124/99, de 20 de agosto, que garante aos jovens o livre exercício do direito de reunião e associação.

IV. Perguntar-se-á a razão pela qual se confere tanta importância a estas liberdades. Estas adquirem um papel crucial na manutenção de um regime democrático. Assim, a legislação deve ir no sentido de facilitar o exercício deste direito, de forma eficiente e consistente, pois, em contrário, as possibilidades de exercício do direito não passarão de uma mera fantasia ou ilusão.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹⁰⁸ reconheceu que os Estados têm o dever de regular e proteger estas liberdades fundamentais e – note-se ainda – que esta proteção deve ser acompanhada da mínima intervenção estatal. Consequentemente, a restrição só pode ocorrer em casos excecionais previstos na lei, seguindo-se sempre o princípio da proibição do excesso na restrição. Em todos os casos, o(s) lesado(s) terão sempre direito a recorrer de qualquer restrição.

V. Portugal constitui um caso que merece nota. Ao consagrar constitucionalmente a liberdade de associação, o legislador constituinte estabeleceu certos *limites* ao exercício deste direito. Os cidadãos podem constituir livremente associações; contudo, os objetivos e fins almejados por esta não podem ser contrários à lei penal, ter cariz militar, ser militarizadas ou paramilitares, preconizar ideais racistas nem perfilhar ideologia fascista¹⁰⁹.

No âmbito deste artigo que comentamos importa referirmo-nos ao famigerado caso WOW – Women on Waves, que surgiu num contexto de grande fratura na sociedade portuguesa: é verdade que o referendo de 2007, com a vitória do SIM, levou à despenalização da interrupção voluntária da gravidez (IVG), nos termos em que a lei o admite, mas, até esse momento, foi grande a discussão, bem como as divergências e conflitos associados.

Por isso, contextualizando, se é certo que o “SIM” venceu em 2007, também é certo que, antes deste referendo, o povo português foi chamado a pronunciar-

¹⁰⁸ OSCE/ODIHR (2015). Guidelines on Freedom of Association. Polónia, p.18.

¹⁰⁹ Interpretando o texto constitucional com base no elemento histórico, observamos aqui patente o receio por parte do legislador constituinte em ver o Estado Português cair novamente num regime ditatorial fascista.

se sobre a despenalização do aborto num outro referendo – o de 1998 – em que, ainda que possamos argumentar com a elevada abstenção do eleitorado (votaram apenas 32% dos portugueses), o “NÃO” ganhou, o que representou uma situação de manifesto desânimo para os que pela alteração da lei lutavam¹¹⁰. Não era, dizíamos, uma questão consensual e muito menos o foi consensual a campanha do barco Bondiep, oriundo da Holanda, que pretendeu sensibilizar para a importância do reconhecimento, da parte do legislador, da possibilidade de a mulher, por sua vontade e em consciência, ter o direito de colocar termo à sua gravidez.

Este barco, que agora referimos, tentou entrar em águas portuguesas em 2004, a pedido de várias associações portuguesas, para cumprir, no nosso país, o seu desígnio – o de consciencializar e de alertar para a importância da alteração da lei. Mas o Governo português, surpreendentemente – e contra as expectativas dos próprios voluntários do barco – não autorizou a entrada do mesmo em águas portuguesas, tendo ele de permanecer em águas internacionais, e receber as visitas de ativistas, defensores da causa da campanha, realizando conferências, debates, workshops. É neste clima que surge a questão do direito em análise. Seguiu-se o que seria de esperar: confiantes e determinados na sua posição e na convicção de que poderiam entrar em Portugal para cumprir os seus fins, os voluntários do WOW, apoiados por uma série de juristas e advogados e em conjunto com outras organizações portuguesas, propuseram uma ação contra o Estado Português, a fim de que o mesmo fosse forçado a alterar a sua posição.

O Tribunal Administrativo e Fiscal de Lisboa acolheu, porém, os argumentos do Estado Português reconhecendo-lhe competência, através do seu Governo, para determinar a entrada ou não do barco. Tal decisão parece-nos, contudo, de sustento frágil, na medida em que não poderia o Tribunal ignorar as posições internacionais, e o caminho da sociedade portuguesa que, claramente era favorável à alteração da lei relativa à despenalização da IVG, sobretudo, considerando que nada punha em causa a segurança e a ordem do sistema jurídico português.

VI. Analisando outra jurisprudência relevante para o efeito, é de relevar o facto de a maioria das violações do artigo que chegam ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decorrerem nos países da Europa de Leste, com particular incidência na Rússia e na Turquia. Esta constatação permite-nos, de certo modo, compreender o atraso na aceitação da adesão da Turquia à União Europeia, enquanto espaço de liberdades.

¹¹⁰ As tensões eram várias à data, mesmo entre militantes dos mesmos partidos.

Uma conclusão global da análise jurisprudencial assenta na proteção clara do direito de livre associação e manifestação do cidadão europeu. No caso *Belan and Suiderskaya c. Russia*¹¹¹, o Tribunal considerou que, mesmo que a manifestação não fosse autorizada pela lei nacional do país, as forças de segurança deveriam, na ausência de comportamentos violentos, deixar terminar a manifestação e só após o seu término aplicar a multa referente (cfr. *Novikova and others c. Russia*, no ponto 175 do Acórdão). A detenção dos autores foi considerada ilegítima, e o Tribunal entendeu, ainda, que a intervenção das forças de segurança que terminaram o protesto antes da hora prevista e reduziram o espaço disponível para a manifestação, não se afigurava necessária à luz da conceção de uma sociedade democrática, havendo assim violação do n.º 2 do artigo 11º da CEDH.

Num outro caso, *Zinovyeva v Russia*¹¹², o Tribunal apreciou um caso em que uma mulher havia rompido o cordão de segurança numa manifestação, declarando que tal se teria ficado a dever ao encurtamento do espaço pelas forças de segurança e a comportamentos de cariz violento de outros manifestantes. O Tribunal concluiu pela inexistência de fundamentos para que aquele fosse considerado um ato de violência da Autora, ficando aliás explícito, no entendimento do Tribunal, que um cidadão não perde o seu direito à livre manifestação pelo facto de outros manifestantes cometerem atos de violência nas suas imediações. De um modo geral, o papel do Tribunal é o de completar lacunas procedimentais da lei interna dos países, confirmando não só se todos os direitos foram respeitados no procedimento, como ainda se as autoridades tomaram todas as medidas necessárias para que os manifestantes pudessem exercer o seu direito, livres de condicionamentos.

Por último, e socorrendo-nos de um outro caso, em *Asainov and Sibiryak c. Russia*¹¹³, o Tribunal declarou que atitudes como o dispersar de uma manifestação, a detenção de intervenientes ou a aplicação de multas a manifestantes para o efeito autorizados, constitui uma interferência do Estado no exercício dos direitos salvaguardados pelo artigo 11.º da CEDH.

VII. A terminar, importa, ainda, referir algumas questões que podem levantar-se a propósito do direito de reunião e de manifestação.

A nossa Constituição diferencia, em dois artigos, o direito de reunião e de manifestação e a liberdade de associação, determinando, para o primeiro, a

¹¹¹ Caso *Belan e Suiderskaya c. Russia*, 42294/13, [2019], TEDH.

¹¹² Caso *Zinovyeva c. Russia* 69272/13 [2019], TEDH.

¹¹³ Caso *Asainov e Sibiryak c. Russia* 16694/13 e 32701/13, [2018], TEDH.

desnecessidade de autorização prévia de reuniões e manifestações (cfr. n.º 1 do artigo 45.º), sem que isso obste à exigência de comunicação prévia por parte dos respectivos promotores às autoridades (governador civil do distrito ou presidente da câmara municipal), estabelecida no artigo 2.º do Decreto-Lei nº 406/74 de 29 de agosto (que garante e regulamenta o direito de reunião).

Em ligação com a análise dos casos em apreço, concluímos que a comunicação prévia de uma manifestação configura um ónus procedimental e não um dever cujo incumprimento acarrete, automaticamente, qualquer sanção.

Parece-nos, em suma, ser de seguir, quanto a este preceito, a tese de Vieira de Andrade¹¹⁴, para o qual “há preceitos constitucionais, como, por exemplo, os relativos às liberdades (...) de reunião e manifestação (artigo 45.º), (...) que não prevêm quaisquer restrições (...) a falta de preceitos constitucionais que autorizem a restrição pela lei pode, contudo, ser colmatada pelo recurso à Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos termos do n.º 2 do artigo 16.º”, ou seja, só devendo tal restrição ser admitida “quando se trate de salvaguardar um outro valor ou interesse constitucionalmente protegido”, como a segurança e a ordem pública.

A análise jurisprudencial leva-nos a concluir pelo papel cimeiro do TEDH na interpretação e densificação deste artigo.

César Alves

Miguel Peixoto Parente

Rute Bessa

Estudantes do 1.º ano da licenciatura em Direito

¹¹⁴ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2001, p. 230.

ARTIGO 12.º

DIREITO AO CASAMENTO

A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.

COMENTÁRIO

I. O artigo 12.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante CEDH) replica o n.º1 do artigo 16.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê também que “[A] partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião”. Assim, durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais.” Também o n.º1 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa (doravante designada por CRP), estabelece que: “todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”.

II. Ora, podemos, desde logo, notar uma diferença entre redação da norma do texto constitucional e do direito internacional, nomeadamente na ordem de previsão dos direitos a constituir família e a contrair casamento.

Esta inversão e o próprio sentido da norma do n.º 1 do artigo 36.º da CRP (nomeadamente do que se poderia entender como família) levou a entendimentos diferenciados na doutrina portuguesa. Assim destacam-se 3 entendimentos.

O n.º 1 do artigo 36.º da CRP prevê apenas um direito: o direito a constituir família e a contrair casamento são idênticos. Este entendimento é perfilhado por Castro Mendes e Antunes Varela. Defendem estes autores que o legisla-

dor constitucional parte do efeito (casamento) para a causa (família). Constituir família é consequência de contrair casamento. Estes autores atribuíam protagonismo à família matrimonializada. Esta seria ainda como que um reflexo do que constava da Constituição de 1933, que se referia a família legítima (formada pelo casamento). Este entendimento é fortemente criticado. De facto, Antunes Varela afirma: "o casamento é o ato jurídico fundamental do direito da família, pois através do vínculo matrimonial se constitui o cerne da sociedade familiar"¹¹⁵. Para o autor "não há família ou sociedade familiar fora do casamento"¹¹⁶. Por seu turno, Castro Mendes afirma que: "o casamento é o meio jurídico de dar relevância à conjugação especial do homem e mulher, necessária à reprodução e que constitui um modelo normal de organização de vida na sociedade"¹¹⁷.

III. A generalidade da doutrina vem aliás pôr em destaque que a nossa Constituição se inspirou nos dois instrumentos internacionais, mas inverteu a ordem. Porque primeiro referem o direito a constituir casamento e depois a constituir família. O nosso legislador quis precisamente afirmar, invertendo a ordem dos direitos, que há mais família além do casamento. Claro que, a partir daqui, há subdivisões na doutrina. Desde logo, porque há quem entenda que a referência à família do n.º 1 do artigo 36.º da CRP respeita apenas à família biológica. Esse é o entendimento de Pereira Coelho e Guilherme Oliveira. No direito a constituir família caberia o direito a procriar e o direito a estabelecer os correspondentes laços jurídicos. Em termos práticos, o grande problema é saber se a união de facto é ou não família. Estes autores defendem que outras formas de organização de vida não se alcançavam pelo n.º 1 do artigo 36.º da CRP, mas sim no artigo 26.º da CRP, onde se prevê o direito ao livre desenvolvimento de personalidade. O que significa que não pode ser proibida ou punida e que deve ter alguma proteção jurídica não semelhante ao casamento. De facto, afirmam estes autores que: "Embora a formulação do art. 36.º levante as maiores dúvidas e várias interpretações sejam legítimas, pode entender -se que o art. 36.º, n.º 1, 1.ª parte, respeita exclusivamente à matéria da filiação: o "direito de constituir família é, em primeiro lugar, um direito a procriar, e, em segundo lugar, um direito a estabelecer as correspondentes relações de maternidade e paternidade". Afirmam também que: "Não haverá dúvida de que a união de

¹¹⁵ ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 3ª edição, Lisboa, Petrony, 1993, p.175.

¹¹⁶ ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, ob. e loc. cit..

¹¹⁷ CASTRO MENDES, *Direito da Família*, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Lisboa, AAFDL, 1990/1991, p.39.

facto está abrangida no “direito ao desenvolvimento da personalidade”, que a revisão de 1997 reconheceu de modo explícito no n.º 1 do artigo 26.º.”¹¹⁸

IV. Há um outro entendimento onde se identificam, como protagonistas, Gomes Canotilho e Vital Moreira. Estes autores entendem que no direito a constituir família se contempla o direito a viver em união de facto. Para eles é assim porque a inversão quer significar exatamente isto, que há outras formas de convivência que não seja matrimonial. O legislador constituinte no n.º 4 do artigo 36.º da CRP proíbe a discriminação dos filhos nascidos dentro e fora do casamento. Assim, estes autores, vêm dizer que o legislador não referiu “dentro e fora da família”: porque existem outras convivências além da convivência matricial. Estes autores hoje já entendem que a união de facto é família. Do artigo 36º da CRP resulta uma obrigação positiva de regular a união de facto. De facto, afirmam estes autores que: “Conjugando, naturalmente, o direito de constituir família com o de contrair casamento (n.º1), a Constituição não admite, todavia, que redução do conceito de família à união conjugal baseada no casamento, isto é, à família «matrimonializada»”. Para isso apontam não apenas a clara distinção das duas noções no texto (“constituir família” e “contrair casamento”), mas também o preceito do n.º4 sobre a igualdade dos filhos, nascidos dentro ou “fora do casamento” (e não: fora da família). O conceito constitucional de família não abrange, portanto, apenas a “família matrimonializada, havendo assim uma abertura constitucional- se não mesmo uma obrigação- para conferir o devido relevo jurídico às uniões de familiares «de facto». Constitucionalmente, o casal nascido da união de facto também é família (...)”.¹¹⁹

V. A nível jurisprudencial, o Tribunal Constitucional português (doravante TC) já foi chamado, algumas vezes, a refletir sobre este direito. Neste âmbito, destaca-se o Acórdão do TC n.º 359/2009¹²⁰, no qual o TC vem afirmar que a CRP não obriga à consagração legal do casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo legítimas quer a sua proibição, quer a previsão de regimes diferenciados e não julga inconstitucional a norma constante do artigo 1577.º do Código Civil, interpretada com o sentido de que o casamento apenas pode ser

¹¹⁸ FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Volume I, 5ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 60 ss.

¹¹⁹ J.J. CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 561.

¹²⁰ Acórdão do TC n.º 359/2009, pesquisável em www.tribunalconstitucional.pt, último acesso em 16 de abril de 2019.

celebrado entre pessoas de sexo diferente. Na sua argumentação faz referência ao artigo 12.º da CEDH e à interpretação que dele havia sido feita, pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH) e pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem. Assim faz referência aos seguintes casos: *Rees v. Reino Unido*¹²¹; *Cossey v. Reino Unido*¹²² e *Sheffield e Horsham v. Reino Unido*¹²³, nos quais o TEDH se havia pronunciado no sentido de que o direito previsto no artigo 12.º da CEDH apenas abrangeria o casamento entre pessoas de sexo diferente. Faz também referência à decisão de rejeição, proferida no caso *Mata Estevez v. Espanha*¹²⁴, onde o TEDH afirma e, passa-se a citar que “as relações homossexuais duradouras entre dois homens não relevam do direito ao respeito da vida familiar protegida pelo artigo 8.º da Convenção. O Tribunal considera que apesar da evolução verificada em diversos Estados europeus tendendo ao reconhecimento legal e jurídico das uniões de facto estáveis entre homossexuais, trata-se de um domínio em que os Estados contratantes, na ausência de um denominador comum amplamente partilhado, gozam ainda de uma ampla margem de apreciação”.

A verdade é que o legislador português entendeu estender o direito de contração de casamento a casais homossexuais. Neste sentido, em 2010, o TC, em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade, pronuncia-se no sentido da não inconstitucionalidade das alterações previstas para os artigos 1577.º, 1591.º e n.º1 do artigo 1690.º do Código Civil, previstas nos artigos 4.º e 5.º do Decreto n.º 9/XI, da Assembleia da República¹²⁵. Na sua fundamentação, mais uma vez, recorre ao artigo 12.º da CEDH e à interpretação que dele havia sido feita pelo TEDH. Assim, faz referência à jurisprudência assente, do TEDH, no sentido de remoção de discriminações em razão da orientação sexual, fazendo referência aos casos *Dudgeon v. Reino Unido*¹²⁶ ; caso *Norris v. Irlanda*¹²⁷;

¹²¹ Acórdão do TEDH de 10/10/1986, pesquisável em <https://www.echr.coe.int/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹²² Acórdão do TEDH de 27/9/1990, pesquisável em <https://www.echr.coe.int/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹²³ Acórdão do TEDH de 30/7/1998, pesquisável em <https://www.echr.coe.int/>.

¹²⁴ Acórdão do TEDH de 10/10/2001, pesquisável em <https://www.echr.coe.int/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹²⁵ Acórdão do TC n.º 121/2010, pesquisável em www.tribunalconstitucional.pt, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹²⁶ Acórdão do TEDH de 22/10/1981, pesquisável em <https://www.echr.coe.int/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹²⁷ Acórdão do TEDH de 26/10/1988, pesquisável em <https://www.echr.coe.int/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

caso *Modinos v. Chipre*¹²⁸, entre outros. Destaca também uma decisão jurisprudencial relativa Portugal: caso *Salgueiro da Silva v. Portugal*¹²⁹. Neste caso, o TEDH declarou que a negação de um tribunal português em conferir a custódia da sua filha a um pai homossexual, por causa dessa condição, consubstanciaria uma violação dos direitos à vida privada e familiar e ao princípio da igualdade e não discriminação.

VI. O TC refere também na sua fundamentação que o TEDH tem vindo a interpretar o artigo 12.º da CEDH no sentido de se reportar apenas ao casamento heterossexual. Contudo, e, como afirma Ireneu Cabral Barreto, “esta é uma matéria que releva de condições sociais, culturais e jurídicas em permanente evolução”¹³⁰, o TC faz também referência à evolução da jurisprudência do TEDH, no que concerne à transexualidade. Assim, no caso *Christine Goodwin v. Reino Unido*, o TEDH não o utiliza o critério da diferenciação de sexos para a definição de casamento, afirmando e, passa-se a citar que: “Reexaminando a situação em 2002, o Tribunal fez notar que no artigo 12.º se encontra garantido o direito fundamental, para um homem e uma mulher, de casar e de fundar uma família. Todavia, o segundo aspeto não é uma condição do primeiro, e a incapacidade de um casal conceber ou criar uma criança não seria em si suficiente para o privar do direito visado pela primeira parte da disposição em causa.”. Ireneu Cabral Barreto afirma que: “à luz da evolução atual das concepções sobre a instituição “casamento” e das mudanças radicais que a medicina e a ciência acarretaram no domínio da transexualidade, o Tribunal deixou de sustentar que a primeira parte daquela disposição (nossa nota: artigo 12.º CEDH) exige que o sexo deva ser determinado segundo critérios puramente biológicos”.¹³¹

Por outro lado, o TEDH havia afirmado no caso *Schalk e Kopf*¹³², invocando o artigo 9.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que a aplicação do artigo 12.º da CEDH não podia continuar a abranger somente o casamento entre pessoas do sexo diferente. Contudo, afirma que não se pode substituir ao

¹²⁸ Acórdão do TEDH de 22/04/1993, pesquisável em <https://www.echr.coe.int/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹²⁹ Acórdão do TEDH de 21/12/1999, pesquisável em <https://www.echr.coe.int/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹³⁰ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 5ª edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2015, p. 304.

¹³¹ *Idem*, ob.cit., p.305.

¹³² Acórdão do TEDH de 24/7/2010, pesquisável em <https://www.echr.coe.int/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

julgamento das autoridades nacionais, que estão melhor colocadas para conhecer e responder às necessidades da sociedade.

Ora, parece ser de considerar que a posição do TEDH, na interpretação que vem fazendo do artigo 12.º da CEDH, fornece aos legisladores nacionais uma grande margem de manobra na conformação, em concreto, do direito à contração de casamento e constituição de família. Se assim é, a verdade é que também vem demonstrando uma abertura ao facto de vários Estados, outorgantes da Convenção, terem admitido o casamento entre casais homossexuais (nomeadamente ao deixar de considerar determinante o critério biológico a determinação do sexo). A verdade é que o TEDH não considerou expressamente que o artigo 12.º da CEDH abrange ao direito ao casamento entre casais homossexuais. De acordo com Ireneu Cabral Barreto “nestas matérias onde o Tribunal está sempre atento aos sinais do tempos-(...)- é de admitir uma evolução; mas, sem que se desenhe uma tendência maioritária ou significativa entre os Estados Membros da Convenção, será difícil que o Tribunal reveja a sua jurisprudência (...)”¹³³.

Tendo em consideração a flexibilização do TEDH e as várias em que condena inúmeras discriminações em virtude da orientação sexual, pensamos que é de prever que a interpretação do artigo 12.º da CEDH, pelo TEDH, seja cada actualista e não literal, mas baseada num elemento teleológico, podendo vir a culminar numa interpretação extensiva, em que se enquadre, o direito à contração de casamento e constituição de família por casais homossexuais.

Sara Castro

Estudante do 4.º ano da licenciatura em Direito

¹³³ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, ob.cit., p. 305.

ARTIGO 13.º

DIREITO A UM RECURSO EFECTIVO

Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuem no exercício das suas funções oficiais.

COMENTÁRIO

I. O conjunto de direitos fundamentais previstos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos depende, para além de uma indispensável proteção no plano material, de uma garantia de proteção procedimental e processual. Na realidade, o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, consubstanciada na previsão, também adjetivamente consagrada, de um recurso eficaz e operante, é uma emanção do princípio do Estado de Direito, que tem de ser lido em conjunto com as restantes disposições da Convenção e, em particular, com o seu artigo 6.º, que assegura um processo equitativo. Deve ainda entender-se este princípio como uma decorrência lógica dos demais princípios gerais de Direito, como os da proibição de autotutela e do acesso ao direito e aos tribunais¹³⁴.

O artigo aqui em causa não tem um alcance geral, circunscrevendo a exigência do recurso efetivo a situações de alegada violação dos direitos e liberdades previstos na CEDH – incluindo os Protocolos – e tem um âmbito nacional, ou seja, prevê o recurso ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem apenas quando esgotadas todas as vias de recurso internas, devendo ser entendido em conjunto com o disposto no artigo 35.º. Da conjugação dessas normas resulta ainda o

¹³⁴ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa – Anotada – Volume I – Artigos 1º a 107º*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, reimp. p. 407.

princípio da subsidiariedade do sistema previsto pela Convenção, em relação à responsabilidade que recai sobre os Estados de proteção e enquadramento constitucional dos direitos fundamentais.

II. O direito a um recurso efetivo, ainda que tenha de ser invocado em conjunto com a alegada violação de um dos outros direitos previstos pela Convenção, é um direito independente e com carácter autónomo, no sentido em que, mesmo que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não dê como provada a violação de um direito da Convenção, permanece a obrigação de o Estado providenciar uma instância que permita o exame da alegada violação, podendo, em contrário, ser condenado pelo seu incumprimento.¹³⁵

A consagração do recurso a uma instância nacional não implica que essa instância tenha necessariamente de ser jurisdicional em sentido estrito. A extensão da obrigação positiva de criação de um mecanismo de tutela ao nível nacional dependerá da natureza da queixa e do direito violado no caso concreto, estando sujeita a uma aplicação tanto mais ampla e exigente quanto maior a importância do direito em causa, como acontecerá com o direito à vida (artigo 2.º) e com o direito à liberdade e à segurança (artigo 5.º), em que é o próprio texto da Convenção a referir “um tribunal”. Mesmo não se exigindo a tutela por autoridade judiciária, o Tribunal tem entendido que a instância nacional deve ser capaz de conferir um recurso de utilidade comparável àquela, nos seus poderes e garantias procedimentais. Como forma de concretizar o conceito de recurso efetivo, o TEDH tem ainda invocado o princípio da proteção efetiva, base de toda a Convenção, à luz do qual tem caracterizado como violação do artigo 13.º, qualquer ato ou omissão, por parte de uma autoridade estadual, que impeça injustificadamente a reparação de dano resultante da violação de um dos direitos protegidos pela Convenção.

III. A jurisprudência do TEDH tem sujeitado os casos de alegada violação de direitos e liberdades ao designado teste da queixa defensável ou *arguability*, por entender que só perante queixas plausíveis e defensáveis relativamente à Convenção, isto é, que suscitem *a priori* um problema sério quanto ao respeito dos direitos aí enumerados¹³⁶, estarão os Estados obrigados a criar mecanismos

¹³⁵ PIETER VAN DIJK, FRIED VAN HOOF, ARJEN VAN RIJN, LEO ZWAAK, *Theory and practice of the European Convention on Human Right*, 4.ª ed., Cambridge; Antwerp; Portland, Intersentia, 2018, pp. 1035 e ss.

¹³⁶ Acórdão do TEDH nº 42023/98. “135. La Cour rappelle ensuite que l'article 13 exige un

de tutela. O Tribunal tem rejeitado definir perentoriamente o conceito de queixa defensável, que, por isso, mantém uma natureza relativamente indeterminada e casuística¹³⁷, mas fundada em critérios de plausibilidade, destinados a afastar no plano do mérito da causa a consideração de pedidos pouco sérios ou em que manifestamente não exista violação de um direito consagrado pela Convenção.¹³⁸

IV. Em relação ao ordenamento jurídico português, reveste-se de particular relevância a ponderação deste mecanismo, uma vez conjugado com a garantia de um processo equitativo, prevista no artigo 6.º da Convenção. Durante vários anos, o Estado português foi sendo sucessivamente condenado pelo TEDH¹³⁹, por este considerar não existir um meio satisfatório de reação para indivíduos envolvidos em litígios, dado o seu arrastamento durante um período de tempo irrazoavelmente demorado. No entanto, a partir de 27 de maio de 2014¹⁴⁰, o Tribunal veio reconhecer e saudar uma evolução positiva da jurisprudência nacional, após a publicitação de um acórdão do Supremo Tribunal Administrativo¹⁴¹ que veio elencar um conjunto de princípios necessários para a condenação do Estado por violação da Convenção, em estreita proximidade com os critérios do TEDH, que veio a considerar ter-se aí consolidado a jurisprudência que garante a tutela jurisdicional efetiva em prazo razoável¹⁴². A solução passou pelo desenvolvimento jurisprudencial de um mecanismo de reação, baseado na responsabilidade civil

recours effectif pour les seules doléances que l'on peut estimer « défendables » au regard de la Convention, c'est-à-dire posant a priori un problème sérieux quant au respect des droits y énumérés".

¹³⁷ Acórdão do TEDH nº 9659/82 e 9658/82 pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int>, último acesso em 16 de abril de 2019, do qual resulta clara essa opção pela abertura do conceito: *"The Court does not think that it should give an abstract definition of the notion of arguability. Rather it must be determined, in the light of the particular facts and the nature of the legal issue or issues raised, whether each individual claim of violation forming the basis of a complaint under Article 13 (art. 13) was arguable and, if so, whether the requirements of Article 13 (art. 13) were met in relation thereto".*

¹³⁸ JORGE DE JESUS FERREIRA ALVES, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada e Protocolo adicionais anotados (doutrina e Jurisprudência)*, Porto, Legis Editora, 2008, pp. 272 e ss.

¹³⁹ Acórdão do TEDH nº 67081/13, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int> e acórdão do TEDH nº 23603/14, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁴⁰ Acórdão do TEDH nº 69053/13, 69374/13, 69377/13, 71135/13 e 8088/14, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int> e acórdão do TEDH nº 63582/13 e 18347/14, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int>, últimos acessos em 16 de abril de 2019.

¹⁴¹ Acórdão do STA de 27.11.2013, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁴² Acórdão do TEDH nº 73798/13, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int>, último acesso em 16 de abril de 2019.

extracontratual do Estado por atraso na administração da justiça, sempre que devida ao “deficiente funcionamento do sistema judicial”. Os tribunais nacionais recorreram ao n.º 1 do artigo 6.º da CEDH e ao n.º 4 do artigo 20.º da CRP como fundamentos para responsabilizar o Estado. O Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e Pessoas Colectivas de Direito Público, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, previa já a responsabilidade do Estado em casos de violação do direito a uma decisão em prazo razoável. No entanto, apenas após a generalização do entendimento vertido no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo – que veio enumerar, em 2013, os princípios essenciais para que se tenha por verificada a responsabilidade do Estado – é que o Tribunal veio considerar consolidada a garantia a uma via de recurso efetivo no plano nacional. Só aí se julgou satisfeito o grau de certeza jurídica necessário para efeitos de aplicação do n.º1 do artigo 35.º da Convenção.

Catarina Branco Ribeiro

Francisca Pinto

João Diogo Barbosa

Estudantes do 3.º ano da licenciatura em Direito

ARTIGO 14.º

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

I. A discriminação acompanha o ser humano desde a sua origem, já diziam Caetano Veloso e David Byrne: “Narciso acha feio o que não é espelho”. Teremos discriminação sempre que um indivíduo recebe um tratamento diferenciado (muitas vezes prejudicial, e frequentemente perpetrado por uma maioria contra uma minoria) devido a uma característica pessoal que não justifica essa distinção. Inúmeros são os cenários de minorias vítimas de discriminação ao longo dos séculos, sejam elas fundadas no sexo, raça, cor, língua ou religião. Da escravidão até ao holocausto, existiam pessoas dotadas de personalidade jurídica cujos direitos que dela emanam eram sistematicamente violados ao longo da sua vida de forma banal, como se valessem menos do que outro ser humano em tudo idêntico a ele. O desejo humano de acabar com esses cenários é relativamente recente, e tem percorrido um longo caminho já produz alguns frutos, sendo que, este artigo 14.º tanto é um fruto desse desejo como uma ferramenta para o realizar. Hoje, não existe medo de assumir esse compromisso e de enfrentar a realidade ainda patente na nossa sociedade de que nem todos têm o mesmo tratamento nem as mesmas oportunidades.

II. Na Europa tem-se notado um avido combate à discriminação, seja num plano mais lato através da ratificação de diplomas como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante CEDH), ou, mais especificamente, através de

diretivas (de onde se destacam a diretiva 2000/43/CE sobre a proibição da discriminação racial ou étnica e as Diretivas 2004/113/CE e 2006/54/CE, ambas pretendendo combater a discriminação de género, quer quanto ao acesso a bens e serviços, quer quanto ao tratamento no emprego e empregabilidade entre género), e de jurisprudência. Podemos afirmar que existem poucas matérias de aspeto social nas quais a União Europeia tenha tido uma influência tão positiva como na questão da discriminação. Muito através do TJUE, que tem tido um papel de relevo em dinamizar e densificar o princípio da não discriminação.

III. Quanto ao artigo 14.º, coloca-se a questão de saber se terá ele um significado independente ou meramente acessório?, isto é, se podemos aplicar o artigo 14.º simplesmente por existir um tratamento discriminatório, ou, terá esse comportamento de se configurar como uma violação de outro direito presente da CEDH, sendo o artigo 14.º meramente uma espécie de agravante? A jurisprudência atual, dá-nos a resposta de que não possui uma existência independente, na medida em que, a sua aplicação decorre sempre de questões relativas ao gozo de outros direitos estabelecidos na Convenção. É por isso, constantemente remetido para uma papel auxiliar¹⁴³. A tutela que confere não pressupõe necessariamente a violação de outros direitos, mas, a matéria do caso deve ser relativa a outros direitos, mesmo que não tenham sido violados. Todavia, “[S]endo possível constatar a sua violação sem que concomitantemente se verifique violação do direito ou da liberdade a que está associado; basta que os factos da causa possam relevar de um dos artigos da Convenção” – Acórdãos *Abdulaziz, Cabeles e Balkandali*, de 28 de Maio de 1985, *Inze*, de 28 de Outubro de 1987 e *Karlheinz Schmidt*, de 18 de Julho de 1994”¹⁴⁴. Ou seja, de certa forma, até uma certa extensão, podemos considerar este artigo como autónomo, na medida em que pode existir apenas uma violação do artigo 14.º mas, que recai sempre no âmbito dos restantes artigos da CEDH. Deste modo, acaba por ter um carácter subsidiário. Ao fim ao cabo, acabamos por apenas proibir a discriminação que seja relativa ao que a CEDH consagra, poderá certo cidadão europeu ser discriminado mas não se aplicar o artigo 14.º devido a não se inserir nos restantes artigos da Convenção.

¹⁴³ MARGARITA TSATSA-NIKOLOVSKA, Protection against discrimination under the European Convention on Human Rights, in *Non-discrimination: a human right*, Strasbourg, Council of Europe, 2005, pp.25.

¹⁴⁴ IRENEU CABRAL BARRETO, A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p.313.

IV. Existe, portanto, uma *gap* entre o escopo de proteção do artigo e a sua aplicação prática, algo que se pretendeu remediar com o Protocolo nº.12 à Convenção introduzindo uma tutela independente da discriminação que fosse abrangente para além da convenção, todavia o processo de ratificação tem sido bastante moroso.

Porém, esta dependência não é totalmente negativa como possa parecer. Através dessa necessária combinação com outros direitos, isso acaba por contribuir para uma aceção mais ampla e um maior âmbito de aplicação do princípio da não discriminação.

V. O artigo 14.º pode ser visto como uma “lupa”¹⁴⁵, no sentido de que a sua tutela acessória leva a uma magnificação dos restantes direitos previstos na convenção. Esta “magnificação” (*rectius*, a sua aplicação) tem três formas:

1. Quando outro artigo da convenção é aplicável, mas os elementos discriminatórios do caso servem apenas como fator agravante da conduta. Fazendo com que o caso recaia principalmente sobre um outro artigo/direito da convenção e acessoriamente sobre o artigo 14.º (v.g. caso *Sommerfeld* e caso *Salgueiro da Silva Mouta*), podendo o artigo que invoca a tutela do 14º acabar por não ser violado mas efetivamente existir uma discriminação não justificada;
2. Quando a questão não se insere em qualquer artigo da convenção mas segundo a “*ambit doctrine*” (sobre a qual não me pretendo alargar, restringindo-me ao comentário do artigo em si) os facto trazem interesses relevantes para a proibição da discriminação. (v.g. caso *Van der Mussele*);
3. Quando o Estado Membro tenha designado um interesse particular em legislação nacional como um direito, ou seja, tenha legislado algo de forma mais exigente do que os requisitos mínimos impostos pela convenção. Esta proteção adicional, permite que se invoque o artigo 14.º da Convenção quando alguém seja discriminado em relação a esse direito que embora a convenção não tenha legislado, o próprio Estado membro quis legislar. (v.g. Caso EB contra França).

VI. O elenco presente do artigo 14.º da CEDH acaba por não ser taxativo (como defendido no Acórdão Engel contra os Países Baixos, 8 de Junho de 1976

¹⁴⁵ ODDNÝ MJÖLL ARNARDÓTTIR, *Shaping rights in the ECHR*, 1ª. Ed., Cambridge, Cambridge University press, 2013, pp. 334 e ss.

parágrafo 72), a própria letra da lei exprime este entendimento: “ou qualquer outra situação”. Por exemplo, duas das situações em que é aplicável todo este regime, apesar de não as encontrarmos previstas expressamente na letra da lei, é a discriminação com base em incapacidade física ou mental da pessoa ou ainda a sua orientação sexual. Neste último caso, essa tutela partiu de Portugal num caso que ditou a inclusão da orientação sexual no elenco de aplicação do artigo 14.º, nomeadamente o Caso Salgueiro da Silva Mouta (21 de Dezembro de 1999).

VII. Convém ainda definir aquilo que entendemos por discriminação. Devemos ter em conta que o conteúdo deste artigo 14.º, facilmente podia ser identificado como princípio da igualdade. Também neste artigo 14.º se pretende tratar por igual aquilo que é igual e diferente aquilo que é diferente.

Primeiramente, acaba por ser discriminação o tratamento diferenciado sem justificação de duas situações análogas. Mas não só, é também discriminação o tratamento diferenciado baseado em uma certa característica de determinada pessoa ou de um determinado grupo (Acórdão Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen, 7 de Dezembro de 1976 – parágrafo 56). É possível existir um tratamento diferenciado baseado nestas últimas razões, desde que cumpra o princípio da proporcionalidade em sentido lato, ou seja, que exista uma razão objetiva e razoável para tal tratamento. A este tratamento chamamos “discriminação positiva”, deve essa diferenciação ter em vista a correção de desigualdades de facto.

Para que seja legítima, é necessário que as diferenças existentes sejam objetivas e razoáveis, ou seja, que possua uma justificação objetiva, proporcional e que esse tratamento seja adequado, isto é, que ele seja um meio viável para atingir os fins visados (neste caso a correção das tais desigualdades de facto).

Quanto à determinação destes conceitos (o que é razoável? o que é objetivo?), os Estados Membros gozam de uma certa livre margem de apreciação sobre quais os tratamentos que podemos considerar justificados.

Para que seja uma discriminação não justificada contendem quatro elementos: (a) tratamento diferente, (b) de casos análogos, (c) sem que exista um objetivo ou justificação razoável para tal, (d) e não exista proporcionalidade entre o fim procurado e os meios utilizados. Sendo este requisitos cumulativos.¹⁴⁶

A noção de justificação objetiva e razoável é, no âmbito da CEDH, particularmente estrita no que toca a comportamentos diferenciados com base no sexo e na raça.

¹⁴⁶ PIETER VAN DIJK *et al.*, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4.ª ed., Cambridge; Antwerp; Portland, Intersentia, 2018, p. 1035.

VIII. A discriminação positiva não cai no âmbito da proibição do artigo 14.º, desde que justificada. Muitas vezes ela tem lugar numa situação pré-existente de iniquidade que justifica esse tratamento diferenciado (v.g. quotas de mulheres nas listas de certos órgãos políticos). Temos por isso um tratamento desigual para corrigir uma desigualdade factual que procura sempre a equidade.

O ónus da prova dessa justificação cabe ao acusado, seja ele um privado ou o próprio Estado. Como defendido no Caso *Larkos*.

Na análise de um caso em que o artigo 14.º é chamado à colação, questiona-se numa primeira fase se realmente é relevante para o caso este artigo, aqui o ónus da prova reside com o autor/lesado, e caso se considere que sim passa-se à segunda fase em que cabe ao demandado/lesante, provar que a discriminação era justificada.¹⁴⁷

Tiago Miguel Ribeiro dos Santos

Estudante do 3.º ano da licenciatura em Direito

¹⁴⁷ ODDNÝ MJÖLL ARNARDÓTTIR, *Shaping rights in the ECHR*, ob.cit., p. 330.

ARTIGO 15.º

DERROGAÇÃO EM CASO DE ESTADO DE NECESSIDADE

1. Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contra-dição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.

2. A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao artigo 2º, salvo quanto ao caso de morte resultante de actos lícitos de guerra, nem aos artigos 3º, 4º (parágrafo 1) e 7º.

3. Qualquer Alta Parte Contratante que exercer este direito de derrogação manterá completamente informado o Secretário-Geral do Conselho da Europa das providências tomadas e dos motivos que as provocaram. Deverá igualmente informar o Secretário – Geral do Conselho da Europa da data em que essas disposições tiverem deixado de estar em vigor e da data em que as da Convenção voltarem a ter plena aplicação.

COMENTÁRIO

I. Os Estados têm à sua disposição vários instrumentos internacionais que, mediante determinadas condições, permitem o afastamento provisório das obrigações convencionais. Trata-se de situações de exceção e de estado de necessidade que “afetam o conjunto da população e constituem uma ameaça para a vida organizada da comunidade, como a guerra, uma catástrofe natural ou um golpe de Estado”¹⁴⁸. Urge ressaltar que as consequências da derrogação poderão ser muito abrangentes, isto é, condicionar um extenso número de pes-

¹⁴⁸ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, p 321

soas, pelo que é necessária uma supervisão eficiente por parte do Conselho da Europa.

O artigo 15.º é uma cláusula derogatória, uma vez que dá aos Estados Contratantes a possibilidade de derogar de forma limitada e controlada, dentro dos termos excepcionais estabelecidos, a sua obrigação de garantir certos direitos e liberdades protegidos pela Convenção¹⁴⁹. Contudo, o presente artigo é mais do que uma simples cláusula de derrogação, ele “tem como propósito proteger a essência da Convenção durante o tempo da derrogação e garantir que esta será totalmente aplicada, de novo, depois da cessação do estado de emergência”¹⁵⁰.

II. A redação do artigo 15.º reproduz o artigo 4.º da redação final do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos e o seu objeto é o de garantir a continuação da existência do Estado de Direito democrático e é por esta razão que o artigo 18.º desta mesma Convenção não permite que o artigo 15.º seja usado com outros propósitos que não os estipulados. Além disso, o artigo em causa “não pode ser invocado se o Estado em causa pretender atingir fins antidemocráticos, autoritários ou ditatoriais”¹⁵¹. Por fim, uma derrogação “apenas pode ser efetuada em situações de emergência pública em que medidas normais não sejam suficientes para garantir a segurança da Nação”¹⁵².

III. Importa ressaltar que um estado de exceção em que se permite a suspensão de liberdades é perigoso para as liberdades, daí todas as exigências, tais como, tempo limitado, proporcionalidade das medidas. A duração do estado de exceção, em sentido amplo, é uma questão relevante. Veja-se o caso relativamente recente da França, que, como consequência dos atentados terroristas de 2015, decretou e foi prolongando e renovando a situação de estado de emergência (*état d'urgence*) ao longo do tempo¹⁵³, o que foi por muitos considerado um en-

¹⁴⁹ PIETER VAN DIJK *et al.*, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4ª ed., Cambridge; Antwerp; Portland, *Intersentia*, 2018, p.1055.

¹⁵⁰ *Idem*, ob.cit., pp. 1054 ss.

¹⁵¹ *Ibidem*, ob.cit., pp 1055 ss.

¹⁵² *Ibidem*, ob. e loc. cit.

¹⁵³ Tendo também a França comunicado a situação ao Conselho da Europa ao abrigo do artigo 15.º, v. https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-states/-/conventions/declarations/results?_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_formDate=1553258850950&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_searchBy=state&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_codePays=FRA&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_numSTE=&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_codesMatiere=&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_enVigueur=true&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet

fraquecimento da liberdade¹⁵⁴, designadamente pelo Presidente François Hollande que afirmou: “Não podemos prolongar o estado de emergência para sempre. Não faria sentido, isso significaria que não estávamos mais numa república com leis que podem ser aplicadas em todas as circunstâncias”¹⁵⁵. O Conselho da Europa esteve entre as instituições que manifestaram a sua preocupação¹⁵⁶.

Além da França, vários Estados ativaram este mecanismo, nomeadamente a Turquia e a Irlanda, como *infra* se verá. Portugal nunca requereu a derrogação da Convenção, embora no artigo 19.º da Constituição da República Portuguesa se preveja a suspensão do exercício de direitos.

IV. Este artigo é composto por três partes que se analisarão de seguida. A primeira parte, correspondendo ao n.º1, estabelece as circunstâncias através das quais os Estados Contratantes podem validamente derrogar as obrigações impostas pela Convenção. O n.º2 deste artigo define as exceções que se aplicam ao disposto no número anterior. O n.º3 estabelece as obrigações e requisitos processuais que qualquer Estado deve cumprir para requerer a derrogação da Convenção.

V. O n.º1 do artigo 15.º estabelece três condições para a validade da derrogação, sendo estas (a) a existência de uma guerra ou outro perigo público que ameace a vida da Nação; (b) que as medidas tomadas como resposta não extravasem a medida estrita exigida pela situação; (c) que as providências adotadas não contra-

[dateDebut=05%2F05%2F1949&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateDebutDay=5&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateDebutMonth=4&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateDebutYear=1949&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateStatus=22%2F03%2F2019&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateStatusDay=22&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateStatusMonth=2&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateStatusYear=2019&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_numArticle=&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_codeNature=8&p_auth=Ut40Cp4R](#), último acesso, em 16 de abril de 2019.

¹⁵⁴ https://www.rtp.pt/noticias/mundo/estado-de-emergencia-em-franca-esta-a-enfraquecer-a-liberdade_n924950, último acesso, em 16 de abril de 2019.

¹⁵⁵ François Hollande, Presidente da França, 14 de julho de 2016, poucas horas antes do ataque de Nice, que imediatamente desencadeou extensão do estado de emergência por mais seis meses. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Factsheet – Derogation in time of emergency, 2018, p.11, disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_ENG.pdf, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁵⁶ Em <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2016/01/25/97001-20160125FILWWW00122-le-conseil-de-l-europe-preoccupe-par-la-prolongation-de-l-etat-d-urgence.php>, último acesso em 16 de abril de 2019.

riem as restantes obrigações do Estado decorrentes do Direito Internacional¹⁵⁷.

No entender de Ireneu Cabral Barreto, a guerra, “quer seja internacional ou civil, declarada formalmente ou não”¹⁵⁸ é uma das situações que pode justificar a ativação deste artigo. Por seu turno, as catástrofes, as calamidades naturais, insurreições, revoltas e golpes de Estado são também situações submissíveis à classificação de crise ou perigo excecional e iminente que afeta a população no seu conjunto¹⁵⁹.

Ressalva-se que “a crise ou o perigo devem ter um caráter excecional, sendo insuficientes as medidas ou restrições ordinárias, autorizadas pela Convenção para manter a segurança, a saúde e a ordem pública”¹⁶⁰.

Veja-se o exemplo da Irlanda do Norte: o Tribunal considerou, em diferentes decisões, que o terrorismo verificado neste território representaria um perigo público na medida em que “criou um perigo de magnitude e acuidade particulares para a integridade do território do Reino Unido, as instituições dos seis condados (deste território) a vida dos seus habitantes”¹⁶¹.

Mais recentemente, a Turquia decretou em 2016 estado de sítio, pelo Presidente Erdogan, como justificação de se prever um segundo golpe de Estado, conduzido por terroristas. Chamado a apreciar a queixa de dois jornalistas detidos na sequência da tentativa de golpe militar de 15 de julho de 2016, o TEDH considerou, nos casos *Şahin Alpay vs. Turquia* e *Mehmet Hasan Altan vs. Turquia*, de 20 de março de 2018, que a tentativa de golpe militar representava uma grave ameaça à vida e à existência do Estado Nação. À luz, designadamente, das constatações do Tribunal Constitucional, o Tribunal de Estrasburgo também considerou que a tentativa de golpe militar havia revelado a existência de uma “emergência pública que ameaçou a vida da nação”, na aceção da Convenção¹⁶².

VI. No n.º 2 definem-se os direitos reconhecidos que, mesmo em situação limite, devem ser respeitados impreterivelmente. São estes o direito à vida

¹⁵⁷ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Guide sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme – Dérogation en cas d'état d'urgence*, 2018, p.6, disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_FRA.pdf, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁵⁸ Ireneu Cabral Barreto, A Convenção, ob.cit., p. 321.

¹⁵⁹ Idem, ob.cit., p. 322.

¹⁶⁰ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, *Guide sur l'article 15*, ob.cit., p.6.

¹⁶¹ Idem, ob.cit., p.7.

¹⁶² TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, *Factsheet – Derogation in time of emergency*, 2018, p.5, disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_ENG.pdf, último acesso em 16 de abril de 2019.

(artigo 2.º) “salvo em caso de morte resultantes de atos lícitos de guerra”; a interdição da tortura ou de tratamentos desumanos ou degradantes (artigo 3.º); a proibição da escravidão ou da servidão (n.º1 do artigo 4.º); a legalidade dos crimes e das penas (artigo 7.º).

A abolição da pena de morte e o princípio de *ne bis in idem* (ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime), que resultam, respetivamente, dos Protocolos n.º6 e 13 e do artigo 4.º do Protocolo n.º7 são, também, exceções ao disposto no n.º1 do artigo em causa¹⁶³.

VII. Do n.º 3 resulta a imposição de informar o Secretário-Geral do Conselho da Europa das providências adotadas, tendo este, por sua vez, o dever de comunicá-las aos restantes Estados Contratantes e ao Tribunal. Esta imposição é vista como uma salvaguarda, uma prevenção contra o abuso do direito de derrogação pelos Estados, que visa facilitar o seu controlo¹⁶⁴.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou, no entanto, que seria dada alguma tolerância em relação a tal prazo nos casos de dificuldades especiais, com as quais os Governos se veem confrontados em situações de emergência pública. Veja-se, por exemplo, que um atraso de doze dias é, ainda, considerado conforme a esta obrigação¹⁶⁵. Por outro lado, um atraso de quatro meses, tal como aconteceu com a Grécia, já foi considerado demasiado extenso por parte da Comissão¹⁶⁶.

Os Governos devem, então, fornecer informação suficiente sobre as medidas em causa, ao Conselho da Europa, de modo a que este possa avaliar a natureza e a extensão da derrogação, de acordo com os pressupostos da Convenção. Isto é muito importante, porque a informação partilhada será o primeiro indicador se a derrogação é justificável ou não, numa determinada situação¹⁶⁷.

Na verdade, o artigo 15.º não prevê nenhuma consequência para os Governos que não informarem o Secretário-geral do Conselho de Europa sobre este direito de derrogação, o que pode levar, numa situação extrema, à perda de credibilidade e desuso deste mesmo artigo¹⁶⁸.

¹⁶³ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção*, ob.cit., p. 322.

¹⁶⁴ PIETER VAN DIJK et al., *Theory*, ob.cit., p.1069.

¹⁶⁵ Idem, ob.cit., p.1069 e caso *Lawless vs. Irlanda* (1 julho 1961) do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Neste caso invocou-se o direito à derrogação previsto no artigo 15º da CEDH de forma a que o Estado irlandês conseguisse deter um participante de um grupo terrorista “IRA”.

¹⁶⁶ PIETER VAN DIJK et al., *Theory*, ob.cit., p.1069.

¹⁶⁷ Idem, ob. e loc. cit.

¹⁶⁸ Ibidem, ob. e loc. cit.

VIII. Passando agora a uma breve análise do nosso sistema constitucional, a Constituição da República Portuguesa (CRP) prevê, no seu artigo 19.º, os institutos do estado de sítio e do estado de emergência, mais extensos que o estado de guerra ou de insurreição, incluindo os casos de calamidade pública¹⁶⁹. O conteúdo do artigo 19.º da Constituição harmoniza-se com o artigo 15.º da Convenção¹⁷⁰, em análise. Prevê-se a suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias, mas o n.º 6 do artigo 19.º CRP estabelece que a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afetar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião. Além disso, a Constituição portuguesa estabelece ainda, no n.º 5 do artigo 19.º, que a declaração do estado de sítio ou de emergência não pode ter duração superior a quinze dias, ou à duração fixada por lei, sem prejuízo de renovação.

As situações de “estado de sítio” e “estado de emergência” (n.º1) caracterizam-se ambas pela “segurança e a organização da coletividade, que não podem ser eliminados pelos meios normais previstos na Constituição, mas apenas através de medidas excecionais”¹⁷¹. De forma a reduzir a possibilidade da utilização indevida ou abusiva da declaração do estado de exceção, a Constituição define “pressupostos materiais (as situações previstas no n.º 2) e de limites materiais de estado de exceção (limites substanciais e temporais: nºs 4, 5 e 6), e finalmente pelo processo especial da sua declaração”¹⁷².

A declaração de estado de sítio e o estado de emergência está subordinada ao princípio da proporcionalidade, “cuja aplicação neste campo determina: (a) que qualquer desses estados de exceção só seja declarado quando seja necessário e adequado para superar as situações enunciadas na Constituição; (b) que seja só declarado o estado de sítio quando o estado de emergência se revelar insuficiente (n.º3); (c) que a suspensão abranja apenas aqueles direitos, liberdades e garantias cujo exercício ponha realmente em perigo os objetivos do estado de exceção (n.º5); (d) que a intensidade da suspensão se limite ao mínimo necessário exigido

¹⁶⁹ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção*, ob.cit., p.323.

¹⁷⁰ Idem, ob. e loc. cit..

¹⁷¹ J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.400.

¹⁷² Idem, ob. e loc. cit..

pelos objetivos do estado de exceção (n.º 4); (e) que o estado de exceção tenha a menor duração possível (n.º 5)”¹⁷³.

Carolina China Barros

Margarida Arada Leitão Pinto Morais

Estudantes do 1.º ano da licenciatura em Direito

¹⁷³ Ibidem, ob. cit., p.401.

ARTIGO 16.º

RESTRIÇÕES À ATIVIDADE POLÍTICA DOS ESTRANGEIROS

Nenhuma das disposições dos artigos 10º, 11º e 14º pode ser considerada como proibição às Altas Partes Contratantes de imporem restrições à actividade política dos estrangeiros.

COMENTÁRIO

I. O artigo 16.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) reconhece a possibilidade de os Estados signatários (Altas Partes Contratantes) poderem restringir o exercício dos direitos previstos nos artigos 10.º (liberdade de expressão), 11.º (liberdade de reunião e de associação) e 14.º (proibição de discriminação) da Convenção, “na vertente relacionada com a sua atividade política”¹⁷⁴. Ou seja, não se trata de um artigo que estabelece um direito, mas que admite e permite a restrição a direitos, no caso de estrangeiros¹⁷⁵.

Exemplos de restrições com as quais os estrangeiros se podem deparar na realidade política internacional são a concretização de atividades que possam divergir dos ideais de uma relação de paz entre o país de acolhimento e o país de origem. Com efeito, estes têm o dever de evitar ao máximo conflitos com o país de origem, uma vez que isso pode assaz denegrir a imagem do país de acolhimento,

¹⁷⁴ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 318-319.

¹⁷⁵ Justamente neste sentido, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos, Relatório*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 520, o artigo 16.º da Convenção “permite aos Estados imporem limitações especiais aos estrangeiros e apátridas, relativamente ao gozo das liberdades de expressão, de associação e de reunião”, por isso, “deve interpretar-se restritivamente, circunscrevendo as atividades políticas não admitidas àquelas que possam deteriorar as relações entre o Estado de acolhimento e o Estado estrangeiro”.

bem como abster-se da ingerência na vida política do país de acolhimento¹⁷⁶.

II. Nessa medida, revela-se oportuno invocar, por um lado, o artigo 14.º da Convenção, que salvaguarda explicitamente a proibição da discriminação, que inevitavelmente se relaciona com o princípio da igualdade, princípio basilar de qualquer Estado de Direito Democrático. Por outro lado, da articulação entre o artigo 16.º e o artigo 14.º conclui-se que a Convenção admite diferenças de tratamento justificadas com base na qualidade de estrangeiro, uma vez que mesmo existindo uma mais evidente protecção dos direitos humanos básicos, a partir do momento em que a proibição geral da discriminação com base na nacionalidade não se aplica, deparamo-nos com a possibilidade de restrições só para uns.

III. A Convenção impõe aos Estados a obrigação recíproca de respeitar e proteger direitos nela enunciados, sejam estes nacionais ou estrangeiros, em relação às pessoas sob sua jurisdição, como resulta do artigo 1.º. No entanto, os estrangeiros são reconhecidos como tendo direitos específicos no âmbito da CEDH, nomeadamente nos termos do disposto no artigo 4.º do Protocolo 4.º, no qual é, de resto, feita alusão à proibição das expulsões coletivas de estrangeiros. De forma semelhante, o artigo 1.º do Protocolo 7.º estabelece um conjunto de direitos e deveres relativos a estrangeiros, apenas.

IV. Ora, o que o artigo 16.º em análise permite é a restrição de direitos aos estrangeiros, nomeadamente de cariz político, o que parece em certa medida contraditório, atendendo ao escopo, âmbito e designação da Convenção. Será que os direitos políticos não se configuram, então, como um direito próprio de qualquer ser humano?

De facto, numa democracia ideal é crucial a existência de igualdade entre cidadãos e estrangeiros no processo político. Nesta perspetiva, a forma como definimos *cidadão* e *estrangeiro* torna-se relevante para a discussão desta suposta igualdade que está a ser garantida. De acordo com o artigo 4.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), “são cidadãos portugueses todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei ou por convenção internacional”, sendo que a Lei é a Lei da Nacionalidade, Lei n.º 37/81, de 3 de outubro (com alterações). Acresce que o artigo 13.º da CRP estabelece que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”. Em virtude do que reconhece o nosso legislador, surge a questão de saber se os estrangeiros, que

¹⁷⁶ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia....*, ob.cit., pp. 323-324.

não são considerados cidadãos, são protegidos pela CRP.

Por força do plasmado no n.º 1 do artigo 15.º da CRP, aos estrangeiros “que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português” – consagra-se o princípio da equiparação ou da tendencial paridade entre cidadãos, estrangeiros e apátridas quanto à titularidade de direitos e deveres fundamentais. De facto, à luz deste preceito o legislador concede o que intitula de tratamento nacional, isto é, “um tratamento pelo menos tão favorável como o concedido ao cidadão do país, designadamente no que respeita a um certo número de direitos fundamentais”¹⁷⁷.

V. Em todo o caso, a Constituição reconhece expressamente no n.º 2 deste mesmo artigo um catálogo circunscrito de restrições relacionadas com o exercício de direitos políticos, bem como o exercício das funções públicas sem carácter predominantemente técnico. Esta referência a direitos políticos parece-nos relacionada com o artigo 16.º da Convenção. Entre estes “direitos políticos” estarão os direitos eleitorais, o direito de fundar ou participar em partidos políticos, o direito de petição, a titularidade por eleição ou nomeação de órgãos de soberania, região autónoma, do poder local e outros cargos públicos, como apontado pela doutrina maioritária¹⁷⁸. Já quanto às funções públicas sem carácter predominantemente técnico, revela-se inacessível o exercício por estrangeiros de funções públicas que exijam “o exercício de poderes públicos, quer no âmbito interna da administração (funções de direção e chefia), quer no respeitante a terceiros (atos de autoridade)”¹⁷⁹.

VI. No entanto, sempre se diga, que de acordo com o n.º 3 do artigo 15.º da CRP, aos cidadãos de Estados e língua portuguesa que residem permanentemente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos que não são conferidos a estrangeiros, “salvo o acesso a cargos políticos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidente dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática”. No n.º 4 desse mesmo artigo admite-se o alargamento a estrangeiros residentes da “capacidade eleitoral ativa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais”, nas condições aí

¹⁷⁷ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed., Coimbra, 2007, p.357.

¹⁷⁸ *Idem*, ob. cit., p. 358.

¹⁷⁹ *Ibidem*, ob. e loc. cit..

previstas, e o n.º 5 do artigo refere-se aos cidadãos dos Estados membros da União Europeia que residem em Portugal e aos direitos de elegerem e serem eleitos Deputados ao Parlamento Europeu (apesar de se dizer que a *lei pode*, trata-se de uma obrigação do Estado português).

VII. Conforme resulta do n.º 2 do artigo 20.º do Tratado da União Europeia (TFUE), a *cidadania europeia* ou o estatuto de *cidadão da União* confere aos cidadãos da União uma listagem (não exaustiva) de direitos, entre os quais estão reconhecidos direitos de participação política eleitoral (ativa e passiva¹⁸⁰) no Estado membro de residência, se bem que apenas em certo tipo de eleições: as eleições municipais e as eleições para o Parlamento Europeu¹⁸¹.

A questão da restrição de direitos de estrangeiros não é no entanto pacífica no contexto da União Europeia. No caso *Piermont vs. França*¹⁸², uma cidadã alemã, Deputada do Parlamento Europeu (ou seja, cidadã europeia), tinha sido expulsa da Polinésia francesa devido a um discurso político que tinha feito. A Sra. Piermont invocou a sua liberdade de expressão (artigo 10.º), tendo o governo francês invocado o artigo 16.º da Convenção. A decisão do Tribunal foi tomada no sentido em que, uma vez que D. Piermont era nacional de um Estado-Membro da União Europeia e membro do Parlamento Europeu, esta não seria considerado um “estrangeiro” para os efeitos do artigo 16.º.

VIII. Recentemente, em 2015, o TEDH voltou a pronunciar-se sobre o artigo 16.º no caso *Perinçek vs. Suíça*, designadamente nos parágrafos 120 a 122¹⁸³. Aí se escreveu: “*In its report in Piermont, the former Commission noted that this Article reflects an outdated understanding of international law (see Piermont v. France, nos. 15773/89 and 15774/89, Commission’s report of 20 January 1994, § 58, unre-*

¹⁸⁰ Direito de eleger e de ser eleito.

¹⁸¹ Direitos reconhecidos na alínea b) do n.º2 do artigo 20.º e no artigo 22.º do TFEU e nos artigos 39.º e 40.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

¹⁸² TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, Acórdão Piermont c. França, de 27 de abril de 1995, § 64, série A n. 314.

¹⁸³ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Acórdão Perinçek c. Suíça, 15 de outubro de 2015, Dogu Perinçek apresentou queixa no TEDH por considerar ter sido violada a sua liberdade de expressão consagrada na Convenção Europeia do Direito Humanos (CEDH) pelo facto de ter sido condenado por um tribunal de Lausanne num crime de discriminação racial, na sequência da queixa crime apresentada pela Associação Suíça-Arménia. O TEDH decidiu, em 2015, que a condenação de Dogu Perinçek não respondia a uma necessidade social imperiosa, nem era essencial para defender a honra e os sentimentos dos descendentes das atrocidades de 1915; logo, considerou, que a Suíça violara a liberdade de expressão.

ported). In point 10 (c) of its Recommendation 799 (1977) on the political rights and position of aliens, the Council of Europe's Parliamentary Assembly called for it to be repealed. It has never been applied by the former Commission or the Court, and unbridled reliance on it to restrain the possibility for aliens to exercise their right to freedom of expression would run against the Court's rulings in cases in which aliens have been found entitled to exercise this right without any suggestion that it could be curtailed by reference to Article 16 (see *Women On Waves and Others v. Portugal*, no. 31276/05, §§ 28-44, 3 February 2009, and *Cox v. Turkey*, no. 2933/03, §§ 27-45, 20 May 2010). Indeed, in this latter judgment (§ 31) the Court specifically noted that, since the right to freedom of expression was guaranteed by Article 10 § 1 of the Convention "regardless of frontiers", no distinction could be drawn between its exercise by nationals and foreigners."¹⁸⁴

IX. Note-se que o conceito de cidadania e de nação está cada vez mais globalizado. Utilizando o conceito criado na década de 1960 por Herbert Marshall McLuhan, vivemos numa *aldeia global*. Com este conceito pretende-se evidenciar a comunhão entre nações, alcançada por via da partilha de informação, influenciada pela constante evolução de vários aspetos, nomeadamente os meios de transporte e os meios de comunicação e divulgação. Esta conceção de globalização pode perfeitamente ser vista como "motor de arranque" para uma constante modernização e aceitação dos estrangeiros, abolindo a permissão das restrições e, simultaneamente, promovendo a equidade política entre residentes.

X. A concluir, importa salientar que, já em 1977 a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa se pronunciara no sentido de este artigo 16.º ser eliminado, atendendo a vários aspetos, entre eles, ser factual o número substancial de estrangeiros a residir permanente ou semipermanente nos Estados membros da Europa; que a maioria desses estrangeiros não reúne os pressupostos necessários para desempenhar um papel na vida política dos seus países de origem; diversos assuntos de cariz político apresentam limitações restritivas aos estrangeiros; muitos estados-membros da União Europeia estenderam a estrangeiros direitos consideráveis de participação na vida política local¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Parágrafo 122.

¹⁸⁵ Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, Recomendação 799(1977), *Political rights and position of aliens*, disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14833&lang=en>, último acesso em 16 de abril de 2019.

Volvidas quatro décadas, não estará na hora de aceitar os estrangeiros, na sua globalidade, como detentores dos mesmos direitos dos cidadãos? Eventualmente, haverá sempre pequenas restrições, mas no que toca à política, a plena igualdade será um passo possível.

Beatriz Polidoro

Carolina Sande Sá Topa

Estudantes do 1.º ano da licenciatura em Direito

ARTIGO 17.º

PROIBIÇÃO DO ABUSO DE DIREITO

Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a actividade ou praticar actos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção.

COMENTÁRIO

I. O presente artigo engloba manifestamente duas vertentes: i) a de restringir direitos, na medida em que os direitos previstos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante CEDH) não podem ser utilizados como meio para violar ou destruir outros direitos; ii) a de limitação às restrições formuladas nas várias normas da própria CEDH.

Tem sido assim realçado que as restrições impostas ao exercício de direitos na CEDH têm como seu grande objetivo a proteção da ordem social democrática (e do pilar desta, a necessidade fundamental do direito).

Neste sentido, aqui se consagra que nenhum Estado pode praticar atos que resultem na violação ou destruição de direitos e liberdades consagrados na CEDH.

Por outro lado, não se podem restringir direitos e/ou liberdades para além dos limites previstos pela Convenção.

II. O artigo visa, então, proibir indivíduos ou grupos de explorar, em seu próprio benefício, princípios consagrados na CEDH.

A título de exemplo, a negação ou revisão de factos históricos claramente estabelecidos (como o é Holocausto) deixam de estar salvaguardados pelo artigo 10.º, relativo à liberdade de expressão.

Dito de outra forma: apesar de haver “direito à liberdade de expressão” e de as pessoas serem livres “de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas” (artigo 10.º da CEDH), esta proteção desaparece quando, por meio do exercício desta liberdade de expressão e de opinião, um indivíduo ou grupo põe em causa a ordem social democrática, a tolerância, a não discriminação, entre outros valores e princípios protegidos pela Convenção.

III. Outro exemplo é o de um ataque generalizado e veemente a um grupo religioso, que também não gozaria de proteção à luz do n.º 1 do artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Esta doutrina foi aplicada no caso da proibição do Partido Comunista Alemão, tendo sido considerado que o nacional-socialismo, enquanto doutrina totalitária, seria incompatível com a democracia e os direitos humanos, já que os seus partidários visam objetivos como os mencionados neste artigo 17.º.

A jurisprudência do Conselho da Europa e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem permite-nos tirar algumas conclusões no que toca à relação que se estabelece entre o artigo 17.º da Convenção e os restantes direitos nela consagrados:

- i) alguns direitos não são sujeitos ao artigo 17.º (o direito à vida e à interdição da tortura);
- ii) por sua vez, certos direitos não têm por objetivo a destruição de liberdades (o direito à segurança e à liberdade, do artigo 5.º; o direito a um processo equitativo, do Artigo 6º; a não retroatividade das leis penais, do artigo 7.º; e os artigos 13.º e 14.º, que se referem ao direito a um recurso efetivo e à proibição da discriminação), pelo que não são direitos passíveis de abuso, igualmente não caindo sob alçada do artigo 17.º;
- iii) direitos sujeitos ao artigo 17.º, por poderem prejudicar liberdades individuais: os direitos à liberdade de expressão (artigo 10.º); à reunião ou associação (artigo 11.º) e à circulação e residência (como dispõem o n.º 2 do artigo 2.º e o Protocolo nº 4.

IV. Em casos de incitamento ao ódio no exercício da “liberdade de expressão”, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹⁸⁶ utiliza duas abordagens

¹⁸⁶ https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf, último acesso em 16 de abril de 2019.

fornecidas pela CEDH:

- i) a exclusão do âmbito de proteção da Convenção, através do artigo 17.º (proíbe-se o abuso da liberdade de expressão, por negação de valores fundamentais da Convenção);
- ii) a aplicação de restrições na proteção ao artigo 10º. (continua a haver proteção à luz deste artigo, mas de uma forma mais restrita), plasmada no seu n.º 2 (esta abordagem é mais usada para o discurso em si, para a mera expressão de ideias).

V. Elenquem-se ainda alguns casos em que o TEDH entendeu ter sido invocado de forma abusiva o “direito à liberdade de expressão”:

- i) Ódio racial – caso Pavel Ivanov v. Rússia (2007): Estava em causa incitamento ao ódio religioso, étnico e racial de um dono e editor de um jornal, por ter escrito e publicado artigos em que acusava os judeus de serem a origem do mal na Rússia, defendendo a sua exclusão da vida social. O TEDH entendeu que tal constituía um ataque geral e veemente aos judeus enquanto grupo étnico, motivo pelo qual se excluía a proteção consagrada no artigo 10.º em relação a Ivanov;
- ii) Ódio racial – caso W.P. e Outros v. Polónia (1998): Este referia-se a uma proibição das autoridades polacas em permitir a criação de uma associação com estátuas que incluíam afirmações antisemitas. O TEDH entendeu que as pessoas em causa não podiam beneficiar da proteção oferecida pelo artigo 11.º (liberdade de reunião e de associação);
- iii) Ódio racial – caso Glimmerveen e Hagenbeek v. Holanda (1979): Os recorrentes eram acusados de posse de panfletos dirigidos a “holandeses brancos”, o que foi entendido como uma forma de disseminação de ideias racialmente discriminatórias e, assim, como abuso do direito à livre expressão (artigo 10º, por referência ao artigo 17.º);
- iv) Ódio religioso – caso Norwood v. Reino Unido (2004): O indivíduo em causa tinha afixado um poster na janela da sua casa fornecido pelo Partido Nacional Britânico (BNP), de que era membro, e em que eram representadas as Torres Gémeas em chamas. Uma legenda acompanhava a imagem: “Islão fora da Bretanha – Protejam o Povo Britânico”. Foi condenado por hostilidade agravada relativamente a um grupo religioso, e defendeu-se afirmando, entre outras coisas,

que o seu direito à liberdade de expressão havia sido violado. O TEDH considerou a ligação do grupo religioso islâmico como um todo a um grave ato terrorista incompatível com os valores proclamados e garantidos pela CEDH, entre os quais a tolerância, a paz social e a não-discriminação.

- v) Incitamento à violência e apoio a atividades terroristas – caso Roj. TV A/S v. Dinamarca (2018): Referimo-nos à condenação de uma empresa por tribunais dinamarqueses, acusada de promover o Partido dos Trabalhadores do Curdistão (PKK) através de programas televisivos emitidos entre 2006 e 2010. Os tribunais nacionais entenderam poder considerar o PKK uma organização terrorista ao abrigo do Código Penal dinamarquês e, então, defenderam que a empresa teria incitado à violência e ao terrorismo através da transmissão de propaganda. O TEDH defendeu que a empresa não podia invocar o artigo 10.º, uma vez que empregara os seus meios para fins contrários aos valores da CEDH;
- vi) Negacionismo e revisionismo – caso Garaudy v. França (2003): O autor de um livro intitulado *"The Founding Myths of Modern Israel"* havia sido condenado por contestar a existência de crimes contra a humanidade, difamação pública de um grupo de pessoas (neste caso, a comunidade judaica) e incitamento ao ódio racial. O TEDH entendeu que negar crimes contra a humanidade (neste caso concreto, o Holocausto) é uma das formas mais sérias de difamação racial dos judeus e de incitamento ao ódio por este grupo social, não podendo beneficiar da proteção concedida pelo artigo 10.º à livre opinião e expressão.

José Maria Serrão

Estudante do 1.º ano da licenciatura em Direito

Marta Santos

Tiago Cabral

Estudantes do 2.º ano da licenciatura em Direito

ARTIGO 18.º

LIMITAÇÃO DA APLICAÇÃO DE RESTRIÇÕES AOS DIREITOS

As restrições feitas nos termos da presente Convenção aos referidos direitos e liberdades só podem ser aplicadas para os fins que foram previstas.

COMENTÁRIO

I. O artigo 18.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, na sequência do artigo anterior, enuncia e consubstancia uma ideia essencial para existência de uma sociedade humana politicamente organizada: um escudo protetor contra o abuso de poder e outras virtualidades de degenerações das estruturas de autoridade. Ao analisar os trabalhos preparatórios da referida Convenção (*Travaux préparatoires*) é evidente que o raciocínio basilar que está na génese do artigo 18, de índole quase finalístico, pretende a construção e manutenção de uma democracia funcional, onde os exercícios das direitos e liberdades têm de ser previamente organizados, no sentido de serem não apenas definidos na sua substância interna, mas também fixados nos seus limites. Essas mesmas limitações são válidas no âmbito da prossecução de fins de interesse público e do "bem-geral", ou seja, os direitos e liberdades individualmente considerados podem ser restringidos com o intuito de permitir o seu exercício coletivo, e a concretização do interesse comum. Em contraposição, num contexto político totalitário, os direitos e liberdades dos indivíduos são limitados, não é nome de um interesse supraindividual (de carácter coletivo), mas com o objetivo de manter o "status quo" das posições de poder, como forma de alimentar a própria ditadura.

II. No próprio texto do artigo 18.º é explícito que "as restrições dos direitos e liberdades só podem ser aplicadas para os fins que foram previstas", ou seja, pretende-se que os Estados utilizem os poderes que lhes foram reconhe-

cidos dentro dos limites definidos. O objetivo é impedir os “desvios de poder” – a utilização dos poderes discricionários para um fim distinto daquele que a lei fixou. Em termos de encadeamento, o artigo 18.º deve ser articulado com outros preceitos jurídicos da presente convenção, não sendo um preceito que deva ser conceituado por si só: deve antes ser desdobrado racionalmente com as especificidades das outras normas jurídicas, como está previsto no Acórdão *Gusinkiy*, datado de 19 de maio de 2004. A sua natureza torna-se assim clara: não é intrinsecamente independente, mas sim de aplicação conjunta.

III. A violação deste artigo só ocorre quando uma restrição de um direito ou liberdade excede aquilo que é permitido pela Convenção.

Por exemplo, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 8.º, supra referidos, encontram-se previstos os motivos que levam à restrição do direito ao respeito da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência, sendo que qualquer finalidade ulterior, por si só, se encontra evidentemente fora do domínio do artigo 18.º, sendo contrária a este. No caso concreto a estrutura do raciocínio deve começar pela averiguação dos motivos e finalidades que levaram à restrição de determinado direito e/ou liberdade, analisando a relação e o equilíbrio existentes entre estes, especialmente nos casos onde existem uma pluralidade de motivos. É possível que para uma mesma restrição compitam finalidades previstas e finalidades não previstas para a concretização dessa mesma, sendo necessário que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem esclareça qual o predominante. É exemplo disso o caso jurisprudencial: “*Merabishvili v. Georgia*”¹⁸⁷. Também é relevante salientar que, segundo a decisão de 12 de julho de 1984, é impossível invocar o artigo 18.º quando está em causa um direito que não admite qualquer restrição.¹⁸⁸

José Maria Serrão

Estudante do 1.º ano da licenciatura em Direito

Marta Santos

Tiago Cabral

Estudantes do 2.º ano da licenciatura em Direito

¹⁸⁷ Pesquisável em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-185013%22%7D>.

¹⁸⁸ https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_18_ENG.pdf, [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH\(75\)11-BIL1338905.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH(75)11-BIL1338905.pdf), e <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-185013%22%7D>, últimos acessos em 16 de abril de 2019.

COMENTÁRIO CONJUNTO AOS TÍTULOS II E III DA CEDH

TÍTULO II . TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

Artigo 19.º

Criação do Tribunal

A fim de assegurar o respeito dos compromissos que resultam, para as Altas Partes Contratantes, da presente Convenção e dos seus protocolos, é criado um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a seguir designado "o Tribunal", o qual funcionará a título permanente.

Artigo 20.º

Número de juízes

O Tribunal compõe-se de um número de juízes igual ao número de Altas Partes Contratantes.

Artigo 21.º

Condições para o exercício de funções

1. *Os juízes deverão gozar da mais alta reputação moral e reunir as condições requeridas para o exercício de altas funções judiciais ou ser jurisconsultos de reconhecida competência.*
2. *Os juízes exercem as suas funções a título individual.*
3. *Durante o respectivo mandato, os juízes não poderão exercer qualquer actividade incompatível com as exigências de independência, imparcialidade ou disponibilidade exigidas por uma actividade exercida a tempo inteiro. Qualquer questão relativa à aplicação do disposto no presente número é decidida pelo Tribunal.*

Artigo 22.º

Eleição dos juízes

Os juízes são eleitos pela Assembleia Parlamentar relativamente a cada Alta Parte Contratante, por maioria dos votos expressos, recaindo numa lista de três candidatos apresentados pela Alta Parte Contratante.

Artigo 23.º

Duração do mandato e destituição

1. *Os juízes são eleitos por um período de nove anos. Não são reelegíveis.*
2. *O mandato dos juízes cessará logo que estes atinjam a idade de 70 anos.*
3. *Os juízes permanecerão em funções até serem substituídos. Depois da sua substituição continuarão a ocupar-se dos assuntos que já lhes tinham sido cometidos.*
4. *Nenhum juiz poderá ser afastado das suas funções, salvo se os restantes juízes decidirem, por maioria de dois terços, que o juiz em causa deixou de corresponder aos requisitos exigidos.*

Artigo 24.º

Secretaria e relatores

1. *O Tribunal dispõe de uma secretaria, cujas tarefas e organização serão definidas no regulamento do Tribunal.*
2. *Sempre que funcionar enquanto tribunal singular, o Tribunal será assistido por relatores que exercerão as suas funções sob autoridade do Presidente do Tribunal. Estes integram a secretaria do Tribunal.*

Artigo 25.º

Assembleia plenária do Tribunal

O Tribunal, reunido em assembleia plenária:

- a) Elegerá o seu presidente e um ou dois vice-presidentes por um período de três anos. Todos eles são reelegíveis;*
- b) Criará secções, que funcionarão por período determinado;*
- c) Elegerá os presidentes das secções do Tribunal, os quais são reelegíveis;*
- d) Adoptará o regulamento do Tribunal;*
- e) Elegerá o secretário e um ou vários secretários-adjuntos;*
- f) Apresentará qualquer pedido nos termos do artigo 26.º, n.º 2.*

Artigo 26.º

Tribunal singular, comités, secções e tribunal pleno

- 1. Para o exame dos assuntos que lhe sejam submetidos, o Tribunal funcionará com juiz singular, em comités compostos por 3 juízes, em secções compostas por 7 juízes e em tribunal pleno composto por 17 juízes. As secções do tribunal constituem os comités por período determinado.*
- 2. A pedido da Assembleia Plenária do Tribunal, o Comité de Ministros poderá, por decisão unânime e por período determinado, reduzir para cinco o número de juízes das secções.*
- 3. Um juiz com assento na qualidade de juiz singular não procederá à apreciação de qualquer petição formulada contra a Alta Parte Contratante em nome da qual o juiz em causa tenha sido eleito.*
- 4. O juiz eleito por uma Alta Parte Contratante que seja parte no diferendo será membro de direito da secção e do tribunal pleno. Em caso de ausência deste juiz ou se ele não estiver em condições de intervir, uma pessoa escolhida pelo Presidente do Tribunal de uma lista apresentada previamente por essa Parte intervirá na qualidade de juiz.*
- 5. Integram igualmente o tribunal pleno o presidente do Tribunal, os vice-presidentes, os presidentes das secções e outros juízes designados em conformidade com o regulamento do Tribunal. Se o assunto tiver sido deferido ao tribunal pleno nos termos do artigo 43.º, nenhum juiz da secção que haja proferido a decisão poderá naquele intervir, salvo no que respeita ao presidente da secção e ao juiz que decidiu em nome da Alta Parte Contratante que seja Parte interessada.*

Artigo 27.º

Competência dos juízes singulares

1. *Qualquer juiz singular pode declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar qualquer petição formulada nos termos do artigo 34º se essa decisão puder ser tomada sem posterior apreciação.*
2. *A decisão é definitiva.*
3. *Se o juiz singular não declarar a inadmissibilidade ou não mandar arquivar uma petição, o juiz em causa transmite-a a um comité ou a uma secção para fins de posterior apreciação.*

Artigo 28.º

Competência dos comités

1. *Um comité que conheça de uma petição individual formulada nos termos do artigo 34º pode, por voto unânime:*
 - a) *Declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar a mesma sempre que essa decisão puder ser tomada sem posterior apreciação; ou*
 - b) *Declarar a admissibilidade da mesma e proferir ao mesmo tempo uma sentença quanto ao fundo sempre que a questão subjacente ao assunto e relativa à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos respectivos Protocolos for já objecto de jurisprudência bem firmada do Tribunal.*
2. *As decisões e sentenças previstas pelo nº 1 são definitivas.*
3. *Se o juiz eleito pela Alta Parte Contratante, parte no litígio, não for membro do comité, o comité pode, em qualquer momento do processo, convidar o juiz em causa a ter assento no lugar de um dos membros do comité, tendo em consideração todos os factores relevantes, incluindo a questão de saber se essa Parte contestou a aplicação do processo previsto no nº 1, alínea b).*

Artigo 29.º

Decisões das secções quanto à admissibilidade e ao fundo

1. *Se nenhuma decisão tiver sido tomada nos termos dos artigos 27º ou 28º, e se nenhuma sentença tiver sido proferida nos termos do artigo 28º, uma das secções pronunciar-se-á quanto à admissibilidade e ao fundo das petições individuais formuladas nos termos do artigo 34º. A decisão quanto à admissibilidade pode ser tomada em separado.*

2. *Uma das secções pronunciar-se-á quanto à admissibilidade e ao fundo das petições estaduais formuladas nos termos do artigo 33°. A decisão quanto à admissibilidade é tomada em separado, salvo deliberações em contrário do Tribunal relativamente a casos excepcionais.*

Artigo 30.º

Devolução da decisão a favor do tribunal pleno

Se um assunto pendente numa secção levantar uma questão grave quanto à interpretação da Convenção ou dos seus protocolos, ou se a solução de um litígio puder conduzir a uma contradição com uma sentença já proferida pelo Tribunal, a secção pode, antes de proferir a sua sentença, devolver a decisão do litígio ao tribunal pleno, salvo se qualquer das partes do mesmo a tal se opuser.

Artigo 31.º

Atribuições do tribunal pleno

O tribunal pleno:

- a) *Pronunciar-se-á sobre as petições formuladas nos termos do artigo 33° ou do artigo 34°, se a secção tiver cessado de conhecer de um assunto nos termos do artigo 30° ou se o assunto lhe tiver sido cometido nos termos do artigo 43°;*
- b) *Pronunciar-se-á sobre as questões submetidas ao Tribunal pelo Comité de Ministros nos termos do artigo 46°, n° 4; e*
- c) *Apreciará os pedidos de parecer formulados nos termos do artigo 47°.*

Artigo 32.º

Competência do Tribunal

1. *A competência do Tribunal abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos que lhe sejam submetidas nas condições previstas pelos artigos 33°, 34°, 46° e 47°.*
2. *O Tribunal decide sobre quaisquer contestações à sua competência.*

Artigo 33.º

Assuntos interestaduais

Qualquer Alta Parte Contratante pode submeter ao Tribunal qualquer violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que creia poder ser imputada a outra Alta Parte Contratante.

Artigo 34.º

Petições individuais

O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem – se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito.

Artigo 35.º

Condições de admissibilidade

1. *O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.*
2. *O Tribunal não conhecerá de qualquer petição individual formulada em aplicação do disposto no artigo 34º se tal petição:*
 - a) *For anónima;*
 - b) *For, no essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver factos novos.*
3. *O Tribunal declarará a inadmissibilidade de qualquer petição individual formulada nos termos do artigo 34º sempre que considerar que:*
 - a) *A petição é incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus Protocolos, é manifestamente mal fundada ou tem carácter abusivo; ou*
 - b) *O autor da petição não sofreu qualquer prejuízo significativo, salvo se o respeito pelos direitos do homem garantidos na Convenção e nos respectivos Protocolos exigir uma apreciação da petição quanto ao fundo e contanto que não se rejeite, por esse motivo, qualquer questão que não tenha sido devidamente apreciada por um tribunal interno.*
4. *O Tribunal rejeitará qualquer petição que considere inadmissível nos termos do presente artigo. O Tribunal poderá decidir nestes termos em qualquer momento do processo.*

Artigo 36.º

Intervenção de terceiros

1. *Em qualquer assunto pendente numa secção ou no tribunal pleno, a Alta Parte Contratante da qual o autor da petição seja nacional terá o direito de formular observações por escrito ou de participar nas audiências.*
2. *No interesse da boa administração da justiça, o presidente do Tribunal pode convidar qualquer Alta Parte Contratante que não seja parte no processo ou qualquer outra pessoa interessada que não o autor da petição a apresentar observações escritas ou a participar nas audiências.*
3. *Em qualquer assunto pendente numa secção ou no tribunal pleno, o Comissário para os Direitos do Homem do Conselho da Europa poderá formular observações por escrito e participar nas audiências.*

Artigo 37.º

Arquivamento

1. *O Tribunal pode decidir, em qualquer momento do processo, arquivar uma petição se as circunstâncias permitirem concluir que:*
 - a) *O requerente não pretende mais manter tal petição;*
 - b) *O litígio foi resolvido;*
 - c) *Por qualquer outro motivo constatado pelo Tribunal, não se justifica prosseguir a apreciação da petição.**Contudo, o Tribunal dará seguimento à apreciação da petição se o respeito pelos direitos do homem garantidos na Convenção assim o exigir.*
2. *O Tribunal poderá decidir-se pelo desarquivamento de uma petição se considerar que as circunstâncias assim o justificam.*

Artigo 38.º

Apreciação contraditória do assunto

O Tribunal procederá a uma apreciação contraditória do assunto em conjunto com os representantes das Partes e, se for caso disso, realizará um inquérito para cuja eficaz condução as Altas Partes Contratantes interessadas fornecerão todas as facilidades necessárias.

Artigo 39.º

Resoluções amigáveis

1. *O Tribunal poderá, em qualquer momento do processo, colocar-se à disposição dos interessados com o objectivo de se alcançar uma resolução amigável do assunto, inspirada no respeito pelos direitos do homem como tais reconhecidos pela Convenção e pelos seus Protocolos.*
2. *O processo descrito no n.º 1 do presente artigo é confidencial.*
3. *Em caso de resolução amigável, o Tribunal arquivará o assunto, proferindo, para o efeito, uma decisão que conterá uma breve exposição dos factos e da solução adoptada.*
4. *Tal decisão será transmitida ao Comité de Ministros, o qual velará pela execução dos termos da resolução amigável tais como constam da decisão.*

Artigo 40.º

Audiência pública e acesso aos documentos

1. *A audiência é pública, salvo se o Tribunal decidir em contrário por força de circunstâncias excepcionais.*
2. *Os documentos depositados na secretaria ficarão acessíveis ao público, salvo decisão em contrário do presidente do Tribunal.*

Artigo 41.º

Reparação razoável

Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.

Artigo 42.º

Decisões das secções

As decisões tomadas pelas secções tornam – se definitivas em conformidade com o disposto no n.º 2 do artigo 44.º.

Artigo 43.º

Devolução ao tribunal pleno

1. *Num prazo de três meses a contar da data da sentença proferida por uma secção, qualquer parte no assunto poderá, em casos excepcionais, solicitar a devolução do assunto ao tribunal pleno.*

2. *Um colectivo composto por cinco juízes do tribunal pleno aceitará a petição, se o assunto levantar uma questão grave quanto à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos seus protocolos ou ainda se levantar uma questão grave de carácter geral.*
3. *Se o colectivo aceitar a petição, o tribunal pleno pronunciar-se-á sobre o assunto por meio de sentença.*

Artigo 44.º

Sentenças definitivas

1. *A sentença do tribunal pleno é definitiva.*
2. *A sentença de uma secção pronunciar-se-á definitiva:*
 - a) *Se as partes declararem que não solicitarão a devolução do assunto ao tribunal pleno;*
 - b) *Três meses após a data da sentença, se a devolução do assunto ao tribunal pleno não for solicitada;*
 - c) *Se o colectivo do tribunal pleno rejeitar a petição de devolução formulada nos termos do artigo 43º.*
3. *A sentença definitiva será publicada.*

Artigo 45.º

Fundamentação das sentenças e das decisões

1. *As sentenças, bem como as decisões que declarem a admissibilidade ou a inadmissibilidade das petições, serão fundamentadas.*
2. *Se a sentença não expressar, no todo ou em parte, a opinião unânime dos juízes, qualquer juiz terá o direito de lhe juntar uma exposição da sua opinião divergente.*

Artigo 46.º

Força vinculativa e execução das sentenças

1. *As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes.*
2. *A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comité de Ministros, o qual velará pela sua execução.*
3. *Sempre que o Comité de Ministros considerar que a supervisão da execução de uma sentença definitiva está a ser entravada por uma dificuldade de interpretação dessa sentença, poderá dar conhecimento ao Tribunal a fim que o mesmo se pronuncie sobre essa questão de*

interpretação. A decisão de submeter a questão à apreciação do tribunal será tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares.

- 4. Sempre que o Comité de Ministros considerar que uma Alta Parte Contratante se recusa a respeitar uma sentença definitiva num litígio em que esta seja parte, poderá, após notificação dessa Parte e por decisão tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares, submeter à apreciação do Tribunal a questão sobre o cumprimento, por essa Parte, da sua obrigação em conformidade com o n° 1.*
- 5. Se o Tribunal constatar que houve violação do n° 1, devolverá o assunto ao Comité de Ministros para fins de apreciação das medidas a tomar. Se o Tribunal constatar que não houve violação do n° 1, devolverá o assunto ao Comité de Ministros, o qual decidir-se-á pela conclusão da sua apreciação.*

Artigo 47.º

Pareceres

- 1. A pedido do Comité de Ministros, o Tribunal pode emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos.*
- 2. Tais pareceres não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no título I da Convenção e nos protocolos, nem sobre outras questões que, em virtude do recurso previsto pela Convenção, possam ser submetidas ao Tribunal ou ao Comité de Ministros.*
- 3. A decisão do Comité de Ministros de solicitar um parecer ao Tribunal será tomada por voto maioritário dos seus membros titulares.*

Artigo 48.º

Competência consultiva do Tribunal

O Tribunal decidirá se o pedido de parecer apresentado pelo Comité de Ministros cabe na sua competência consultiva, tal como a define o artigo 47º.

Artigo 49.º

Fundamentação dos pareceres

- 1. O parecer do Tribunal será fundamentado.*
- 2. Se o parecer não expressar, no seu todo ou em parte, a opinião unânime dos juízes, qualquer juiz tem o direito de o fazer acompanhar de uma exposição com a sua opinião divergente.*
- 3. O parecer do Tribunal será comunicado ao Comité de Ministros.*

Artigo 50.º

Despesas de funcionamento do Tribunal

As despesas de funcionamento do Tribunal serão suportadas pelo Conselho da Europa.

Artigo 51.º

Privilégios e imunidades dos juízes

Os juízes gozam, enquanto no exercício das suas funções, dos privilégios e imunidades previstos no artigo 40º do Estatuto do Conselho da Europa e nos acordos concluídos em virtude desse artigo.

TÍTULO III · DISPOSIÇÕES DIVERSAS

Artigo 52.º

Inquéritos do Secretário – Geral

Qualquer Alta Parte Contratante deverá fornecer, a requerimento do Secretário-Geral do Conselho da Europa, os esclarecimentos pertinentes sobre a forma como o seu direito interno assegura a aplicação efectiva de quaisquer disposições desta Convenção.

Artigo 53.º

Salvaguarda dos direitos do homem reconhecidos por outra via

Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte.

Artigo 54.º

Poderes do Comité de Ministros

Nenhuma das disposições da presente Convenção afecta os poderes conferidos ao Comité de Ministros pelo Estatuto do Conselho da Europa.

Artigo 55.º

Renúncia a outras formas de resolução de litígios

As Altas Partes Contratantes renunciam reciprocamente, salvo acordo especial, a aproveitar-se dos tratados, convénios ou declarações que entre si existirem, com o fim de resolver, por via contenciosa, uma divergência de interpretação ou aplicação da presente Convenção por processo de solução diferente dos previstos na presente Convenção.

Artigo 56.º

Aplicação territorial

1. *Qualquer Estado pode, no momento da ratificação ou em qualquer outro momento ulterior, declarar, em notificação dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, que a presente Convenção se aplicará, sob reserva do n.º 4 do presente artigo, a todos os territórios ou a quaisquer dos territórios cujas relações internacionais assegura.*
2. *A Convenção será aplicada ao território ou territórios designados na notificação, a partir do trigésimo dia seguinte à data em que o Secretário-Geral do Conselho da Europa a tiver recebido.*
3. *Nos territórios em causa, as disposições da presente Convenção serão aplicáveis tendo em conta as necessidades locais.*
4. *Qualquer Estado que tiver feito uma declaração de conformidade com o primeiro parágrafo deste artigo pode, em qualquer momento ulterior, declarar que aceita, a respeito de um ou vários territórios em questão, a competência do Tribunal para aceitar petições de pessoas singulares, de organizações não governamentais ou de grupos de particulares, conforme previsto pelo artigo 34.º da Convenção.*

Artigo 57.º

Reservas

1. *Qualquer Estado pode, no momento da assinatura desta Convenção ou do depósito do seu instrumento de ratificação, formular uma reserva a propósito de qualquer disposição da Convenção, na medida em que uma lei então em vigor no seu território estiver em discordância com aquela disposição. Este artigo não autoriza reservas de carácter geral.*
2. *Toda a reserva feita em conformidade com o presente artigo será acompanhada de uma breve descrição da lei em causa.*

Artigo 58.º

Denúncia

1. *Uma Alta Parte Contratante só pode denunciar a presente Convenção ao fim do prazo de cinco anos a contar da data da entrada em vigor da Convenção para a dita Parte, e mediante um pré – aviso de seis meses, feito em notificação dirigida ao Secretário – Geral do Conselho da Europa, o qual informará as outras Partes Contratantes.*

2. *Esta denúncia não pode ter por efeito desvincular a Alta Parte Contratante em causa das obrigações contidas na presente Convenção no que se refere a qualquer facto que, podendo constituir violação daquelas obrigações, tivesse sido praticado pela dita Parte anteriormente à data em que a denúncia produz efeito.*
3. *Sob a mesma reserva, deixará de ser parte na presente Convenção qualquer Alta Parte Contratante que deixar de ser membro do Conselho da Europa.*
4. *A Convenção poderá ser denunciada, nos termos dos parágrafos precedentes, em relação a qualquer território a que tiver sido declarada aplicável nos termos do artigo 56°.*

Artigo 59.º

Assinatura e ratificação

1. *A presente Convenção está aberta à assinatura dos membros do Conselho da Europa. Será ratificada. As ratificações serão depositadas junto do Secretário-Geral do Conselho da Europa.*
2. *A União Europeia poderá aderir à presente Convenção.*
3. *A presente Convenção entrará em vigor depois do depósito de dez instrumentos de ratificação.*
4. *Para todo o signatário que a ratifique ulteriormente, a Convenção entrará em vigor no momento em que se realizar o depósito do instrumento de ratificação.*
5. *O Secretário-Geral do Conselho da Europa notificará todos os membros do Conselho da Europa da entrada em vigor da Convenção, dos nomes das Altas Partes Contratantes que a tiverem ratificado, assim como do depósito de todo o instrumento de ratificação que ulteriormente venha a ser feito.*

Feito em Roma, aos 4 de Novembro de 1950, em francês e em inglês, os dois textos fazendo igualmente fé, num só exemplar, que será depositado nos arquivos do Conselho da Europa. O Secretário-Geral enviará cópias conformes a todos os signatários.

COMENTÁRIO

I. Atualmente, cerca de 90% das queixas que chegam ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante, TEDH) acabam por ser rejeitadas devido ao incumprimento de requisitos legais¹⁸⁹. Sendo, portanto, fundamental analisar as condições de admissibilidade de uma queixa e a sua tramitação.

No que toca às condições de admissibilidade de uma queixa para apreciação no TEDH temos que deixar, desde já, assente que existem condições de admissibilidade gerais que se aplicam independentemente de quem peticiona ao tribunal, e são aquelas do número 1 do artigo 35.º, e, quando a queixa é peticionada por um indivíduo, temos ainda que considerar as condições exigidas pelos n.ºs 2 e 3 do artigo 35.º.

II. Nos termos do número 4 do artigo 35.º o Tribunal pode considerar a queixa inadmissível a todo o momento do processo, o que pode significar que ainda que a queixa seja considerada admissível numa fase inicial pode posteriormente vir a ser considerada inadmissível. Isto não significa que o n.º 4 do artigo 35.º permita a um Estado levantar a questão de (in)admissibilidade em qualquer fase do processo se podia e devia ter levantado numa fase inicial. O n.º 4 do artigo 35.º deve ser interpretado no sentido de que constitui uma válvula de escape que pode ser usada pelo Tribunal quando numa fase posterior constata a existência de um fundamento para a não admissibilidade assente no artigo 35.º, não podemos esquecer que estas condições funcionam como um mecanismo de filtragem das queixas cujo mérito deve ser submetido à apreciação do tribunal daquelas que não têm essa dignidade.¹⁹⁰

III. Todas as decisões, quer as de admissibilidade quer as de inadmissibilidade têm de ser fundamentadas, ainda que essa fundamentação possa ser sumária.¹⁹¹

¹⁸⁹ *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – Apresentação de Queixas*, disponível em <https://portal.oa.pt/cidadaos/direitos-dos-cidadaos-instrumentos-fundamentais/tribunal-europeu-dos-direitos-humanos-apresentacao-de-queixas/>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁹⁰ "Paragraph 4 of Article 35 does not signify that a State is able to raise an admissibility question at any stage of the proceedings, if it could have been raised earlier. It is nevertheless important to stress that the Court will be able to reject an application at any stage of the proceedings—even without an oral hearing—if it finds the existence of one of the grounds of non-acceptance provided in Article 35" in WILLIAM A. SCHABAS, *The European Convention of Human Rights A Commentary*, 1.ª edição, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 760.

¹⁹¹ Explanatory Report to Protocol No. 11, CETS 155, (§105) disponível em <https://rm.coe.int/16800cb5e9>, último acesso em 16 de abril de 2019.

Ora, existem dois tipos de inadmissibilidade. Começemos pelas inadmissibilidades relativas ao processo.

De entre estas, comece por se salientar o não esgotamento das vias de recurso internas;

De facto, o primeiro critério para uma queixa ser apreciada pelo TEDH é que o caso já tenha sido apreciado internamente, i.e., que já se tenham gasto todas as vias de recurso possível dentro do Estado signatário da CEDH, esta regra está em acordo com as regras e princípios de direito internacional. Tal é reconhecido, nomeadamente, jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça (por exemplo o caso *Interhandel* onde se pode ler: *"The Third Preliminary Objection seeks a finding that there is no jurisdiction in the Court for the reason that Interhandel has not exhausted the local remedies available to it in United States courts. Although framed as an objection jurisdiction of the Court, this Objection must be regarded as directed against the admissibility of the Application."*)¹⁹² e ainda noutros tratados internacionais, nomeadamente na alínea c) do parágrafo 1 do artigo 41.º do Pacto Internacional Direitos Civis e Políticos, no artigo 46.º da Convenção Americana dos Direitos Humanos e ainda no artigo 50.º e no parágrafo 5 do artigo 56.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Obviamente e tal como explicado pelo próprio TEDH os Estados podem abdicar deste requisito visto que ele foi pensado para proteger o seu próprio sistema de justiça – *"there is nothing to prevent States from waiving the benefit of the rule of exhaustion of domestic remedies, the essential aim of which is to protect their national legal order"*¹⁹³.

No caso *Akdivar* pode ler-se: *"The Court recalls that the rule of exhaustion of domestic remedies referred to in Article 26 of the Convention (atualmente o n.º 1 do artigo 35.º) obliges those seeking to bring their case against the State before an international judicial or arbitral organ to use first the remedies provided by the national legal system. Consequently, States are dispensed from answering before an international body for their acts before they have had an opportunity to put matters right through their own legal system. The rule is based on the assumption, reflected in Article 13 of the Convention – with which it has close affinity –, that there is an effective remedy available in respect of the alleged breach in the domestic system whether or not the provisions of the Convention are incorporated in national law. In*

¹⁹² Caso *Suíça c. Estados Unidos* acórdão de 21 de março de 1959 disponível em <https://www.icj-cij.org/files/case-related/34/2299.pdf>, último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁹³ TEDH (Plenário) *Wilde, Ooms e Versyp v. Bélgica*, queixa n.º 2832/66, de 18 de junho de 1971 (§ 55) disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-57606%22%7D>, último acesso em 16 de abril de 2019.

this way, it is an important aspect of the principle that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights"¹⁹⁴. Assim, podemos concluir que o TEDH visa desempenhar uma função subsidiária relativamente aos sistemas legais nacionais, sendo desejável que os tribunais nacionais tenham previamente a possibilidade de resolver as questões de compatibilidade do direito interno com a Convenção.

Acrescente-se que a regra do "esgotamento dos recursos internos" não é uma condição de carácter absoluto, pelo contrário, deve ser flexibilizada, pois é necessário que se consiga saber se existem, não apenas formalmente, mas efetivamente recursos internos, considerado a realidade social e política na qual o processo seria apreciado internamente, bem como as próprias circunstâncias do peticionante. Com efeito no Caso Aksoy, o TEDH notou que *"Accordingly, it has recognised that Article 26 (atualmente o número 1 do artigo 35.º) must be applied with some degree of flexibility and without excessive formalism. It has further recognised that the rule of exhaustion is neither absolute nor capable of being applied automatically; in reviewing whether it has been observed it is essential to have regard to the particular circumstances of each individual case. This means amongst other things that it must take realistic account not only of the existence of formal remedies in the legal system of the Contracting Party concerned but also of the general legal and political context in which they operate, as well as the personal circumstances of the applicant"*¹⁹⁵. Assim, tem que se averiguar se há algum obstáculo, de qualquer ordem, ao não funcionamento normal e apropriado do sistema de administração da justiça do Estado.

Em suma, isto significa que as pessoas que desejem dirigir-se ao Tribunal devem previamente tentar obter perante os tribunais nacionais uma decisão sobre a situação de que se queixam, recorrendo até à mais alta instância competente. No entanto, o Tribunal admite exceções caso o queixoso demonstre que os recursos disponíveis não são eficazes. Acrescente-se que, em regra, não podemos considerar que estão esgotados os meios de recurso internos quando o requerente vê o seu recurso declarado inadmissível por erro formal¹⁹⁶, no entanto, se o

¹⁹⁴ TEDH (Tribunal Pleno) *Akdivar e outros v. Turquia*, queixa n.º 21893/93, de 16 de setembro de 1996 (decisão) disponível em:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22\%221893/93\%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%221893/93\%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]})

¹⁹⁵ TEDH (Secção) *Aksoy v. Turquia*, queixa n.º 21987/93, de 18 de dezembro de 1996 (§ 53) disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-58003%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58003%22]})

¹⁹⁶ LEO ZWAAK, YVES HAECK AND CLARA BURBANO HERRERA, *Procedure before the Court, in Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5ª edição, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 109.

Tribunal (ou outra autoridade competente) examinou o mérito da causa não pode ser oposto ao requerente a exceção do não esgotamento¹⁹⁷.

IV. Uma outra circunstância de inadmissibilidade é a do incumprimento do prazo de 6 meses. A queixa tem de ser apresentada ao TEDH no prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva. O prazo de 6 meses serve para dar alguma paz e segurança à decisão nacional, com efeito, a *ratio legis* da norma tem de ser, por um lado, a de conferir alguma certeza e segurança jurídica às decisões e, por outro, fazer com que a apreciação pelo Tribunal seja feita num período de tempo razoável. Por último, a regra surge para que os factos a ser apreciados pelo Tribunal estejam estabilizados e cujo conhecimento possa ser efetivo, todos sabemos que a passagem do tempo torna o conhecimento dos factos cada vez mais difícil. Noutra perspetiva, considera-se que o período de 6 meses é tempo suficiente para o peticionante decidir se quer ou não submeter a sua queixa, se tem ou não benefícios com isso. O prazo de seis meses corre a contar da decisão definitiva no âmbito do esgotamento das vias de recurso internas.

Contudo, mais uma vez circunstâncias excecionais podem levar a que a queixa seja admitida mesmo depois de ultrapassado o prazo de seis meses, tal acontece quando *"an applicant first avails himself of a domestic remedy and only at a later stage becomes aware, or should have become aware, of the circumstances which make that remedy ineffective. In such a situation, the six-month period might be calculated from the time when the applicant becomes aware, or should have become aware, of these circumstances"*¹⁹⁸

Esta regra será alterada com a entrada em vigor do Protocolo 15, nos termos do qual o prazo será encurtado de 6 para 4 meses. No Explanatory Report to Protocol No. 15, CETS 213, §§ 21 e 22 justifica-se assim a decisão: *"The development of swifter communications technology, along with the time limits of similar length in force in the member States, argue for the reduction of the time limit."*¹⁹⁹ Obviamente que existirá um período de *vacatio legis* permitindo a

¹⁹⁷ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 3.^a edição, Coimbra, Almedina, 2005, p. 298

¹⁹⁸ TEDH (Terceira Secção), Caso *Doğan And Others V. Turkey*, queixa n.º 8803-8811/02, de 10 de novembro de 2004 (§113) disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22dogan%22\],\[%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-61854%22\]\]},](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22dogan%22],[%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],[%22itemid%22:[%22001-61854%22]]},) último acesso em 16 de abril de 2019.

¹⁹⁹ Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_ENG.pdf, último acesso em 16 de abril de 2019.

todos os peticionantes o conhecimento do novo prazo assim como ele não se aplicará com efeito retroativo – *“It was considered that the reduction in the time limit for submitting an application to the Court should apply only after a period of six months following the entry into force of the Protocol, in order to allow potential applicants to become fully aware of the new deadline. Furthermore, the new time limit will not have retroactive effect”*.

V. Nos termos da alínea a) do parágrafo 1 do artigo 47.º do Regulamento do Tribunal²⁰⁰ o peticionante deve estar devidamente identificado. Esta condição tem por finalidade impedir que o Tribunal aprecie queixas que só foram interpostas por razões puramente políticas ou propagandísticas²⁰¹.

Nos termos do § 4 do artigo 47.º o Tribunal pode a pedido do requerente (que tem de ser devidamente fundamentado) ou oficiosamente autorizar ou conceder o anonimato. O anonimato é autorizado para proteger *“applicants who consider that the disclosure of their identity might be harmful to them.”*²⁰²

Mas quando é que uma queixa é considerada anónima? Quando não tem a assinatura do requerente? Quando é apresentada com nomes fictícios? Quando é apresentada por uma associação não em seu nome, mas em nome dos seus membros que não são revelados?

Uma queixa é considerada anónima quando não indique qualquer elemento que permita ao Tribunal identificar o Autor²⁰³. E mesmo quando se usem nomes fictícios a queixa pode ser admissível se “por detrás das táticas de ocultação das verdadeiras identidades por razões que se podem compreender, encontram-se pessoas reais, concretas e identificáveis por um número suficiente de indícios, que não os nomes (...) e haja a existência de um nexo suficientemente estreito entre os requerentes e os acontecimentos em causa”.²⁰⁴

²⁰⁰ TEDH, *Rules of the Court*, disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf, último acesso em 16 de abril de 2019.

²⁰¹ LEO ZWAAK, YVES HAECK and CLARA BURBANO HERRERA, *Procedure before the Court*, ob.cit., p. 139

²⁰² TEDH (Tribunal Pleno) *Sindicatul “Păstorul Cel Bun” V. Romania*, queixa n.º 2330/09, de 09 de julho de 2013 (§71) disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-122763%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-122763%22]}), último acesso em 16 de abril de 2019.

²⁰³ TEDH (Terceira Secção) *Blondje` V. The Netherlands*, queixa n.º 7245/09, de 15 de setembro de 2009 (decisão) disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-94770%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-94770%22]}), último acesso em 16 de abril de 2019.

²⁰⁴ TEDH (Segunda Secção) *Shamayev And Others V. Georgia And Russia*, queixa n.º 36378/02, de 12 de abril de 2005, (§275) disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-68790%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-68790%22]}), último acesso em 16 de abril de 2019.

VI. A impossibilidade de submissão de uma mesma queixa pode ser traduzida, por um lado, num princípio e por outro numa exceção: o princípio *ne bis in idem* – pois, são excluídas as petições no essencial idênticas a uma petição anteriormente examinada pelo Tribunal – e a exceção de litispendência – são excluídas as petições que já foram submetidas a outra instância internacional de inquérito ou decisão e que não contenham factos novos. Esta condição visa principalmente dar segurança e estabilidade às decisões proferidas pelo Tribunal, impedindo, desta forma, que através de pedidos sucessivos assentes nos mesmos factos e nos mesmos fundamentos se alterasse a decisão do Tribunal²⁰⁵.

Assim, se o peticionante introduzir novos factos (que sejam verdadeiramente novos, isto é, que não tenham sido apreciados pelo Tribunal²⁰⁶) já não se pode dizer que a queixa seja a mesma; o mesmo se diga se o Autor alegar na nova queixa outras violações à Convenção diferentes das alegadas na primeira queixa²⁰⁷. Não é considerada inadmissível uma queixa que tenha os mesmos factos e se invoquem as mesmas violações se os requerentes não forem os mesmos.

Em suma, considera-se que a queixa é essencialmente a mesma se assentar nos mesmos factos, nas mesmas violações e tiver como Autores as mesmas pessoas²⁰⁸, isto é, haja identidade do pedido, da causar de pedir e das partes.

VII. A hipótese de queixa abusiva verifica-se quando o comportamento do peticionante é manifestamente contrário à vocação do direito de recurso estabelecido na Convenção que impeça o bom funcionamento do Tribunal e o bom desenrolar do procedimento. Assim foi decidido no Caso Miroľubovs e outros v. Letónia, onde se pode ler: " (...) *En principe, tout comportement d'un requérant manifestement contraire à la vocation du droit de recours établi par la Convention et entravant le bon fonctionnement de la Cour ou le bon déroulement de la procédure devant elle, peut être qualifié d'abusif.*"²⁰⁹

²⁰⁵ TEDH (Primeira Secção) *Kafkaris V. Cyprus*, queixa n.º 9644/09, de 21 de junho de 2011 (§67) disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-105438%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-105438%22]}), último acesso em 16 de abril de 2019.

²⁰⁶ "It is insufficient for an applicant to allege relevant new information where he or she has merely sought to support his or her past complaints with new legal argument (...). In order for the Court to consider an application which relates to the same facts as a previous application, the applicant must genuinely advance a new complaint or submit new information which has not been previously considered by the Court". TEDH (Primeira Secção) *Kafkaris V. Cyprus*, queixa n.º 9644/09, de 21 de junho de 2011 (§68) disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-105438%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-105438%22]}), último acesso em 16 de abril de 2019.

²⁰⁷ LEO ZWAAK, YVES HAECK AND CLARA BURBANO HERRERA, *Procedure before the Court*, ob.cit., p. 141.

²⁰⁸ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia*, ob.cit., p. 305.

²⁰⁹ TEDH (Terceira Secção) *Miroľubovs e Outros v. Letónia*, queixa n.º 798/05, de 15 de

O simples facto de alguém peticionar ao Tribunal somente por motivos de publicidade e de propaganda política não significa necessariamente que a queixa constitui um abuso de direito. Tal só acontece quando o peticionante excessivamente aponta os aspetos políticos do caso.²¹⁰

O Tribunal tem concluído pelo carácter abusivo de uma queixa em cinco categorias típicas: "desinformação" do Tribunal; utilização de linguagem abusiva; violação da obrigação de confidencialidade da resolução amigável; queixa manifestamente "vexatória" ou desprovida de qualquer interesse real; bem como todas as outras hipóteses, de que não se pode estabelecer uma lista exaustiva.²¹¹

Em primeiro lugar, uma queixa é abusiva quando é totalmente baseada em factos falsos (*"While the use of offensive language in proceedings before the Court is undoubtedly inappropriate, the Court considers that, except in extraordinary cases, an application may only be rejected as abusive if it was knowingly based on untrue facts"*²¹²).

Em segundo lugar, uma queixa é abusiva quando o peticionante emprega, na sua comunicação com o Tribunal, expressões particularmente vexatórias, ultrajantes, ameaçadoras ou provocatórias – seja contra o Governo requerido, o seu agente, as autoridades do Estado requerido, o próprio Tribunal, os seus juízes, o secretariado ou os seus funcionários. Contudo, uma queixa só é nestes termos considerada abusiva se se excederem os limites de uma crítica normal, cívica e legítima – *"The Court recalls that, in principle, an application may only be rejected as abusive under Article 35 § 3 of the Convention if it was knowingly based on untrue facts, even if it uses offensive language. However, in the present case, the Court is of the opinion that the applicant's allegations are intolerable, exceeding the bounds of normal criticism, albeit misplaced, and amount to contempt of court. Such conduct by the applicant – even supposing that his original application would not be deemed manifestly ill-founded – is contrary to the purpose of the right of individual petition"*.²¹³

setembro de 2009 (decisão), disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93983> , último acesso em 16 de abril de 2019.

²¹⁰ *Theory and Practice of the Human Rights Convention*, ob.cit., p 193.

²¹¹ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Guia Prático De Admissibilidade*, página 50 disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_POR.pdf, último acesso em 16 de abril de 2019.

²¹² TEDH (Quarta Secção) *Varbanov V. Bulgária*, queixa n.º 31365/96, de 05 de outubro de 2000, (§36) disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58842> , último acesso em 16 de abril de 2019.

²¹³ TEDH (Segunda Secção) *Řehák V. The Czech Republic*, queixa n.º 67208/01, de 18 de maio de 2004, (decisão) disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23947> , último acesso em 16 de abril de 2019.

Em terceiro lugar, o TEDH tem considerado que quando o peticionante viola intencionalmente o dever de confidencialidade das negociações da resolução amigável, imposta às partes pelo número 2 do artigo 39.º da Convenção e pelo n.º 2 do artigo 62.º Regulamento, pode ser qualificada como abuso do direito de queixa e dar lugar à sua rejeição²¹⁴.

Em quarto lugar, é considerada abusiva a queixa que reitera a apresentação, diante do Tribunal, de queixas vexatórias e manifestamente mal fundadas, análogas a queixa sua já declarada inadmissível no passado. O Tribunal não pode ter por missão o tratamento de uma série de queixas mal fundadas e vexatórias ou enfrentar um comportamento manifestamente abusivo, por outras razões, da parte dos requerentes pois isto criaria uma carga de trabalho suplementar incompatível com as suas verdadeiras funções nos termos da Convenção²¹⁵. O mesmo se diga quando a queixa carece de importância real e se refere a somas de dinheiro insignificantes²¹⁶.

Por último, pode existir um abuso se o requerente, movido por interesses de ordem política, concede à imprensa ou à televisão entrevistas mostrando uma atitude irresponsável e frívola a respeito do processo pendente no Tribunal.²¹⁷

VIII. Um outro conjunto de inadmissibilidades integra as que são relativas à competência do Tribunal.

²¹⁴ "La Cour considère enfin qu'une violation intentionnelle, par un requérant, de l'obligation de confidentialité imposée aux parties par l'article 38 § 2 de la Convention et l'article 62 § 2 du règlement, peut également être qualifiée d'abus du droit de recours et aboutir au rejet de la requête. (...) la règle de confidentialité des négociations du règlement amiable revêt une importance particulière dans la mesure où elle vise à préserver les parties et la Cour elle-même de toute tentative de pression politique ou de quelque autre ordre que ce soit. Il est donc logique qu'un non-respect intentionnel de cette règle s'analyse en un abus de procédure. Toutefois, à la lumière de sa jurisprudence constante, la Cour estime que la responsabilité directe de l'intéressé dans la divulgation des informations confidentielles doit toujours être établie avec suffisamment de certitude, une simple suspicion ne suffisant pas pour déclarer la requête abusive au sens de l'article 35 § 3 de la Convention.". TEDH (Terceira Secção) *Mirolubovs Et Autres C. Lettonie*, queixa n.º 798/05, de 15 de setembro de 2009, (§ 66) disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93983>, último acesso em 16 de abril de 2019.

²¹⁵ TEDH (Segunda Secção) *Bekauri V. Georgia*, queixa n.º 14102/02, de 04 de fevereiro de 2012, (§21), disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-110280>, último acesso em 16 de abril de 2019.

²¹⁶ TEDH (Quinta Secção) *Bock V. Germany*, queixa n.º 22051/07, de 19 de janeiro de 2010, (decisão), disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97268>, último acesso em 16 de abril de 2019.

²¹⁷ TEDH (Segunda Secção) *Georgian Labour Party V. Georgia*, queixa n.º 9103/04, de 08 de julho de 2008, (decisão), disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87446>, último acesso em 16 de abril de 2019.

Começamos pelas incompatibilidade *ratione personae*. Este pressuposto consiste, no essencial, em saber quem é que pode submeter uma queixa (legitimidade ativa) e contra quem pode ser proposta uma queixa (legitimidade passiva).

Tem legitimidade ativa qualquer Estado Contratante na medida em que alegue a qualquer violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que possa ser imputada a outra Alta Parte Contratante. Têm ainda legitimidade ativa, nos termos do artigo 34.º qualquer pessoa singular, organização não-governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. Assim se conclui que tem legitimidade passiva qualquer Alta Parte Contratante que tenha ratificado a Convenção. Note-se que a violação se reportar a um Protocolo é necessário que a Alta Parte Contratante o tenha ratificado.

Em suma, as queixas serão declaradas incompatíveis *ratione personae* se por um lado, o requerente não tem qualidade para agir nos termos do artigo 34.º da Convenção²¹⁸ ou se não está em condições de demonstrar que é vítima da violação alegada e, por outro lado, se a queixa for dirigida contra um particular²¹⁹ ou se for dirigida contra um Estado que não ratificou a Convenção²²⁰ ou, ainda, se é interposta diretamente contra uma organização internacional que não aderiu à Convenção²²¹ e, por fim, se a queixa incide sobre um Protocolo à Convenção que o Estado requerido não ratificou²²².

IX. No que respeita à incompatibilidade *ratione loci*, o tribunal é competente em razão do território para conhecer de todos os factos que, podendo constituir uma violação da Convenção, tenham sido praticados nos territórios onde ela se aplica – ver artigo 56º da Convenção sobre a chamada “cláusula

²¹⁸ Como exemplo, TEDH (Terceira Secção) *The Municipal Section Of Antilly V. France*, queixa n.º 45129/98, de 23 de novembro de 1999, (decisão) disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5648>

²¹⁹ Como exemplo, Comissão (Primeira Câmara) *Durini V. Italie*, queixa n.º 19217/91, de 12 de janeiro de 1994, (decisão) disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-27325>, último acesso em 16 de abril de 2019.

²²⁰ Como exemplo, Comissão (Plenário) *E.S. V. République Fédérale D'Allemagne*, queixa n.º 262/57, de 28 de agosto de 1957, (decisão), disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82184>, último acesso em 16 de abril de 2019.

²²¹ Como exemplo, TEDH (Primeira Secção) *Stephens V. Cyprus, Turkey And The United Nations*, queixa n.º 45267/06, de 11 de dezembro de 2008, (decisão) disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90868>, último acesso em 16 de abril de 2019.

²²² Como exemplo, TEDH (Segunda Secção) *De Saedeleer V. Belgique*, queixa n.º 27535/04, de 24 de julho de 2007, (§68) disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81845>,

colonial”²²³ – ou em território efetivamente controlado pelo Estado que seja Parte da Convenção²²⁴. Esta é uma regra geral que decorre do artigo 29.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados²²⁵, que deve ser conjugada com o disposto no artigo 1.º da Convenção, que garante a proteção a todos os que se encontrem sob a jurisdição do Estado e impõe o seu respeito aos órgãos interiores ou exteriores do Estado.

Assim, quanto a queixas que se refiram a factos que foram praticados fora do Estado demandado e sem que haja ligação entre esses factos e as autoridades desse Estado, então o Tribunal não é competente. Também não será competente se as queixas se referirem a territórios dependentes da jurisdição do Estado sem que este tenha feita a declaração prevista no artigo 56.º estendendo a aplicação da Convenção a esse território²²⁶. Caso haja sido estendida a aplicação da Convenção e esse território se tornar independente então, a aplicação da Convenção expirará automaticamente. Contudo, se o território dependente estiver integrado no Estado Parte, a Convenção é automaticamente aplicada ao dito território anteriormente dependente.²²⁷

X. Quanto à incompatibilidade *ratione temporis*, recorda-se que no artigo 28.º da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados²²⁸, a competência do Tribunal para conhecer queixas define-se a partir do depósito do instrumento de ratificação da Convenção.

O Protocolo n.º 11 terminou com a necessidade de reconhecimento do direito de queixa e com a declaração de aceitação da jurisdição do Tribunal, ou

²²³ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia ...*, ob.cit., p. 294.

²²⁴ TEDH (Tribunal Pleno) Cyprus V. Turkey, queixa n.º 25781/94, de 10 de maio de 2001 (§ 75-81), disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59454>, último acesso em 16 de abril de 2019.

²²⁵ Nos termos do artigo 29.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: “Salvo se o contrário resultar do tratado ou tenha sido de outro modo estabelecido, a aplicação de um tratado estende-se à totalidade do território de cada uma das Partes.”

²²⁶ TEDH (Secção), Gillow V. The United Kingdom, queixa n.º 9063/80, de 24 de novembro de 1986 (§60-62) disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57493>, último acesso em 16 de abril de 2019.

²²⁷ Carmen Morte Gómez, *Cómo Presentar Una Demanda Ante El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 1.ª edição, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 182.

²²⁸ “Salvo se o contrário resultar do tratado ou tenha sido de outro modo estabelecido, as disposições de um tratado não vinculam uma Parte no que se refere a um ato ou facto anterior ou a qualquer situação que tenha deixado de existir à data da entrada em vigor do tratado relativamente a essa Parte.”

seja, a competência do Tribunal tornou-se obrigatória, pelo simples facto de ter-se ratificado a Convenção.²²⁹

Assim, a data a tomar em conta é, pois, em princípio, a data da entrada em vigor da Convenção (e dos seus Protocolos) em respeito ao Estado em questão²³⁰.

O princípio geral de que o Tribunal é competente para conhecer das queixas por violações cometidas a partir da data de ratificação da Convenção deve ser entendido *cum grano salis* perante atos instantâneos de efeitos duráveis ou situações contínuas de violação ou quando são prolongamentos de uma situação pré-existente. Nem sempre é fácil de distinguir os efeitos duráveis das situações contínuas. Há situação contínua se a disposição da Convenção garante o gozo de uma certa situação e o requerente se queixa de que se viu impedido de usufruir dessa situação durante um certo período de tempo²³¹.

Perante os efeitos duráveis de atos instantâneos sempre se decidiu pela incompetência²³². Perante situações contínuas, afirma-se a competência do Tribunal²³³.

XI. No que respeita à incompatibilidade *ratione materiae*, o Tribunal é competente em razão da matéria para examinar queixas relativas aos direitos e liberdades consagrados na Convenção (e nos Protocolos). Por exemplo, são inadmissíveis por este motivo as queixas relativas ao direito de asilo, ao direito de divórcio,

²²⁹ "The text of Article 34 is based on that of former Article 25 of the Convention. Under the former system, cases originating in applications by private individuals or non-governmental organisations could only come into being if the State concerned had declared that it accepted the Commission's competence in the matter and could only be decided by the Court if the State had, in addition, declared that it recognised the Court's jurisdiction. It should be noted that all Contracting Parties have accepted the right of individual petition, and that full acceptance of the supervisory mechanism established by the Convention has become, de facto, a condition for admission to the Organisation. This has resulted in the jurisdiction of the Court, as provided in Article 34, becoming mandatory.", in *Explanatory Report – ETS 155 – Human Rights (Protocol No. 11)* disponível em <https://rm.coe.int/16800cb5e9>, último acesso a 16 de abril de 2019.

²³⁰ TEDH (Tribunal Pleno), Šilih V. Slovenia, queixa n.º 71463/01, de 09 de abril de 2009 (§164), disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92142>, último acesso a 16 de abril de 2019.

²³¹ Ricardo Passos, A Comissão Europeia dos Direitos do Homem in Boletim De Documentação E Direito Comparado, n.º 22, pp 287 e seguintes, apud Ireneu Cabral Barreto, A Convenção Europeia ..., ob.cit., página 293.

²³² Como exemplo, TEDH (Secção), Kefalas And Others V. Greece, queixa n.º 14726/89, de 08 de junho de 1995 (§45), disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57931>, último acesso a 16 de abril de 2019.

²³³ Como exemplo, Comissão (Plenário), Becker C. Belgique, queixa n.º 214/56, de 09 de junho de 1958, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82538>, último acesso a 16 de abril de 2019.

ao direito a um passaporte²³⁴, porque estes direitos não figuram, como tal, entre o catálogo de direitos e liberdades garantidos pela Convenção²³⁵. Ressalve-se que ainda que o direito não esteja expressamente consagrado na Convenção, ele pode ter uma proteção indireta por via de uma das normas da Convenção²³⁶.

Como é óbvio, o próprio Tribunal tem aqui um papel relevantíssimo. Com efeito, o campo de aplicação material da Convenção não se pode reduzir ao teor literal das suas disposições, ao invés, devemos interpretar os direitos e as liberdades da Convenção de acordo com a jurisprudência do Tribunal.

Certo é que o Tribunal tem assumido uma posição bastante interessante no que toca à interpretação das normas da Convenção: *"The Court, in defining the meaning of terms and notions in the text of the Convention, can and must take into account elements of international law other than the Convention, the interpretation of such elements by competent organs, and the practice of European States reflecting their common values. The consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of Contracting States may constitute a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases."*²³⁷

Quando um Estado formula uma reserva a uma disposição da Convenção em virtude do artigo 57.º da Convenção que o Tribunal considera válida as queixas baseadas nessa disposição são incompatíveis em razão da matéria. Certo é que o requerente está dispensado de indicar na sua queixa a(s) norma(s) violados, compete ao Tribunal a averiguação oficiosa podendo, inclusive, apontar violações que não foram apontadas na queixa²³⁸. Mas o Tribunal procura também, para definir a sua competência saber se o Estado requerido está subordinado às normas que teriam sido violadas²³⁹.

²³⁴ LEO ZWAAK, YVES HAECK and CLARA BURBANO HERRERA, Procedure before the Court, ob.cit., p. 158.

²³⁵ CARMEN MORTE GÓMEZ, *Cómo Presentar Una Demanda...*, ob.cit., p. 142.

²³⁶ Por exemplo, TEDH (Tribunal Pleno) Hatton And Others V. The United Kingdom, queixa n.º 36022/97, de 8 de julho de 2003, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61188>, o Tribunal decidiu que os níveis de poluição sonora ocasionadas por vôos noturnos no aeroporto de Heathrow traduzia uma intromissão na vida privada e familiar dos petionantes, último acesso a 16 de abril de 2019.

²³⁷ TEDH (Tribunal Pleno), Demir And Baykara V. Turkey, queixa n.º 34503/97, de 12 de novembro de 2008 (§85), disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89558>, último acesso a 16 de abril de 2019.

²³⁸ TEDH (Plenário), Guzzardi V. Italy, queixa n.º 7367/76, de 06 de novembro de 1980 (§ 58-63), disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57498>, último acesso a 16 de abril de 2019.

²³⁹ IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia ...*, ob.cit., p. 292.

XII. No que respeita às inadmissibilidades quanto ao fundo, uma queixa é considerada com manifesta falta de fundamento quando os factos trazidos pelo peticionante na queixa não se referem a uma violação da Convenção ou esses factos não podem ser provados ou são manifestamente incorretos. Nem sempre é fácil distinguir quando é que uma queixa é incompatível em razão da matéria com a Convenção e quando uma queixa é inadmissível por falta de fundamento. Em termos muito simples, diremos que a incompatibilidade em razão da matéria existe quando a queixa não diz respeito a nenhum direito protegido pela Convenção. Uma queixa é, por outro lado, manifestamente mal fundada quando passou o crivo da incompatibilidade *ratione materiae*, isto é, está, efetivamente, relacionada com um direito protegido pela Convenção, mas numa primeira análise do mérito é evidente que os factos não podem por qualquer meio justificar a violação, e que portanto a examinação do fundo da causa é supérflua.²⁴⁰

O facto de que, para concluir pela manifesta falta de fundamento, o Tribunal tem por vezes a necessidade de obter as observações das partes e de proceder a uma longa e minuciosa motivação da decisão, não altera a natureza “manifestamente mal fundada” da queixa.

Uma categoria particular de queixas apresentadas diante do Tribunal são comumente designadas por queixas de “quarta instância²⁴¹”. Esta expressão é algo paradoxal: o Tribunal não é uma instância de apelação, de cassação ou de revista, nem de revisão relativamente aos tribunais dos Estados partes na Convenção, e não pode reexaminar o caso do mesmo modo que o faria um supremo tribunal nacional. Os casos de quarta instância procedem assim de uma conceção errada, por parte dos requerentes, acerca do papel do Tribunal e da natureza do mecanismo judicial instaurado pela Convenção.

A queixa é também manifestamente mal fundada, quando preenche todas as condições formais de admissibilidade, é compatível com a Convenção, e não constitui um caso de quarta instância mas não revela, contudo, nenhuma aparência de violação dos direitos garantidos pela Convenção.²⁴²

²⁴⁰ LEO ZWAAK, YVES HAECK and CLARA BURBANO HERRERA, *Procedure before the Court*, ob.cit., p. 198.

²⁴¹ “In principle, and without prejudice to its power to examine the compatibility of national decisions with the Convention, it is not the Court’s role to assess itself the facts which have led a national court to adopt one decision rather than another. If it were otherwise, the Court would be acting as a court of third or fourth instance, which would be to disregard the limits imposed on its action”. TEDH (Secção) *Kemmache V. France*, (No. 3), queixa n.º 17621/91, de 24 de novembro de 1994, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57894>, último acesso a 16 de abril de 2019.

²⁴² Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Guia Prático De Admissibilidade*, p. 117 disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_POR.pdf, último acesso a 16 de abril de 2019.

O Tribunal rejeita como manifestamente mal fundadas as queixas que são confusas ao ponto de ser objetivamente impossível ao tribunal compreender os factos denunciados. O mesmo sucede com as queixas fantasiosas.²⁴³

XIII. A ausência de prejuízo significativo foi previsto como requisito de admissibilidade através do Protocolo n.º 14 e veio permitir ao tribunal mais um mecanismo para se focar em queixas cujo mérito tenha dignidade suficiente para o conhecimento pelo Tribunal. Esta condição permite que o Tribunal rejeite queixas em relação às quais não houve um prejuízo significativo.

A introdução desta condição foi assim justificada: *"The introduction of this criterion was considered necessary in view of the ever-increasing caseload of the Court. In particular, it is necessary to give the Court some degree of flexibility in addition to that already provided by the existing admissibility criteria, whose interpretation has become established in the case-law that has developed over several decades and is therefore difficult to change. This is so because it is very likely that the numbers of individual applications to the Court will continue to increase, up to a point where the other measures set out in this protocol may well prove insufficient to prevent the Convention system from becoming totally paralysed, unable to fulfil its central mission of providing legal protection of human rights at the European level, rendering the right of individual application illusory in practice."*²⁴⁴

XIV.Quanto à tramitação da queixa, certo é que o tribunal recebe muitos processos, não sendo possível o tratamento dos casos com a brevidade que se esperaria.²⁴⁵

Aquando da entrada na Secretaria do Tribunal, a queixa é enviada para a divisão jurídica, que é responsável pela tramitação das queixas do país visado, sendo esta devidamente registada, sendo-lhe atribuindo um número relativo ao processo, que posteriormente será examinado por um jurista. Se o Tribunal entrar em contacto com o requerente, deverá este responder ao Tribunal no prazo fixado, pois caso contrário este será rejeitado. O procedimento realizado perante o tribunal será elaborado de forma escrita. Assim que o tribunal seja

²⁴³ LEO ZWAAK, YVES HAECK and CLARA BURBANO HERRERA, *Procedure before the Court*, ob.cit., p. 203.

²⁴⁴ *Explanatory Report to Protocol No. 14*, CETS 194, (§78) disponível em <https://rm.coe.int/16800d380f>, último acesso a 16 de abril de 2019.

²⁴⁵ A página do Ministério Público de Portugal concede-nos uma visão geral acerca do funcionamento do TEDH disponível em <http://gddc.ministeriopublico.pt/perguntas-frequentes/tribunal-europeu-dos-direitos-humanos-0?menu=direitos-humanos>, último acesso a 16 de abril de 2019.

detentor de toda a informação relevante, este distribuirá o caso a uma das formações judiciais ao Tribunal, de acordo com o esquema presente em baixo²⁴⁶:

Se a queixa for claramente inadmissível, será examinada por um juiz singular²⁴⁷, cuja decisão é definitiva. A declaração de inadmissibilidade será comunicada ao requerente e o processo destruído mais tarde²⁴⁸.

Se o caso for considerado repetitivo, ou seja, suscite uma questão já diversas vezes apreciada pelo Tribunal em relação ao mesmo Estado, será examinada por um comité de 3 juízes. O requerente receberá uma carta explicando o procedimento e será contactado pelo Tribunal, se necessário. O comité pode começar por examinar a admissibilidade da queixa ou pronunciar-se em simultâneo sobre esta matéria e o fundo da questão (antes da entrada em vigor do Protocolo n.º 14, o comité podia pronunciar-se unicamente sobre a admissibilidade das queixas). Com efeito, pode ler-se no *Explanatory Report to Protocol No. 14*, CETS 194, (§40): "*The competence of the committees of three judges is extended to cover repetitive cases. They are empowered to rule, in a simplified procedure, not only on the admissibility but also on the merits of an application, if the underlying question in the case is already the subject of well-established case-law of the Court*".

Se o caso não for considerado repetitivo, será examinado por uma secção de 7 juízes. Este começa por examinar a admissibilidade da queixa e, se a considerar inadmissível, a sua decisão será final e insuscetível de recurso. Se considerar a queixa admissível, comunicá-la-á ao governo do Estado visado para que este se pronuncie. A resposta do Estado é comunicada ao requerente, que pode replicar, devendo ainda apresentar um pedido de reparação razoável nos termos do artigo 41.º da Convenção.

Nenhuma queixa é diretamente distribuída ao Tribunal Pleno de 17 juízes mas, se o assunto pendente numa Secção levantar uma questão grave quanto à interpretação da Convenção ou seus Protocolos, ou se a solução de um litígio

²⁴⁶ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, "Simplified case-processing flow chart by judicial formation" disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Case_processing_Court_POR.pdf, último acesso a 16 de abril de 2019.

²⁴⁷ "*The filtering capacity is increased by making a single judge competent to declare inadmissible or strike out an individual application. This new mechanism retains the judicial character of the decision-making on admissibility. The single judges will be assisted by nonjudicial rapporteurs, who will be part of the registry*" In *Explanatory Report to Protocol No. 14*, CETS 194, (§38) disponível em: <https://rm.coe.int/16800d380f...>, último acesso a 16 de abril de 2019.

²⁴⁸ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *A sua queixa ao TEDH*, p. 12 disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Your_Application_POR.pdf, último acesso a 16 de abril de 2019.

puder conduzir a uma contradição com uma sentença já proferida pelo Tribunal, a Secção pode devolver a decisão do litígio ao Tribunal Pleno, salvo se qualquer das partes a tal se opuser (este direito de oposição desaparecerá após a entrada em vigor do Protocolo n.º 15²⁴⁹).

Caso a queixa seja considerada admissível, o Tribunal tentará alcançar uma resolução amigável do litígio entre o queixoso e o Estado visado. Este processo é confidencial e, se as partes chegarem a acordo, o processo será arquivado e o Tribunal proferirá uma decisão contendo uma breve exposição dos factos e da solução adotada. Esta decisão será transmitida ao Comité de Ministros, que velará pela respetiva execução (tal como vela pela execução das sentenças do Tribunal). Se o queixoso recusar entrar em acordo sem justificação, o Tribunal pode arquivar a queixa desde que o governo reconheça ter havido violação da Convenção e se comprometa a conceder à vítima uma reparação razoável.²⁵⁰

Se o acordo entre as partes não for possível, o Tribunal passará à apreciação contraditória do assunto, a qual pode incluir um inquérito e durante a qual as audiências e os documentos ficam em regra acessíveis ao público (cfr. artigos 38.º e 40.º da Convenção). As audiências de julgamento realizam-se, a título excecional, num pequeno número de casos submetidos à apreciação das secções ou tribunal pleno²⁵¹. As partes serão informadas da sua realização e todas as audiências são filmadas e podem ser visualizadas na página do Tribunal na Internet²⁵² salvo se o Tribunal decidir em contrário por força de

²⁴⁹ *"Article 30 of the Convention has been amended such that the parties may no longer object to relinquishment of a case by a Chamber in favour of the Grand Chamber. This measure is intended to contribute to consistency in the case-law of the Court, which had indicated that it intended to modify its Rules of Court (Rule 72) so as to make it obligatory for a Chamber to relinquish jurisdiction where it envisages departing from settled case-law (3). Removal of the parties' right to object to relinquishment will reinforce this development. The removal of this right would also aim at accelerating proceedings before the Court in cases which raise a serious question affecting the interpretation of the Convention or the Protocols thereto or a potential departure from existing case-law"* in *Explanatory Report to Protocol No. 15*, CETS 213, (§16- 17) disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_ENG.pdf , último acesso a 16 de abril de 2019.

²⁵⁰ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *A sua queixa ao TEDH*, p. 10 disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Your_Application_POR.pdf , último acesso a 16 de abril de 2019.

²⁵¹ Tramitação das queixas in <http://gddc.ministeriopublico.pt/perguntas-frequentes/tribunal-europeu-dos-direitos-humanos-0?menu=direitos-humanos> , último acesso a 16 de abril de 2019.

²⁵² No site oficial do TEDH é possível assistir a algumas audiências realizadas. Destaca-se aqui a última audiência filmada: A.M. v. France (no. 12148/18), "chamber hearing" a 22 de janeiro de 2019, disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&c> , último acesso a 16 de abril de 2019.

circunstâncias excepcionais.

O Tribunal profere, então, a sua sentença, na qual pode concluir pela existência ou não de uma (ou várias) violações da Convenção e/ou seus Protocolos. Se o Tribunal concluir que existiu violação, poderá fixar uma indemnização ("reparação razoável") a pagar à vítima pelo Estado faltoso (artigo 41.º da Convenção).

XVI. Se a sentença for proferida por um comité de 3 juízes é final e não admite recurso. Se for proferida por uma secção de 7 juízes, torna-se final após 3 meses (número 2 do artigo 44.º) se não for, nesta fase e a pedido de qualquer das partes, será devolvida ao Tribunal Pleno ou, sendo, for por este rejeitada. O pedido de devolução ao Tribunal Pleno será examinado por um coletivo de cinco juízes, mas só será aceite em casos excepcionais, se o assunto levantar uma questão grave quanto à interpretação ou aplicação da Convenção ou seus Protocolos ou uma questão grave de carácter geral. Uma vez aceite a petição, o Tribunal Pleno pronunciar-se-á sobre o assunto por meio de sentença definitiva, da qual não cabe recurso.

Cláudia Ribeiro da Silva

Estudante do 4.º ano da licenciatura em Direito

Helena Pinto

Maria Luís Rodrigues

Raquel Alves

Estudantes do 1.º ano da licenciatura em Direito